

Apuntes de Derecho Penal Económico II

Ricardo Preda del Puerto
(coordinador)

Programa de Democracia
Más Justicia



USAID
DEL PUEBLO DE LOS ESTADOS
UNIDOS DE AMÉRICA

IRD
Centro de Información
y Recursos para el Desarrollo

ICED
Instituto de Estudios para la
Consolidación del Estado de Derecho

FICHA TÉCNICA

Apuntes de Derecho Penal Económico II

Coordinador:

Ricardo Preda del Puerto

Autores:

Manuel A. Abanto Vásquez
César Alfonso Larangeira
Marcio Battilana Estigarribia
Renato de Mello Jorge Silveira
Ricardo Preda del Puerto
Eduardo Saad-Diniz

Cuidado de Edición:

Dora Cristaldo Raskin

Diseño y Armado:

Horacio Cristaldo Raskin

Edición: ICED

Impresión: Mix Print S. A.

Primera edición

2.000 ejemplares

www.iced.org.py

(595 21) 222 370

Francisco Zurbarán 892c/ Sgto. Gauto

Asunción - Paraguay

Año 2013

Cita recomendada: PREDA, Ricardo, coordinador (2013). Apuntes de Derecho Penal Económico II. Asunción, Paraguay: ICED.

ISBN 978-99953-932-3-6

Distribución gratuita

“Esta publicación ha sido posible gracias al apoyo de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID). Los conceptos y opiniones expresadas en la misma corresponden a los autores y no reflejan necesariamente el punto de vista de USAID ni del Gobierno de los Estados Unidos”.

Programa de Democracia Más Justicia



USAID
DEL PUEBLO DE LOS ESTADOS
UNIDOS DE AMÉRICA



ICED
Instituto de Estudios para la
Consolidación del Estado de Derecho

PRESENTACIÓN

Este segundo volumen de “Apuntes de Derecho Penal Económico”, continúa el camino iniciado con su primera edición en el sentido de poner a consideración de la comunidad jurídica paraguaya esta disciplina que en los últimos años ha tenido un importante desarrollo en varios países.

La edición de este libro que presento, tiene la intención de profundizar tanto la difusión como la discusión sobre el Derecho Penal Económico en nuestro país. Es absolutamente relevante que se lo identifique como una disciplina compleja que amerita un estudio de los casos de manera profunda y con operadores especializados.

Los artículos que se presentan en este volumen, tratan diversos asuntos con énfasis en el orden procesal del Derecho Penal Económico.¹ Así, el primero de ellos se denomina “*Persecución Penal de los Delitos Económicos en el Derecho Comparado*”² el cual informa sobre los sistemas procesales vigentes en Alemania, Argentina, España, Estados Unidos de América y Paraguay.

En el segundo artículo, el Profesor peruano Abanto Vásquez, investigador de la Universidad Alemana de Friburgo, aborda magistralmente un asunto muy interesante en el ámbito de la parte especial del Derecho Penal Económico, que son los Delitos de Mercado, referidos a la libre y leal competencia, esto desde la perspectiva del derecho Alemán, Chileno, Español y Peruano. Es importante aclarar que en nuestro país no existe regulación sobre el tema. Sin embargo, actualmente existe un proyecto de ley que regula el ámbito de la Competencia,³ aunque en éste se opta por la sanción administrativa de las infracciones y no se tipifica ningún hecho punible.

¹ En el primer volumen, se trataron más temas de fondo, tanto de la parte general como especial.

² Trabajo realizado por los consultores de ICED, César Alfonso, Marcio Battilana y Ricardo Preda.

³ Éste tiene media sanción de los Diputados y actualmente se encuentra en Senadores, se lo puede ver en: http://www.senado.gov.py/silpy/main.php?pagina=info_proyectos&&paginaResultado=info_tramitacion&idProyecto=5770

La tercera colaboración, la debemos a los Profesores Silveira y Saad-Diniz de la Universidad de Sao Paulo, quienes nos comentan sobre los programas de Compliance en las instituciones financieras en el marco de la nueva ley anti lavado de dinero del Brasil. Un tema sumamente actual desarrollado en un artículo que explica de manera sencilla y sucinta el sistema de prevención adoptado en el vecino país.

Para el último trabajo, elegí reescribir una crítica hecha a la prejudicialidad administrativa en la Evasión de impuestos. Pues como en el anterior “Apuntes de Derecho Penal Económico” había hablado sobre los tipos penales contenidos en el art. 261 del Código Penal, me pareció oportuno abordar en este nuevo volumen, el desacierto de la figura creada por nuestros legisladores que –lamentablemente- despenalizó de facto el hecho punible de Evasión de impuestos. Si bien en los discursos siempre se habla de luchar contra la ilegalidad, en las acciones se la termina premiando.

Tanto esta publicación, como los seminarios organizados en la Capital y en ciudades del interior de nuestro país,⁴ con profesores extranjeros y nacionales de primer nivel, son desarrollados por el Instituto de Estudios para la Consolidación del Estado de Derecho (ICED) con el apoyo del Centro de Información y Recursos para el Desarrollo (CIRD) y el patrocinio de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID), con el objeto de contribuir en la difusión del Derecho Penal Económico, como objeto de estudio.

Espero que el Volumen II de Apuntes de Derecho Penal Económico, no solo tenga en la sociedad jurídica paraguaya el mismo impacto que tuvo el primero, generando aún más interés de conocer esta disciplina, sino que además inspire nuevos trabajos al respecto.

Ricardo Preda Del Puerto

⁴ Caaguazú, Ciudad del Este y Encarnación.

Índice

PRESENTACIÓN 3

Ricardo Preda del Puerto

I. PERSECUCIÓN PENAL DE LOS DELITOS ECONÓMICOS EN EL DERECHO COMPARADO..... 7

César Alfonso Larangeira

Marcio Battilana Estigarribia

Ricardo Preda del Puerto

1. Introducción 9
2. La Situación en Alemania 11
3. La Situación en Argentina 32
4. La Situación en España 43
5. La Situación en Estados Unidos de América 65
6. La Situación en Paraguay 76
7. Bibliografía 92
8. Abreviaturas 100

II. DELITOS CONTRA EL MERCADO, VIEJAS PRÁCTICAS, NUEVAS FIGURAS: DELITOS CONTRA LA LIBRE Y LEAL COMPETENCIA..... 101

Manuel A. Abanto Vásquez

1. Introducción: Conceptos previos..... 103
2. Delitos contra la libre competencia..... 111
3. Delitos contra la leal competencia 136
4. La “Corrupción Privada” 145
5. Resumen y perspectivas 150
6. Bibliografía 153

III. PROGRAMAS DE CRIMINAL COMPLIANCE Y LAS INSTITUCIONES FINANCIERAS EN LA “NUEVA LEY DE BLANQUEO” - LEY N° 12.683/2012..... 157

Renato de Mello Jorge Silveira
Eduardo Saad-Diniz

1. Introducción 159
2. La nueva preocupación penal 160
3. La nueva ley de blanqueo de capitales 165
3. El camino de las nuevas medidas 170

IV. LA PREJUDICIALIDAD EN LA EVASIÓN DE IMPUESTOS. UN RETROCESO LEGISLATIVO DEL PARAGUAY 175

Ricardo Preda del Puerto

1. Planteamiento del problema 177
2. La Prejudicialidad es excepcional y debe versar sobre cuestiones jurídicas y no fácticas 178
3. Determinar el déficit o el beneficio impositivo es privativo del Tribunal Penal 181
4. Una prejudicialidad administrativa absoluta es inconstitucional 183
5. La jurisprudencia nacional no sostuvo la prejudicialidad absoluta 184
6. El procedimiento de determinación tributaria es incompatible con las reglas de un debido proceso penal 186
7. La determinación tributaria no es requisito del hecho punible de evasión de impuestos 188
8. La prejudicialidad ha sido abandonada en las legislaciones modernas 191
9. La prejudicialidad en la evasión de impuestos, tal como esta regulada, favorece aún más a la impunidad, y por ende, la informalidad 192
10. Reflexiones finales 194

I

“Persecución Penal de los Delitos Económicos en el Derecho Comparado”.

Una breve descripción de la situación legal en Alemania, Argentina, España, Estados Unidos de América y Paraguay

**Por: César Alfonso Larangeira ¹
Marcio Battilana Estigarribia ²
Ricardo Preda del Puerto ³**

¹ Doctorando, Westfälische Wilhelms-Universität Münster, Alemania (presente). Magister Legum (LL. M.), Derecho Penal, Westfälische Wilhelms-Universität Münster, Alemania, 2008. Consultor del ICED. Fue Agente Fiscal Penal, Ministerio Público, Paraguay (1999-2005). Miembro del Grupo latinoamericano de estudios sobre Derecho Penal Internacional, (desde 2006). Ha realizado varias publicaciones nacionales e internacionales.

² Abogado, Máster en Corrupción y Estado de Derecho por la Universidad de Salamanca-España (2011), Especialista en Crimen Organizado, Corrupción y Terrorismo por la Universidad de Salamanca-España (2011). Asesor Jurídico del Programa Umbral de Lucha contra la Corrupción e Impunidad USAID-Paraguay (2006-2010). Asesor externo de la Comisión de Asuntos Económicos y Financieros de la Honorable Cámara de Diputados (2012-2013). Consultor y asesor jurídico independiente.

³ Especialista en Derecho Penal Económico por la UCLM Toledo-España (2009) y la Universidad del Nordeste-Argentina (2003). Miembro Titular de la Comisión Nacional de Reforma del Sistema Penal y Penitenciario. Instructor del Centro de Entrenamiento de Fiscales y profesor de varios postgrados en Universidades Nacionales. Ha publicado y realizado presentaciones tanto en el país como en el extranjero. Ex Director de Delitos Económicos del Ministerio Público (2006-2010). Consultor y asesor de varias instituciones públicas y privadas.

Introducción

El presente material brinda una breve descripción de la organización y regulación relativa a la especialización en la persecución penal de los llamados “delitos económicos” en los siguientes países: Alemania, Argentina, España, Estados Unidos de América (EE. UU.) y Paraguay.

La experiencia extranjera, así como la propia, en materia de especialización en la persecución de los Delitos Económicos es digna de considerar en el marco de una reflexión sobre la incorporación de un fuero especializado en nuestro medio, atendiendo a que históricamente el pensamiento jurídico alemán, el argentino, el español y el americano (éste último, principalmente en la sanción de algunas leyes especiales) han tenido una influencia sobre el legislador paraguayo a la hora de trazar los contornos del ordenamiento jurídico nacional. Por último, se expone la experiencia paraguaya, para poder compararla con la extranjera y tratar de absorber las mejores prácticas de cada sistema.

El tratamiento procesal del “delito económico” puede describirse desde una perspectiva “estática” y desde una perspectiva “dinámica”.

La primera tiene como principal objeto de descripción las disposiciones de organización judicial y la segunda las normas de procedimiento en sentido estricto.

Esta es la línea de aproximación que ofrece el material, es decir, primeramente -en el marco de lo estático- se pasa revista a lo característico de los tribunales especializados así como a las peculiaridades referidas a otros sujetos procesales como el Ministerio Público, el acusador particular, etc. También aquí se revisa de manera genérica, la forma y el contenido de los actos procesales que le son propios a estos sujetos.

Seguidamente el material se ocupa, al revisar el aspecto dinámico, de las actividades de los sujetos procesales, en el marco del procedimiento, en las que pueden apreciarse los principios que son propios al juzgamiento de hechos punibles de naturaleza económica.

LA SITUACIÓN EN ALEMANIA

En este país, la especialización en la persecución de “hechos punibles económicos” se ha introducido primeramente como práctica forense en forma provisoria y experimental.

A partir de los primeros años de la década de los 70, ésta práctica se ha consolidado y ha tenido un reconocimiento en la ley.⁴

La especialización consiste principalmente en medidas organizativas en el Ministerio Público y en la existencia de salas especializadas en los Tribunales de Distrito (Landgerichte).⁵

A. Aspectos de organización

I. Órganos jurisdiccionales

Los órganos competentes para el juzgamiento de “hechos punibles económicos” son las salas de los Tribunales de Distrito denominadas “salas en lo penal económico” (Wirtschaftsstrafkammer).

Éstas salas pueden fungir como primera instancia o como instancia de apelación y éstas competencias se encuentran legalmente regladas.

Para comprender con mayor profundidades estas afirmaciones valen las siguientes precisiones.

1. Vista general de la judicatura en materia penal

En Alemania –como dispone la Constitución de este país- el poder jurisdiccional confiado a los jueces, es ejercido por la Corte Constitucional Federal, por los Tribunales Federales previstos en esta ley fundamental y por los tribunales de los Estados Federados.⁶

⁴Tiedemann, p 39.

⁵Tiedemann, p 39.

⁶Art. 92 GG.

Los jueces que integran estos tribunales pueden ser jueces profesionales u honorarios. Los jueces honorarios son ciudadanos leigos que integran junto a los jueces profesionales los tribunales de escabinos. Los mismos se encuentran al servicio de la República Federal o de un Estado Federado.

Los órganos del fuero penal ordinario son los siguientes:

- Bundesgerichtshof (Corte Federal), cuyas salas se encuentran compuestas por cinco jueces profesionales.
- Oberlandesgerichte (Tribunales Superiores de Distrito), cuyas salas pueden estar integradas por tres o por cinco jueces profesionales.
- Landgerichte (Tribunales de Distrito), cuyas salas pueden estar integradas por un juez profesional y dos honorarios o por tres jueces profesionales y dos honorarios. En el primer caso se la denomina “sala penal pequeña” y en el segundo “sala penal grande”.
- Amtsgerichte (Juzgados), que pueden estar conformados por un juez profesional; por un juez profesional y dos honorarios; o por dos jueces profesionales y dos honorarios. En el primer caso se habla de juez penal, en el segundo de Juzgado de Escabinos (Schöffengerichte) y en el tercero de Juzgado de Escabinos ampliado (Erweitertes Schöffengerichte).

La competencia de éstos órganos es relativamente compleja y la misma se trata de explicitar de forma simplificada en las siguientes líneas.

Como órganos de primera instancia pueden ser competentes los Amtsgerichte (Juzgados)⁷, los Landgerichte (Tribunales de Distrito)⁸ o los Oberlandesgerichte (Tribunales Superiores de Distrito).⁹ Si a los Amtsgerichte (Juzgados) les corresponde entender en la primera instancia, a los Landgerichte (Tribunales de Distrito) les compete entender como tribunales de apelación en las impugnaciones realizadas en contra de las decisiones de los primeros.¹⁰ En

⁷En los casos previstos en el § 24 GVG.

⁸ En los casos previstos en los §§ 74, 74 a al c GVG.

⁹ En los casos previstos en el § 120 GVG.

¹⁰ Ver § 74 párrafo 3 GVG.

contra de las decisiones de los Landgerichte (Tribunales de Distrito) sobre la apelación cabe su revisión ante los Oberlandesgerichte (Tribunales Superiores de Distrito).¹¹

Los Oberlandesgerichte (Tribunales Superiores de Distrito) pueden ser competentes como tribunal de revisión de sentencias (no impugnables vía apelación) de los Amtsgerichte (Juzgados)¹², así como de las decisiones (como primera instancia) de los Landgerichte (Tribunales de Distrito)¹³, siempre que para éstas no esté prevista la revisión ante la Corte Federal (Bundesgerichtshof).¹⁴

Si a los Oberlandesgerichte (Tribunales Superiores de Distrito) les corresponde entender como primera instancia, entonces es competente la Corte Federal para entender en contra de éstas decisiones como tribunal de revisión.¹⁵

2. Salas especializadas en los Tribunales de Distrito como primera instancia

Las “salas en lo penal económico” de un Tribunal de Distrito son competentes para el juzgamiento, en primera instancia, de los “hechos punibles económicos”, cuando se dan los presupuestos establecidos en los §§ 24 y 74 ss. GVG.¹⁶

Debe tratarse de un hecho punible previsto en el § 74 c párrafo 1 GVG, que se enuncian a continuación:

a) Hechos punibles según: la ley de patentes; de modelos registrados (o de utilidad industrial); de protección de semiconductores; de protección de especies; de defensa de marcas; de derecho de autores en muestras y modelos (de gusto); de derecho de autores y derechos protegidos similares; hechos punibles previstos en la ley contra la competencia desleal; la ley reguladora de la insolvencia;

¹¹ Ver § 121 párrafo 1 numeral 1 b GVG.

¹² Ver § 121 párrafo 1 numeral 1 a GVG.

¹³ Ver § 121 párrafo 1 numeral 1 c GVG.

¹⁴ Ver § 135 párrafo 1 GVG en concordancia con el §121 párrafo 1 Nr. 1 c GVG.

¹⁵ Ver § 135 párrafo 1 GVG.

¹⁶ Kissel/Mayer, 773.

la ley de sociedades anónimas; la ley sobre rendición de cuentas de determinados empresarios y consorcios; la ley sobre sociedades de responsabilidad limitada; hechos punibles del código de comercio; de la ley orgánica de sociedades europeas por acciones; de la ley orgánica de agrupación europea de interés económico; de la ley de cooperativas; de la ley orgánica sobre el estatuto de cooperativas europeas, y de la ley de transformación de sociedades.

b) Hechos punibles según: las leyes sobre entidades bancarias, de depósito, bolsa y crédito, así como la ley sobre inspección de seguros y la ley de comercio con títulos valores.

c) Hechos punibles según: la ley de delitos económicos de 1954, la ley de economía exterior, la ley sobre control de cambios, así como del derecho de monopolios financieros, de derecho fiscal y de aduanas, también cuando sus disposiciones penales fueran aplicables conforme a otras leyes; ello no regirá cuando la misma conducta representara un hecho punible según la ley de estupefacientes, y tampoco respecto a los hechos punibles fiscales que afectaran al impuesto sobre automóviles.

d) Hechos punibles según: la ley del vino y la ley sobre el derecho de alimentos.

e) Hechos punibles de: estafa de subvenciones, estafa de créditos, de bancarrota, de favorecimiento de un acreedor y de favorecimiento de un deudor.

f) Hechos punibles de: acuerdos restrictivos de la competencia en licitaciones públicas, tanto como cohecho y soborno en el tráfico comercial.

g) Hechos punibles de: estafa, estafa por computadoras, infidelidad (lesión de confianza), usura, concesión de ventajas, soborno, y apropiación y evasión de remuneraciones laborales.

h) Hechos punibles según: la ley de cesión de trabajadores y el libro tercero del Código social, así como según la ley de combate del trabajo en negro.

En relación a los hechos punibles mencionados en el punto (c), si los mismos concurren idealmente con un hecho punible previsto en la ley de estupefacientes, se excluye la competencia de la sala en

lo penal económico. La competencia de la sala es excluida sólo en estos supuestos, es decir, si existe un concurso ideal con los hechos enumerados en los otros puntos permanece la competencia de la sala especializada.¹⁷

En relación a los hechos punibles enumerados en los puntos (g) y (h), se requiere además que para el juzgamiento del caso sean necesarios conocimientos especiales del ámbito de vida económico. La concurrencia de éste presupuesto es determinada por los mismos jueces (profesionales) de la sala. Es determinante en este sentido que sean necesarios conocimientos especializados que estén fuera de la experiencia general, que se refieran a procedimientos propios o usuales de la economía o a mecanismos de la vida económica moderna difíciles de comprender.¹⁸

La concurrencia de los hechos punibles enunciados en el § 74 c párrafo 1 es condición necesaria pero (aún) no suficiente para fundar la competencia de la sala especializada.

A más de tratarse de los hechos punibles enunciados, los mismos deben revestir cierta gravedad, es decir, deben ser crímenes o delitos, en relación a los cuales es de esperar una sanción superior a cuatro años de pena privativa de libertad.¹⁹

Si no concurre el presupuesto de “gravedad” enunciado, puede fundarse la competencia si la Fiscalía presenta acusación ante la sala especializada a causa del “especial significado del caso”. El “especial significado” puede fundarse en el volumen del daño ocasionado, el número de los autores o damnificados, la complejidad del caso, el volumen o la complejidad de las investigaciones u otras dificultades de naturaleza jurídica o fáctica.²⁰

Si no se dan los presupuestos de “gravedad” o de “especial significado” arriba señalados, le corresponde entender en primera instan-

¹⁷ Kissel/Mayer, 773.

¹⁸ Kissel/Mayer, 773/774.

¹⁹ Tiedemann, p 39.

²⁰ Kissel/Mayer, 773.

cia a los *Amtsgerichte* (Juzgados), por más que se trate de un hecho enunciado en el § 74 c párrafo 1 GVG.

Si no se espera una pena privativa de libertad superior a dos años, es competente el *Amtsgericht*, integrado por un juez penal. Si no se espera una pena privativa superior a cuatro años es competente el *Amtsgericht*, conformado como Juzgado de Escabinos (*Schöffengerichte*). En ningún caso pueden ser competentes los *Amtsgerichte* si la sanción esperada es pena privativa de libertad superior a cuatro años.²¹

Con respecto a la competencia de la sala especializada para entender en los hechos enunciados en el párrafo 1 del § 74 c GVG no es relevante si la acusación contiene supuestos de autoría o participación, si se trata de casos consumados o tentados. El encubrimiento o la frustración de la persecución penal en relación a los delitos de naturaleza económica no pertenecen sin embargo al ámbito de competencia de las salas especializadas, a no ser que los mismos se encuentren “ligados” en el sentido que sean acusados conjuntamente con delitos económicos.²²

Como se puede apreciar los principales criterios para establecer la competencia son la concurrencia de uno de los hechos punibles previstos en el Art. 74 párrafo 1 GVG y el monto de la pena que es de esperar o el especial significado del caso.

3. Salas especializadas en los Tribunales de Distrito como instancia de apelación

Como segunda instancia, son competentes las salas en lo penal económico de los Tribunales de Distrito para entender en la apelación contra las decisiones de los Tribunales de Escabinos (*Amtsgerichte*) sobre alguno de los hechos enunciados en el § 74 c Párrafo 1 GVG.²³

²¹ Ver §§ 24, 25 GVG.

²² Kissel/Mayer, 773.

²³ Kissel/Mayer, 774.

Sobre la apelación de las decisiones de los *Amtsgerichte*, cuando éstos órganos están integrados con un juez penal (profesional), no existe competencia de la sala especializada en la apelación, sino de las salas ordinarias de los Tribunales de distrito.²⁴

4. Concentración de la competencia territorial

Debe existir una sala en lo penal económico en cada tribunal de distrito, en tanto no exista una decisión del gobierno central de un estado federado de concentrar la competencia en un determinado tribunal de distrito.²⁵

En este sentido, le corresponde al gobierno central conferir competencia (total o parcialmente) a un Tribunal de Distrito (o mejor a la sala especializada de un Tribunal de Distrito) para entender en los hechos punibles económicos acaecidos dentro de la competencia territorial de otros tribunales de distrito.²⁶

La concentración total o parcial significa que la misma puede referirse a todos o algunos de los hechos punibles enunciados en el § 74 c párrafo 1 GVG.

Esta decisión de concentrar la competencia en un Tribunal de Distrito debe estar fundada en la intención de facilitar una mejor gestión o una solución más rápida de los casos.

Un ejemplo de concentración se da en el Estado Federado Baden-Württemberg. Para todos los distritos de la parte de éste Estado denominada Baden es competente la sala especializada del Tribunal de Distrito de Mannheim. Para los distritos de la parte del Estado denominada Württemberg tiene competencia la sala especializada del Tribunal de Distrito de Stuttgart.²⁷

²⁴ Kissel/Mayer, 774.

²⁵ Kissel/Mayer, 775.

²⁶ Kissel/Mayer, 775.

²⁷ Tiedemann, p 39.

5. Argumentos para la creación de órganos especializados

La creación y competencia de órganos especializados para el juzgamiento de delitos económicos fueron introducidas por ley del 8 de setiembre de 1971 como parte de los esfuerzos realizados en Alemania en el marco del combate en contra de la criminalidad económica.

Se ha entendido, en este contexto, que el esclarecimiento y la persecución de los delitos económicos presuponían exigencias especiales, ya que los autores de estos hechos abusan de complicados mecanismos de la vida económica moderna de una manera refinada y difícil de comprender.

Parte de las reflexiones legislativas hacían mención a que estos hechos se realizan dentro del sistema económico y consecuentemente se generan, con frecuencia, daños sociales especialmente graves, y a que los autores de estos hechos cuentan usualmente con una inteligencia superior, y pertenecen por lo general a estratos sociales elevados, a diferencia de los autores de hechos punibles ordinarios.

En este orden de ideas se ha considerado necesario emplear fuerzas especializadas que posean los conocimientos y las experiencias en el ámbito económico para afrontar este tipo de criminalidad. Se favorecería el rápido y adecuado castigo de los delitos económicos, cuando los mismos estén en manos de jueces, que poseen conocimientos específicos y experiencias en el ramo y cuyos conocimientos vayan ampliándose y profundizando continuamente.

En el sentido de la necesidad de la especialización, Tiedemann ha hecho referencia a la experiencia en Francia, señalando que en este país no se ha encontrado con mucho sentido especializar sólo a fiscales, ya que jueces no especializados frecuentemente no se encuentran en condiciones de apreciar correctamente los hechos acusados.²⁸

²⁸ Tiedemann, p 39.

Este es un factor, según el citado autor, que ha determinado en Francia la existencia de jueces especializados, al menos en las grandes ciudades. Las reformas de este tipo en Francia han tenido como antecedente inmediato la ley alemana de constitución de tribunales, que se cita en varios pasajes en este material.²⁹

6. Especialización de los jueces

La designación de los jueces se encuentra regulada en el § 76 GVG. Para la designación de jueces profesionales no se encuentra previsto como requisito una cualificación especial, pero sin embargo es visto como ideal la posesión de conocimientos en materia económica. Tampoco para la designación de jueces honorarios rigen exigencias específicas.³⁰

Los jueces que integran las salas en lo penal económico son, sin embargo, capacitados permanentemente, ya en posesión del cargo, mediante cursos de especialización y aprendizaje.³¹

II. Ministerio Público

Al Ministerio Público le corresponde dirigir la etapa de investigación. Se trata de un órgano independiente en relación a los tribunales y los detalles de su estructura y organización se regulan en los §§ 141 ss. GVG.

Las Fiscalías son asignadas a los Tribunales de Distrito (Landgerichte), a los Tribunales Superiores de Distrito (Oberlandesgerichte), y la Corte Federal (Bundesgerichtshof).³²

La actividad fiscal ante los Juzgados (Amtsgerichte) es asumida por las Fiscalías asignadas a los Tribunales de Distrito que fungen de tribunal superior para los primeros.

²⁹ Arocena/Balcarce, p 6/7.

³⁰ Kissel/Mayer, 775.

³¹ Tiedemann, p 39.

³² Ver §§ 141, 142 GVG.

Las Fiscalías asignadas a los Tribunales de Distrito y a los Tribunales Superiores de Distrito dependen del Ministerio de Justicia del respectivo Estado Federado, y la Fiscalía Federal del Ministerio de Justicia Federal.

Para el efectivo combate a la delincuencia económica la representación fiscal se concentra también en fiscalías específicas.

En las fiscalías competentes para la persecución de delitos económicos se cuentan con varias unidades especializadas. Las mismas se encuentran compuestas por fiscales que poseen conocimientos especiales sobre derecho económico, contabilidad y balances y son capacitados permanentemente en éstas áreas del conocimiento.

La tarea de los fiscales es apoyada por los denominados referentes económicos (Wirtschaftsreferenten) es decir peritos como por ejemplo expertos contables. Esta relación de trabajo no es jerárquica; el referente recibe tareas a realizar, pero no instrucciones u órdenes de cómo realizarlas. De este trabajo en equipo se rescata como aspecto positivo que a corto plazo se obtiene la ventaja que los referentes económicos conocen y aprenden a solucionar aspectos jurídicos del caso y los fiscales aprenden a identificar y solucionar aspectos técnicos del manejo económico.³³

Es importante mencionar que los fiscales se encuentran vinculados a las instrucciones de sus superiores, siempre que lo encargado no sea punible o ilícito, o lesivo a la dignidad humana.³⁴

III. Policía y otros órganos

El Ministerio Público dirige la etapa de investigación, pero la misma no posee un aparato de ejecución o cumplimiento de actos de investigación. Por este motivo la ley prevé que los actos de investigación de cualquier naturaleza pueden ser confiados a los funcionarios de la policía.

³³ Tiedemann, p 40.

³⁴ Niemeyer: en WStR, p 217.

Las autoridades y los funcionarios de la policía se encuentran obligados a cumplir o satisfacer los encargos en el sentido mencionado.³⁵

En los casos de criminalidad económica la Fiscalía instruye en forma detallada en qué medida debe llevarse adelante la investigación (v. gr. si se debe investigar a un solo autor o a varios o si se debe investigar una porción de hechos o más de un suceso, etc.), así como también qué actos investigativos deben ser realizados (v. gr. entrevista a determinados testigos, allanamientos, etc.). En la práctica, la relación de la Fiscalía y la Policía se encuentra impregnada por la idea de trabajo conjunto, antes que subordinado.³⁶

La Policía puede (o debe) actuar también sin encargo de la Fiscalía, en este sentido sus actos investigativos y la actividad posterior de la Fiscalía en base a ellos son vistos desde una perspectiva jurídica como una unidad. En los casos de la criminalidad denominada cotidiana, por ejemplo, la policía realiza por regla general las investigaciones necesarias por sí misma hasta el final y luego presenta los antecedentes y el resultado de las pesquisas a la Fiscalía para que ésta elabore un acto conclusivo que puede consistir en la presentación de una acusación ante los tribunales o un archivo o suspensión de la causa.³⁷

Los funcionarios encargados de pesquisas fiscales y aduaneras son competentes para la investigación y persecución de los hechos punibles de evasión de impuestos. Los mismos poseen, en cuanto obran como órganos de investigación de la fiscalía, los mismos derechos y obligaciones que los funcionarios de la policía.³⁸

³⁵ Ver § 161 párrafo 1 StPO.

³⁶ Niemeyer: en WStR, p 218.

³⁷ Niemeyer: en WStR, p 218.

³⁸ Niemeyer: en WStR, p 218/219.

IV. El imputado

La figura del imputado posee un rol protagónico en el proceso penal en Alemania, ya que se trata de averiguar o establecer si él es culpable o responsable de un hecho punible.

El imputado es un sujeto procesal y no puede ser, por este motivo, convertido en un objeto del procedimiento, circunstancia que se deriva de la observancia de la dignidad humana consagrada en el Art. 1 párrafo 1 GG.

Las disposiciones que regulan el proceso penal le confieren derechos mediante los cuales puede influir en el mismo. En este sentido, merecen mencionarse: el derecho a ser oído garantizado como derecho fundamental en el Art. 103 párrafo 1 GG, que se concretiza en varias disposiciones procedimentales. En la etapa de investigación y en la de juicio le es concedido al imputado la posibilidad de expresarse sobre el objeto de la imputación, requerir la producción de prueba, así como la posibilidad de presentar cuestionamientos.³⁹

Este derecho es complementado por el derecho a estar presente en el juicio⁴⁰ así como en determinados actos de investigación.⁴¹

En relación a las personas imputadas por delitos económicos, se menciona como significativo atender al derecho de las mismas a la duración razonable del procedimiento (Art. 6 párrafo 1 de la Convención Europea de Derechos Humanos). Esto es así pues la duración de la investigación y del proceso ante los tribunales suelen absorber varios años para su culminación.⁴²

³⁹ Ver §§ 163a párrafo 1 y 2, 243 párrafo 5, 244 párrafos 2 al 6, 240 párrafo 2 StPO.

⁴⁰ Ver § 230 párrafo 1 StPO.

⁴¹ Ver § 168 c párrafo 2 168 d párrafo 1 StPO.

⁴² Niemeyer: en WStR, p 221.

V. La víctima

La víctima es la persona afectada por el hecho punible, y a la misma le corresponden una serie de derechos en el marco del proceso. Estos se traducen principalmente en el derecho a ser informada de ciertas decisiones tomadas en el procedimiento y en el derecho a intervenir en ciertos actos procesales. También le corresponde la facultad de promover una querrela accesoria a la acusación del Ministerio Público, o en los delitos de acción privada de mostrarse como acusador particular.⁴³

En relación a los delitos económicos se presenta la dificultad de establecer la calidad de víctima de una persona atendiendo a que en éstas disposiciones se acentúa la protección de bienes jurídicos supraindividuales.

La jurisprudencia vincula el concepto de víctima, por regla general, al criterio del “portador del bien jurídico” y en este sentido ha negado, por ejemplo, la posibilidad al particular de reclamar la revisión de la postura de la fiscalía de suspender o archivar el procedimiento en casos de mera protección de bienes supraindividuales como ser hechos punibles contra el ambiente o en casos de corrupción de funcionarios. En los casos de producción y utilización de documentos no auténticos se ha aceptado que también el particular, cuya posición probatoria es afectada, es protegido. En parte se está al criterio de reglas del derecho común que otorgan la posibilidad de reclamar daños para determinar la cualidad de víctima. Es posición es vista con ojos críticos pues pueden llevar en supuestos a resultados no admisibles, por ejemplo, en casos de lesión de confianza por parte de los miembros de los órganos de sociedades anónimas o de sociedades de responsabilidad limitada.⁴⁴

⁴³ Niemeyer: en WStR, p 222.

⁴⁴ Tiedemann, p 45.

B. Aspectos procesales

El proceso penal en casos de delitos económicos se rige en principio según las disposiciones generales del procedimiento ordinario. La ley reguladora del procedimiento penal (StPO) y la ley sobre infracciones administrativas (OWiG) no contienen disposiciones especiales para estos casos.⁴⁵

La ley sobre la constitución de los tribunales (GVG) es la que contiene, entre otras, disposiciones funcionales para el tratamiento de delitos económicos.⁴⁶

En lo sucesivo se pretende delinear los principios básicos del procedimiento y las características prácticas más importantes en el tratamiento procesal de los delitos económicos.

I. Vista general del procedimiento

La etapa de investigación sirve al esclarecimiento de los hechos para poder responder a la pregunta, si es procedente presentar una acusación o archivar o suspender el procedimiento. Esta decisión se encuentra en manos del Ministerio Público, que trabaja conjuntamente con la policía, los funcionarios competentes para las investigaciones fiscales (impuestos), o los competentes para las investigaciones aduaneras.⁴⁷

El procedimiento ante los tribunales comienza con la presentación de la acusación ante los mismos. Estos verifican seguidamente si en contra de la persona -que es señalada por la Fiscalía como participante en el hecho punible- existe una sospecha suficiente. En caso afirmativo se admite la acusación para el juicio oral.⁴⁸

⁴⁵ Niemeyer: en WStR, p 201.

⁴⁶ Niemeyer: en WStR, p 201.

⁴⁷ Niemeyer: en WStR, p 201.

⁴⁸ Niemeyer: en WStR, p 201.

El juicio oral representa la parte central del procedimiento. En él se determina la responsabilidad del acusado y se establecen las consecuencias legales, siendo la más importante la pena. El procedimiento ante los tribunales termina cuando la decisión queda firme.⁴⁹

II. Principios procesales

Para el proceso penal en general y para aquellos que tienen por objeto el juzgamiento de delitos económicos rigen los siguientes principios.

1. El derecho a ser oído

Como se ha mencionado más arriba le corresponde al imputado el derecho a ser oído. Este derecho le corresponde en general a cualquier persona en el marco de todos los procedimientos ante los tribunales.⁵⁰

Este derecho determina que debe concederse al imputado, antes de decidirse el caso, la oportunidad de expresarse y de elevar pretensiones.

Una especial exteriorización de éste derecho se da en la oportunidad que tiene el imputado de poder hablar por último antes del cierre del debate.⁵¹

2. Independencia del Juez

El principio de la independencia del juez se encuentra contenido en el Art. 97 párrafo 1 GG, y del mismo se deriva que los jueces se encuentran sometidos sólo a la ley. No es consecuentemente permitido que reciban instrucciones foráneas en relación al sentido de sus decisiones.

⁴⁹ Niemeyer: en WStR, p 202.

⁵⁰ Ver Art. 103 párrafo 1 GG

⁵¹ Ver § 258 párrafo 2 StPO

3. Juez natural

El Art. 101 párrafo 1 GG garantiza que el juez competente sea aquel determinado por normas generales, lo que busca evitar que a través de manipulaciones pueda digitarse la competencia de los jueces.

Que la creación de órganos especializados en materia de delitos económicos haya podido significar una lesión en contra de la mencionada prohibición constitucional sobre tribunales especiales, ha sido convincentemente negada con el argumento de que los tribunales especializados no son tribunales ad hoc. Los mismos no son creados para el juzgamiento de un caso o de un grupo de casos concretos, sino que son conformados según criterios generales y obedecen a la necesidad de poseer conocimientos específicos como ocurre v. gr. con los tribunales o jueces para menores.⁵²

4. Principio del proceso justo

El derecho a un proceso justo se deriva de los Arts. 2 párrafo 1 y 20 párrafo 3 GG, y consiste en que cada quien tiene derecho a un proceso orientado a los principios del derecho y la justicia, lo que ha encontrado expresión en el Art. 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

El mandato de concluir el proceso penal en un tiempo razonable —de especial relevancia en el juzgamiento de delitos económicos— es por ejemplo una derivación del principio del proceso justo.⁵³

5. Derecho a guardar silencio

El imputado no se encuentra obligado a declarar contra si mismo “*nemo tenetur se ipsum accusare*”. El mismo es libre de participar en el esclarecimiento de los hechos que se le atribuyen y tiene

⁵² Tiedemann, p 39.

⁵³ Niemeyer: en WStR, p 203.

derecho a ser informado de ésto. Su silencio no puede ser además utilizado en su contra.⁵⁴

6. Principio de oficialidad

Según el principio de oficialidad la persecución penal es competencia de los órganos estatales y no de los particulares. Esto no se limita por más que exista un tercero, como por ejemplo el afectado, que tenga interés en la persecución.⁵⁵

El principio de oficialidad experimenta limitaciones en el caso de delitos de instancia y de acción privada.

Los primeros son perseguibles, cuando la persona legitimada -por regla general la víctima- expresa su voluntad de que el hecho sea perseguido. Luego de la interposición de la instancia del legitimado, con el contenido mencionado, tanto la Policía como el Ministerio Público tienen la obligación de intervenir como en el caso de delitos ordinarios. La instancia puede ser retirada hasta el momento en que el proceso culmine. Esto tiene como consecuencia, que la persecución ya no sea posible.⁵⁶

En relación a muchos delitos de instancia pueden, sin embargo, los órganos de la persecución intervenir cuando no existe instancia o la instancia es retirada, cuando consideran que su intervención es necesaria a causa un interés público especial en el esclarecimiento del hecho.

Para el caso de los delitos de competencia de la sala especializada, lo afirmado en el párrafo anterior, puede tener por ejemplo relevancia para los hechos de Estafa y Lesión de Confianza realizados por el autor en un ámbito familiar o cuando son afectadas personas cercanas al autor. Para hechos regulados en leyes especiales, tiene ésto

⁵⁴Niemeyer: en WStR, p 203, 206.

⁵⁵Niemeyer: en WStR, p 204.

⁵⁶Niemeyer: en WStR, p 204.

relevancia por ejemplo para figuras previstas en la ley contra la competencia desleal, la ley de derecho de autores y derechos protegidos similares, la ley de defensa de marcas y la ley de patentes.⁵⁷

En relación a los delitos de acción privada no basta que el ofendido inste el procedimiento, sino que es necesario que el mismo presente una acusación ante los tribunales. Los delitos de acción privada son enunciados en el § 374 StPO. En relación a los delitos que son competencia de la sala especializada cabe mencionar los enumerados en los numerales 7 y 8 del párrafo 1 del § 374 StPO. En casos de delitos de acción privada la Fiscalía puede no obstante presentar por si misma una acusación, cuando ésto sea considerado necesario atendiendo al interés público.⁵⁸

7. Principio de legalidad

El principio de legalidad obliga a los órganos de la persecución penal a la investigar cuando existen hechos que indican suficientemente la realización de un delito. La obligación de perseguir abarca la obligación de acusar. La Fiscalía debe presentar acusación en contra del imputado en tanto las investigaciones proporcionen mérito suficiente para hacerlo.⁵⁹

Es irrelevante la forma en que la Policía o el Ministerio Público toman conocimiento de los indicios que apuntan a la realización del hecho punible. Tanto la propia percepción de las personas que encarnan los órganos de la persecución así como la denuncia de terceros obligan a la intervención de los mismos.⁶⁰

En el caso de delitos económicos es relevante la decisión acordada por las administraciones de los Ministerios de Justicia de los Estados Federados y por el Ministerio de Justicia Federal sobre comunicaciones en materia civil. En virtud a lo acordado los tribunales

⁵⁷ Niemeyer: en WStR, p 204.

⁵⁸ Niemeyer: en WStR, p 204.

⁵⁹ Ver §§ 152 párr. 2, 163 párr. 1, y 170 párr. 1 StPO.

⁶⁰ Ver 160 párr. 1 StPO.

deben comunicar a la Fiscalía todas las decisiones de rechazo de pedidos de concurso y enviar los antecedentes en que se basan estas decisiones. Si se da de estos antecedentes la sospecha de conductas punibles la Fiscalía debe iniciar las pesquisas necesarias. En estos casos entran en consideración principalmente las conductas indebidas en situaciones de crisis o conductas conducentes a la quiebra.⁶¹ El principio de legalidad no rige en forma absoluta. La Fiscalía puede en un grupo de casos por motivos de oportunidad (Principio de oportunidad) prescindir de presentar una acusación o de seguir llevando adelante las investigaciones.

8. Principio de acusación

Según este principio los tribunales penales no pueden actuar por sí mismos, sino solo a partir y en el marco de una acusación presentada por un sujeto procesal no vinculado a los mismos. La investigación de los hechos hasta la presentación de una acusación le corresponde al Ministerio Público, es decir, a un órgano independiente en relación a los tribunales.⁶²

Es importe en este contexto hacer referencia al denominado *Untersuchungsgrundsatz* que puede ser traducido como “principio de averiguación”. En el derecho procesal penal alemán, el juez no es un mero árbitro en el debate como en el proceso anglosajón, sino que se encuentra obligado al esclarecimiento de lo realmente acontecido en el marco de los hechos mencionados en la acusación, sin estar vinculado a las afirmaciones o explicaciones de las partes.⁶³

9. Libre valoración de la prueba

Según este principio los tribunales por regla general no están vinculados en el marco de la decisión de la causa a ningún esquema de prueba tasada (como por ejemplo: “la declaración coincidente de dos testigos hace plena prueba sobre un hecho”).⁶⁴

⁶¹ Niemeyer: en WStR, p 205

⁶² Niemeyer: en WStR, p 206.

⁶³ Ver §§ 155 párr. 2, 244 párr. 2 StPO.

⁶⁴ Niemeyer: en WStR, p 206.

Como excepción a este principio puede citarse el valor probatorio del protocolo del juicio oral para los casos de prueba de la verdad en los hechos punibles contra el honor, es decir, en casos en que el hecho afirmado o divulgado consituya un hecho punible, entonces la demostración de la verdad debe tenerse como probada cuando el ofendido sea condenado a causa de éste hecho.⁶⁵

Es también importante mencionar que el imputado debe ser visto como inocente en tanto su culpabilidad no esté establecida en una sentencia firme.⁶⁶

10. Principio de oralidad

Este principio rige para el juicio oral. Solo aquello que fue incorporado oralmente puede servir de fundamento en la sentencia.⁶⁷

En relación a los documentos -medio probatorio de especial importancia en los hechos de naturaleza económica-, los mismos deben ser leídos en la sustanciación del juicio. Se prevé sin embargo la posibilidad, bajo la concurrencia de determinados presupuestos, de prescindir de la lectura. Este es el caso cuando los miembros de los tribunales han tomado conocimiento del texto de los documentos, así como las partes intervinientes.⁶⁸

Cabe mencionar en este sentido, que en el conocido caso “Contergan” fue v. gr. considerada una formalidad innecesaria, que los documentos hayan sido leídos durante semanas, siendo que todas las partes ya tenían copias (así como conocimiento) de los mismos. Luego de algunas reformas posteriores el Legislador ha permitido para lo sucesivo la renuncia a la lectura ante la concurrencia de los presupuestos mencionados, permitiendo de esta forma una limitación del principio de oralidad en estos supuestos.⁶⁹

⁶⁵ Ver § 274 StPO y § 190 StGB.

⁶⁶ Ver Art. 6 párr. 2 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

⁶⁷ Ver § 261 StPO.

⁶⁸ Ver § 249 párr. 2 StPO.

⁶⁹ Tiedemann, p 40.

En otras etapas del proceso predomina la escritura, en especial en la etapa de investigación, así por ejemplo el Fiscal al determinar si formula o no acusación hecha mano a los antecedentes escritos o actas que registran los actos de investigación. Esto ocurre principalmente en el caso del tratamiento de hechos de naturaleza económica.⁷⁰

11. Inmediación e inmediatez

Para el juicio oral rige el deber de los jueces de percibir por ellos mismos el material probatorio. Ellos mismos deben escuchar al encausado y a los testigos, cuya declaración no debe ser sustituida por la lectura de protocolos.⁷¹

También los jueces deben resolver la causa teniendo una impresión fresca sobre lo probado, lo que se dificulta en procesos de gran complejidad y envergadura.

La ordenanza procesal alemana no prevé, como se ha expresado, reglas especiales para el tratamiento de procesos de naturaleza económica; no obstante se sortean las dificultades hechando mano a las posibilidades de suspensión de los actos y de ampliación de plazos existentes.⁷² Esto ocurre por ejemplo cuando se necesitan varios días para la sustanciación del juicio.

⁷⁰ Niemeyer: en WStR, p 207.

⁷¹ Ver § 250 StPO.

⁷² Ver v. gr. § 229 parr. 2 StPO. Tiedemann, p 40.

LA SITUACIÓN EN ARGENTINA

En este país, existe un fuero en lo Penal Económico hace alrededor de 50 años.⁷³ Existe una competencia mixta (provincial y federal), mayoritariamente federal. El Art. 121 de la Constitución Argentina establece que las provincias conservan el poder no delegado al gobierno federal.

A. Aspectos de organización

La especialización abarca tanto al Poder Judicial como al Ministerio Público.

I. Ámbito Federal

En el ámbito federal rige la figura del Juez de Instrucción, y el juzgamiento del caso lo realiza un tribunal en un juicio oral, previa acusación del Ministerio Público.⁷⁴ El fiscal debe acusar sobre la base de elementos probatorios por él no recogidos, y no tiene la posibilidad de selección con relación a ellos.

No obstante, en muchas provincias se han aprobado Códigos Procesales en los cuales se establece que la investigación le corresponde al Ministerio Público, bajo el control de un Juez de Garantías.

⁷³ Por la Ley 14.558 (B.O. 3/11/1958) se crearon, en el ámbito de la Capital Federal, para el juzgamiento de las infracciones a las leyes represivas del agio y la especulación, los juzgados de agio y especulación y una Cámara de Apelaciones (art. 1° de la ley). Por la Ley 14.831 (B.O. 24/9/1959), art. 1°, se estableció que la Cámara de Apelaciones y los Juzgados creados por la ley 14.558 se denominarán, en lo sucesivo, “en lo Penal Económico” e integrarán los tribunales nacionales de la Capital Federal del art. 32 del decreto-ley 1285/58 (en consecuencia, estos tribunales, que eran de carácter administrativo, con la sanción de la ley pasan a ser de carácter judicial), y además de la jurisdicción que se les había asignado en materia de agio y especulación, se estableció que conocerían en las causas relacionadas con la aplicación del art. 300 del Código Penal y en el aspecto represivo de las leyes 12.906, 11.275, 11.226, 11.228 y decreto-ley 8509/56, 12.236, 11.742, 12.253 y decreto-ley 19.697/56, 14.516, 14.770, 14.799 y decreto-ley 62/57; al respecto, Borinsky, p. 27.

⁷⁴ Para más detalles del proceso penal común argentino, ver Maier, p. 157 y ss.

1. Órganos jurisdiccionales federales especializados

El fuero federal tiene su sede en la ciudad de Buenos Aires.⁷⁵ La investigación está a cargo del Juez en lo Penal Económico (son ocho juzgados), cuyas resoluciones pueden ser impugnadas ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico (dos salas). El juzgamiento se realiza ante Tribunales en lo Penal Económico en juicios orales (existen cuatro), contra las resoluciones del juicio oral sólo cabe la Casación ante la Cámara Nacional de Casación Penal.⁷⁶

Por ley N° 25.292 (B.O. 13/7/2000) se crearon los Juzgados Nacionales en lo Penal Tributario Nros. 1, 2 y 3, que entraron en funcionamiento en el mes de agosto de 2003, para su actuación en la Ciudad de Buenos Aires, por la comisión de alguno de los delitos previstos por la Ley Penal Tributaria N° 24.769 (del año 1997). Como Tribunal de Alzada de los Juzgados Nacionales en lo Penal Tributario interviene la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico. Para el juzgamiento de los delitos tributarios y contra la seguridad social toman intervención los Tribunales Orales en lo Penal Económico.⁷⁷

2. La competencia del fuero federal especializado

Los delitos que se sustancian en el fuero federal en lo penal económico, son hechos como el negocios de divisas y el giro de monedas al exterior, maniobras aduaneras, falsedades contables, evasiones impositivas, manejos del mercado en beneficio de empresas de gran volumen que abusan de su posición dominante, entre otros delitos, todo lo que exige conocimientos de tipo económico, financiero y legislativo altamente especializado.⁷⁸

⁷⁵ Si los hechos ocurren fuera de la jurisdicción territorial de ésta, la competencia corresponderá a los Jueces Federales del lugar.

⁷⁶ Esta ya es general para todos los juicios orales en materia penal –federal.

⁷⁷ Borinsky, p. 355

⁷⁸ Borinsky, p. 28.

Una de las notas particulares del fuero en lo Penal Económico es su catálogo de sanciones, que en algunos casos escapan a las clásicas ya establecidas en el Código Penal, introduciendo variantes y novedades.⁷⁹

Las leyes que establecen la competencia del Fuero Penal Económico y Tributario son:

- 1) CÓDIGO PENAL - ART. 300 - FRAUDES AL COMERCIO Y A LA INDUSTRIA, BALANCE FALSO.
- 2) CÓDIGO PENAL - ART. 302 - LIBRAMIENTO DE CHEQUES SIN PROVISIÓN DE FONDOS - LEY DE CHEQUES - LEY 24452 (que deroga al Decr.-Ley 4776/63), modificada por la Ley 24760.
- 3) LEY 22262 - DEFENSA DE LA COMPETENCIA - Régimen inicial. Ley 12906 de Represión de Monopolios, derogada por esta Ley. Competencia dada por el Art. 34.
- 4) LEY 20371 - YERBA MATE - competencia en grado de apelación a los Jueces de Primera Instancia.
- 5) LEY 17741 - CINEMATOGRAFÍA - LEY DE FOMENTO Y REGULACIÓN DE LA ACTIVIDAD CINEMATOGRAFICA NACIONAL - competencia en grado de apelación al Juzgado de Primera Instancia. Luego fue modificada por Ley 24377, que no deroga dicho Art. 75.
- 6) LEY 22802 - LEALTAD COMERCIAL – Competencia en grado de apelación de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico.
- 7) LEY 14878 - VINOS - Los Jueces en lo Penal Económico deben entender originariamente - en el ámbito de la Capital Federal - tan sólo en los casos de delitos de adulteración de vinos Art. 31, Ley 14878, sin perjuicio de la intervención del organismo administrativo en cuanto a la vigilancia, prevención o investigación sumaria y de las funciones auxiliares de la Justicia del Instituto Nacional de Vitivinicultura.

⁷⁹ Por ejemplo, las penas de: apercibimiento (prevista en la ley 14.878, de vinos), clausura (ley 11.683 de infracciones tributarias, entre otros), suspensión en el goce y participación de beneficios (leyes 19.597, del azúcar y 17.741, de cinematografía; entre otras), cesar y abstenerse (ley 25.156 de defensa de la competencia), intervención temporaria para su uso (ley N° 20.680 de abastecimiento); entre otras.

- 8) LEY 22415 - CÓDIGO ADUANERO.
- 9) LEY 11683 (T.O. 1998, POR DECRETO 821/98) - LEY DE PROCEDIMIENTO PARA LA APLICACIÓN Y PERCEPCIÓN DE IMPUESTOS. Competencia de apelación de los Jueces de 1° instancia en lo Penal Económico y luego la opción de apelación ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal Económico.
- 10) LEY 20680 - ABASTECIMIENTO - La competencia la determina el Art. 15; es originaria de los Jueces de Primera Instancia cuando puede corresponder la pena de prisión y la de inhabilitación especial; y en grado de apelación, cuando la infracción ha sido juzgada en sede administrativa.
- 11) LEY 19359 - RÉGIMEN PENAL CAMBIARIO - TEXTO ORDENADO POR DECR. 480/95 - Art. 8 el Banco Central tiene a su cargo el proceso sumario. Art. 9 competencia originaria de los Juzgados de 1era. Instancia con apelación ante la Cámara del Fuero.
- 12) LEY 20425 - GANADERÍA - REPRODUCCIÓN ANIMAL - FISCALIZACIÓN DE LAS ACTIVIDADES RELACIONADAS CON LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL - El Art. 6 establece que la multa impuesta por la autoridad administrativa es apelable ante la Justicia en lo Penal Económico. En cuanto a la ejecución fiscal, el Art. 7 determina que se tramitará ante la Justicia en lo Penal Económico.
- 13) LEY 18859 - SANIDAD ANIMAL - ENVASES PARA PRODUCTOS DESTINADOS A LA ALIMENTACIÓN DEL GANADO - Art. 4, apelación ante el Juzgado de 1ra. Instancia.
- 14) LEY 19597 - AZÚCAR - Art. 84 apelación ante la Cámara.
- 15) LEY 20485 - NORMAS PARA LA EXPORTACIÓN DE ALCOHOL DE MELAZA DE CAÑA Y LA COMERCIALIZACIÓN DE LA MELAZA DE CAÑA - El Art. 12 establece la apelación ante la Cámara, conforme a las normas del Art. 84 de la Ley 19597.
- 16) LEY 19227 - MERCADERÍAS DE INTERÉS NACIONAL - RÉGIMEN DE PROMOCIÓN - Art. 29, apelación ante la Cámara.
- 17) LEY 18425 - PROMOCIÓN COMERCIAL - RÉGIMEN DE COMERCIALIZACIÓN DE MERCADERÍAS - Art. 23, apelación ante la Cámara.

18) DECRETO-LEY 9244/63 - FRUTAS - PRODUCCIÓN, TIPIFICACIÓN, EMPAQUE, IDENTIFICACIÓN Y CERTIFICACIÓN DE LA CALIDAD Y SANIDAD FRUTÍCOLAS - Art. 13, apelación ante la Cámara.

19) LEY 18829 - REGLAMENTACIÓN DE LA ACTIVIDAD DE LOS AGENTES DE VIAJES - Art. 20, apelación ante la Cámara.

20) LEY 19800 - LEY NACIONAL DEL TABACO - Art. 43, apelación ante la Cámara. La Ley 24291 restablece la vigencia de la Ley 19800.

21) LEY 19511 - LEY DE METROLOGÍA - Art. 38, apelación ante la Cámara.

22) DECRETO - LEY 4686/58 Y DECRETO 6603/62 - EXPORTACIÓN E IMPORTACIÓN - Art. 12 del Decr. 6603/62, apelación ante la Cámara.

23) LEY 16463 - CONTROLADOR DE DROGAS Y PRODUCTOS UTILIZADOS EN MEDICINA HUMANA - Art. 21, apelación ante la Cámara del fuero. Art. 23, vía de apremio ante Juzgado.

24) DECRETO 7650/64 - RENOVACIÓN DE AUTORIDADES PARA LA ELABORACIÓN Y VENTA DE MEDICAMENTOS - El Art. 6 establece que las infracciones serán sancionadas conforme al Art. 20 de la Ley 16463, en cuyo Art. 23 determina la competencia de los Juzgados para entender, por vía de apremio en el cobro de las multas.

25) LEY 23359 - ACTIVIDAD LECHERA - FOPAL - Art. 19, apelación ante la Cámara. Ejecución de multas, Juzgados de 1ra. Instancia.

26) LEY 24769 - RÉGIMEN PENAL TRIBUTARIO - s/ley 25.292.

Esta ley reprime también los delitos contra el Sistema Nacional de Seguridad Social.

27) LEY 24241 - JUBILACIONES Y PENSIONES, SISTEMA INTEGRADO DE A.F.J.P. - Competencia: art. 149, en la Capital Federal, Justicia en lo Penal Económico.

El Decreto 2284/91, de desregulación económica, afecta parcialmente la aplicación de las Leyes 14878, 19227, 19597, 19800, 20371, 20680, 22802 y 23359, citadas anteriormente. Muchas veces el fuero actúa comoalzada de decisiones administrativas.

3. Ministerio Público en el fuero federal especializado

En cuanto al Ministerio Público,⁸⁰ hay 3 Fiscalías Nacionales de 1° Instancia en lo Penal Tributario; 5 Fiscalías Generales en lo Penal Económico y Tributario (1 de Cámara y 4 que intervienen ante los Tribunales Orales); la U.F.I.T.CO (Unidad Fiscal de Investigación de Delitos Tributarios y Contrabando) dependiente de la Procuración General de la Nación (que interviene ante la Justicia en lo Penal Económico, Penal Tributario y Federal del interior del país); 2 Defensorías Oficiales de Primera instancia y Cámara en lo Penal Económico, 1 Defensoría Oficial de Primera instancia y Cámara en lo Penal Tributario; 2 Defensorías Oficiales en lo Penal Económico y Tributario que intervienen ante los Tribunales Orales en lo Penal Económico y Tributario.

En el fuero penal económico, el Fiscal es quien presenta la acusación y la sostiene ante el Tribunal Oral. En la etapa investigativa, el Fiscal se limita a formular requerimientos al Juez en lo Penal Económico, quien es el que se encarga de la instrucción.

II. Ambito provincial - El caso de la Provincia de Córdoba

Como se ha avanzado el juzgamiento de “delitos económicos” le corresponde en mayor medida a la jurisdicción federal; en tanto que a la jurisdicción provincial se reserva el entendimiento en hechos de esta naturaleza en medida bastante reducida.⁸¹

En la Provincia de Córdoba existe una organización especializada compuesta de un “Juzgado de Control” y una “Fiscalía de Instrucción”, órganos instituidos actualmente por ley provincial N° 9199. La competencia determinada por esta ley comprende los siguientes delitos previstos en el Código Penal de la Nación:

a) Hechos punibles relativos a Estafas y Otras Defraudaciones: Art.

⁸⁰ Se trata de un órgano constituido por el Ministerio Público Fiscal y Ministerio Público de la Defensa. El primero nuclea y coordina la acción de los Fiscales y el segundo la de los Defensores Oficiales.

⁸¹ Arocena/Balcarce, p 6.

173 incs. 7, 11, 12, 13 y 14 y Art. 174 inc. 5, cuando el autor o partícipe sea un funcionario o empleado público, miembro o funcionario de una sociedad comercial, bancaria o financiera, regular o irregular; Art. 174 inc. 6.

b) Usura: Art. 175 bis, párr. 3

c) Hechos punibles relativos a “Quebrados y Otros Deudores Punibles”: Arts. 176, 177, 178, 179 párr. 1 y 180.

d) Hechos punibles contra el Orden Público: Art. 210, cuando el acuerdo para delinquir versare sobre la comisión de los hechos típicos establecidos en esta disposición.

e) Abuso de Autoridad y Violación de los Deberes de los Funcionarios Públicos: Arts. 248, 249, 250, 251, 252 y 253.

f) Violación de Sellos y Documentos: Art. 254. En este caso y en el del punto anterior, cuando los participantes hayan integrado el Poder Ejecutivo Provincial o Municipal, desempeñando las funciones de Gerente, Director o jerarquía superior, sean o hayan sido miembros de Directorios de Entes Descentralizados, Entidades Autárquicas, Sociedades o Agencias del Estado, ejerzan o hayan ejercido el cargo de Comisario Mayor o superior de las Fuerzas de Seguridad, miembros del Tribunal de Cuentas de la Provincia o Municipales, Intendentes y Presidentes de Comuna, Legisladores Provinciales o Concejales Municipales, o funcionarios de ambos Poderes Legislativos que ostenten la jerarquía de Director o superior y funcionarios o magistrados que integren o hayan integrado el Poder Judicial.

g) Cohecho y Tráfico de Influencias: Arts. 256, 256 bis, 257, 258, 258 bis y 259.

h) Malversación de Caudales Públicos: Arts. 260, 261 párr. 1, 262, 263 y 264.

i) Negociaciones Incompatibles con el Ejercicio de Funciones Públicas: Art. 265.

j) Exacciones Ilegales: Arts. 266, 267 y 268.

k) Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados: Arts. 268 párr. 1 - 3.

l) Encubrimiento y Lavado de Activos de Origen Delictivo: Art. 279 inc. 3, 278.

m) De los Fraudes al Comercio y la Industria: Arts. 300 incs. 2 y 3 y 301.

En lo atinente a hechos punibles conexos, son competentes los órganos especializados cuando los mismos hubiesen sido cometidos para perpetrar o facilitar la comisión de los delitos comprendidos en la materia penal económica y anticorrupción administrativa, para procurar a sus autores o partícipes el provecho o la impunidad.⁸²

Los órganos judiciales especializados han sido creados sólo para la Primera Circunscripción Judicial de Córdoba, manteniéndose incólume la organización judicial penal para el resto del territorio provincial. En la mencionada Primera Circunscripción Judicial, la investigación y control llevada a cabo por magistrados específicos, pasa luego al juzgamiento de tribunales de competencia penal genérica (o no especializados).

En cuanto al Ministerio Público, la Constitución de la Provincia de Córdoba expresa que la actuación de éste órgano se encuentra regida por los principios de legalidad, objetividad, unidad de actuación y dependencia jerárquica.⁸³

Sin embargo, existen críticas al sistema utilizado en esta provincia, en especial, por concentrar todas las investigaciones en una sola Fiscalía de instrucción, la cual tampoco cuenta con la cantidad de funcionarios suficientes para hacer frente a todo el trabajo encomendado.⁸⁴ Todo esto atendiendo a las particularidades del Derecho penal económico, que requiere un órgano de persecución con alto grado de especialización. Por tanto, el Ministerio Público no sólo debe tener personal suficiente, sino además caracterizados por una formación interdisciplinaria.⁸⁵

⁸² Art. 3 ley provincial N° 9181.

⁸³ Ver art. 171 de la Constitución de la Provincia de Córdoba y los arts. 3 y 4 de la ley provincial N° 7826.

⁸⁴ Lascano, p. 65

⁸⁵ Lascano, p. 64

III. El imputado

El imputado por hechos punibles económicos posee en la percepción de autores del vecino país las siguientes características criminológicas: una capacidad de seducción a la opinión pública, una ausencia de estigmatización del delincuente de cuello blanco, un origen cultural común al acusador y el juez, un estatus profesional, un limitado reproche moral por parte de la sociedad.⁸⁶

Su defensa suele canalizarse a través de un discurso sofisticado. El imputado en procesos penales económicos, no pocas veces, alude a eventuales consecuencias nefastas respecto de intereses sensibles para el Estado, que se derivan de su persecución y de su condena (v. gr., cierre de empresas, pérdida de fuentes de trabajo, pérdida de fuentes de ingreso para el Estado [impuestos] etc.).⁸⁷

La defensa técnica se caracteriza por la alta idoneidad, el carácter empresarial de los representantes y su capacidad de influencia (lobby).⁸⁸

IV. La víctima

La víctima es la persona afectada por el hecho punible, y a la misma le corresponden una serie de derechos en el marco del proceso. Ésta, junto al imputado, es un protagonista principal del conflicto social que conforma la base de un caso penal.⁸⁹ Estos se traducen principalmente en el derecho a ser informada de ciertas decisiones tomadas en el procedimiento y en el derecho a intervenir en ciertos actos procesales.⁹⁰ También le corresponde la facultad de promover una querrela accesoria a la acusación del Ministerio Público,⁹¹ o en los delitos de acción privada de mostrarse como acusador particular.

⁸⁶ Arocena/Balcarce, p 17/18.

⁸⁷ Arocena/Balcarce, p 18.

⁸⁸ Arocena/Balcarce, p 18.

⁸⁹ Maier, p. 636.

⁹⁰ Maier, p. 530.

⁹¹ Maier, p. 624.

Como acusador privado, querellante exclusivo, puede intervenir el ofendido por un hecho de acción privada. La acción penal se ejerce en un procedimiento especial, determinado por las particularidades de los intereses involucrados en estos hechos.

En materia penal económica, la persecución por esta vía es prácticamente excepcional, pues en la mayoría de los casos se trata de delitos de acción pública. El delito de concurrencia desleal previsto en el art. 159 C.P., puede mencionarse como un ejemplo de hecho punible de acción privada.

Los bienes jurídicos protegidos por los delitos económicos poseen en su mayoría un carácter supraindividual, por proteger intereses generales o de determinados grupos de personas no precisamente determinados. Esta circunstancia determina una dificultad para la posible intervención de un querellante, pues el carácter de ofendido por el delito no se da en el sentido tradicional.

Cuando en los delitos de acción pública puede establecerse un ofendido, éste puede intervenir en el proceso como querellante particular. También debe mencionarse que hay casos en que la ley permite la participación de un organismo público administrativo en el carácter de querellante particular, a través de funcionarios designados.

En materia económica la persona que aparece como víctima, independientemente de la interposición de una querrela, cuenta también con determinados derechos. En este sentido puede citarse el art. 72 bis de la ley nacional N° 11723 de Propiedad Científica, Literaria y Artística, que confiere el derecho de solicitar el secuestro de las copias de fonogramas reproducidas ilícitamente y de los elementos de reproducción.

B. Aspectos dinámicos

El procedimiento penal en casos de delitos económicos se corresponde en la Argentina con el procedimiento para la persecución de

hechos ordinarios, es decir, existen dos etapas en el trámite: una primera etapa de investigación y una ulterior de juicio. En el esclarecimiento y juzgamiento de ilícitos penales económicos existen sin embargo ciertas características en las instancias mencionadas que se describen a continuación.⁹²

I. Etapa de esclarecimiento

En la investigación de hechos punibles comunes existe una tendencia de desformalización y oralización de la investigación; sin embargo, la investigación de delitos económicos —o mejor— las características de este tipo de delincuencia determina la necesidad —incluso— de profundizar la actividad escrita.⁹³ Aunque la investigación sigue a cargo de jueces de instrucción (sistema federal).

La complejidad de determinación de elementos de convicción en la investigación preliminar determina la necesidad de dilatar los plazos concebidos para el esclarecimiento de hechos ordinarios, todo ésto se debe a que la actividad principal es generalmente la realización de pericias.⁹⁴

II. Etapa de juicio

En la etapa de juicio, en comparación con un proceso para casos ordinarios, existe una limitación a la intermediación mediante la lectura de documentos, informes técnicos y dictámenes; el testimonio cede en gran parte espacio ante la consideración de los mencionados medios.⁹⁵

Se exige el dictado de las sentencias sin solución de continuidad, lo que puede resultar contraproducente pues en breves lapsos deben discernirse cuestiones, para lo cual es necesario “digerir” adecuadamente información de sofisticadas pericias, documentos e informes, lo que insume un tiempo normalmente superior a los plazos para el juzgamiento de hechos tradicionales.⁹⁶

⁹² Arocena/Balcarce, p 26.

⁹³ Ibid.

⁹⁴ Ibid.

⁹⁵ Arocena/Balcarce, p 28/29.

⁹⁶ Ibid.

LA SITUACIÓN EN ESPAÑA

Actualmente España carece de una especialización⁹⁷ específica en materia jurisdiccional en temas de enjuiciamiento de delitos económicos; sin embargo hechos de gravedad y complejidad son atendidos por la Audiencia Nacional, órgano que se describe más adelante.

A. Aspectos de Organización

La jurisdicción penal en España está integrada por una gran diversidad de tribunales. A continuación se ofrece una vista general, atendiendo principalmente a composición y grado.⁹⁸

I. Órganos Jurisdiccionales

1. Vista general de la judicatura penal

Los órganos unipersonales (servidos por un solo Juez o Magistrado) con competencia territorial limitada son los siguientes:

- 1) Juzgados de Paz: su titular no pertenece a la Carrera Judicial, no precisa tener la licenciatura en derecho y es elegido por el pleno del Ayuntamiento correspondiente, aunque su nombramiento corresponde al Tribunal Superior de Justicia. Ejercen en un municipio donde no exista Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, o de Instrucción (arts. 99 a 103 LOPJ).
- 2) Juzgados de Instrucción, o de Primera Instancia e Instrucción (estos últimos denominados mixtos): su competencia territorial se extiende al partido judicial y tendrán la sede en su capital (art. 84 LOPJ).
- 3) Juzgados de Violencia sobre la Mujer: su ámbito territorial es el partido judicial, aunque es posible que abarque más de uno (art. 87 bis LOPJ).
- 4) Juzgados de lo Penal. Su ámbito territorial es el de la provincia, pero podrá ser limitado a uno o varios partidos judiciales (art. 89 bis 1 LOPJ).

⁹⁷Nieto Martín, p 20.

⁹⁸Zarzalejos Nieto, p 7.

- 5) Juzgados de Vigilancia Penitenciaria: con carácter general extienden su competencia a la provincia, pero puede ser ampliada a dos o más provincias de una misma Comunidad Autónoma o inferior al ámbito provincial (art. 94.1-3 LOPJ).
- 6) Juzgados de Menores. Su extensión territorial es similar a la de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria (art. 96.1 LOPJ).

Los órganos colegiados (compuestos por varios Magistrados, tres o cinco, en el caso de los Tribunales profesionales) con competencia territorial limitada son los siguientes:

- a) Audiencias Provinciales: Extienden su competencia al ámbito de la provincia. Están integradas por secciones, que son los órganos que ejercen la potestad jurisdiccional y que excepcionalmente pueden tener su sede fuera de la capital de la provincia (art. 82.1-2 LOPJ).
- b) Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia: el TSJ culmina la organización judicial en la comunidad autónoma y extiende su jurisdicción al ámbito territorial de la misma (arts. 70 y 71 LOPJ).
- c) Tribunal del Jurado. Se constituye en el ámbito de la Audiencia Provincial, pero, excepcionalmente, podrá funcionar como órgano de ámbito superior cuando juzgue a personas aforadas (art. 1.3 Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo (LA LEY 1942/1995)).

2. Tribunal Especializado: La Audiencia Nacional

La Audiencia Nacional es un conjunto de tribunales unipersonales y colegiados, integrados en los órdenes penal, social y contencioso-administrativo, que extienden su jurisdicción a todo el territorio nacional (arts. 62 y 64 LOPJ). En el ámbito penal, sus tribunales son los siguientes:

- 1) Los órganos unipersonales penales de la Audiencia Nacional son los Juzgados Centrales de Instrucción (art. 88 LOPJ), los Juzgados Centrales de lo Penal (art. 89 bis 3 LOPJ), los Juzgados Centrales de Vigilancia Penitenciaria (art. 94.4 LOPJ) y los Juzgados Centrales de Menores (art. 96.2 LOPJ).

- 2) Los órganos colegiados penales de la Audiencia Provincial son la Sala de lo Penal, integrada actualmente por cuatro Secciones (art. 65 LOPJ), y la Sala de Apelación (art. 64 bis LOPJ), aunque esta última carece de competencias actualmente y no ha sido constituida.

Esta sala de Apelación cuenta con varias críticas debido a lo confuso de la redacción de la legislación que le dio origen, artículo 64bis de LOPJ. Dicho artículo establece que la competencia de la Sala de Apelación conocerá en vía de recurso que establezca la Ley contra las resoluciones de la Sala de lo Penal. Y cuando la sensible y continuada diferencia en el volumen de trabajo lo aconseje, los Magistrados de esta Sala, podrán ser adscritos por el Consejo General del Poder Judicial, total o parcialmente otra Sala de diferente orden.

La Sala de Apelación se conforma como un órgano de segunda instancia de las resoluciones de la Sala de lo Penal en cualquiera de sus Secciones, con la particularidad de que si el número de asuntos fuera reducido podrían quedar adscritos, incluso, parcialmente, a una Sala de otro orden jurisdiccional en la propia Audiencia Nacional, a fin de rentabilizar la presencia de magistrados que podrían tener reducida carga competencial, sirviendo de apoyo a otras Salas, como la de lo Contencioso-Administrativo y Social que precisaran de esta ayuda.⁹⁹ Por ende la Sala de Apelación bien podría convertirse en sala ordinaria de la Audiencia Nacional, para cuestiones no penales, restando esto su exclusividad de competencia para entender en temas de apelación.

a) Análisis en particular

La Audiencia Nacional entiende mayoritaria, pero no exclusivamente, en temas de especialización de delincuencia económica.

“La Audiencia Nacional es un complejo de jueces y tribunales encuadrados en el esquema orgánico del Poder Judicial con tres órdenes jurisdiccionales pero abierta, desde el principio, a los demás,

⁹⁹ Magro Servet, 2003, p 13.

que actúa en principio como juez de primera o única instancia. En lo penal es la respuesta judicial a la criminalidad organizada, así como el juez natural de los asuntos que no lo tienen, asumiendo también los que ponen en peligro la seguridad del Estado”.¹⁰⁰

En adelante se atiende solo lo referente a la Sala Penal de la Audiencia Nacional, que tiene la competencia en razón de la especialidad requerida para ciertas conductas delictivas, como ser los delitos económicos.

La Audiencia Nacional data del año 1977, creada dentro de un periodo particular, y en base a necesidades explícitas referidas a temas de terrorismo.¹⁰¹

Todo lo relacionado a delincuencia organizada y hechos punibles conexos a ella, se encuentran dentro de la competencia de la Audiencia Nacional. Esto último se da cuando el o los hechos reúnan alguno de los requisitos previstos en la normativa pertinente a la competencia de la Audiencia Nacional, tema que se trata a continuación.

b) Determinación de la competencia especializada

No se utiliza la nomenclatura específica de delitos económicos, no obstante la Audiencia Nacional aglomera, dentro de su competencia, varios hechos punibles que bien podrían enmarcarse dentro de los mismos. El art. 65 de la Ley Orgánica del Poder Judicial reza: La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional conocerá:

- 1º) Del enjuiciamiento, salvo que corresponda en primera instancia a los Juzgados Centrales de lo Penal, de las causas por los siguientes delitos:
 - a) Delitos contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor, Altos Organismos de la Nación y forma de Gobierno.
 - b) Falsificación de moneda, delitos monetarios y relativos al control de cambios.

¹⁰⁰ Mendiázabal Allende, p 1.

¹⁰¹ Magro Servet, 2000, p 3.

- c) Defraudaciones y maquinaciones para alterar el precio de las cosas que produzcan o puedan producir grave repercusión en la economía nacional o perjuicio patrimonial en una generalidad de personas en el territorio de más de una Audiencia.
- d) Tráfico de drogas o estupefacientes, fraudes alimentarios y de sustancias farmacéuticas o medicinales, siempre que sean cometidos por bandas o grupos organizados y produzcan efectos en lugares pertenecientes a distintas Audiencias.
- e) Delitos cometidos fuera del territorio nacional, cuando conforme a las leyes o a los tratados corresponda su enjuiciamiento a los Tribunales españoles.

En todo caso, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional extenderá su competencia al conocimiento de los delitos conexos con todos los anteriormente reseñados.

- 2º) De los procedimientos penales iniciados en el extranjero, de la ejecución de las sentencias dictadas por Tribunales extranjeros o del cumplimiento de pena de prisión impuesta por Tribunales extranjeros, cuando en virtud de un tratado internacional corresponda a España la continuación de un procedimiento penal iniciado en el extranjero, la ejecución de una sentencia penal extranjera o el cumplimiento de una pena o medida de seguridad privativa de libertad.
- 3º) De las cuestiones de cesión de jurisdicción en materia penal derivadas del cumplimiento de tratados internacionales en los que España sea parte.
- 4º) De los procedimientos judiciales de extradición pasiva, sea cual fuere el lugar de residencia o en que hubiese tenido lugar la detención del presunto extradicto.
- 5º) De los recursos establecidos en la ley contra las sentencias y otras resoluciones de los Juzgados Centrales de lo Penal y de los Juzgados Centrales de Instrucción.
- 6º) De cualquier otro asunto que le atribuyan las leyes.
 “El juzgado central de lo Penal ha visto modificadas sus competencias por la aprobación de la reforma del art. 14, apartado 3.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para con respecto al conocimiento y fallo de las causas por delitos a los que la ley señale pena privativa de libertad de duración no superior

a cinco años, o pena de multa cualquiera que sea su cuantía, o cualesquiera otras de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, siempre que la duración de éstas no exceda de diez años, así como las faltas, sean o no incidentales, imputables a los autores de estos delitos o a otras personas, cuando la comisión de la falta o su prueba estuviesen relacionadas con aquéllos, todo ello en el ámbito que le es propio al juzgado de lo Penal”.¹⁰²

La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional también es competente para los procesos penales iniciados en el extranjero, la ejecución de sentencias extranjeras, las cuestiones de competencia penal derivadas de Tratados en los que España sea parte y los procedimientos de extradición y de ejecución de órdenes europeas de detención y entrega.¹⁰³

c) Argumentos para la creación de éste órgano especializado

Su esencia radica en tener competencia a nivel nacional dentro de toda España. Esto nace a raíz de la necesidad de contar con un órgano central capaz de llevar adelante instrucciones que debido a su complejidad, importancia o gravedad requieran de mayor especialización que las de los tribunales de instancia de cada comunidad autónoma.

A la par está el factor de tener que diferenciarlo del Tribunal Supremo, el cual se encarga de casaciones y por ende no está preparado ni ha sido creado para atender cuestiones instructoras o de enjuiciamiento ordinario.¹⁰⁴

d. Concentración de la competencia territorial

Se ha discutido y argumentado contra la competencia de la Audiencia Nacional, atacándola de violar el principio de competencia territorial, de derecho al juez natural y de lugar de comisión del

¹⁰² Magro Servet, 2000, p 4.

¹⁰³ Zarzalejos Nieto, p 10; art. 65.2.o y 3.o LOPJ.

¹⁰⁴ Villadot, citado por Magro Servet, 2000, p 9.

hecho. No obstante el Tribunal Constitucional Español, ha sentado postura al respecto, mediante la sentencia en la núm. 56/1990 de 23 de marzo, al determinar que al juez natural está determinado por el legislador. Y por ende en los casos particulares claramente delimitados en el ya citado artículo 65 de la LOPJ, pues se demarcan las competencias de los jueces de la Audiencia Nacional. Esto también fue reconocido por la Comisión Europea de Derechos Humanos en su informe de 16 de octubre de 1986.¹⁰⁵

3. El Tribunal Supremo

El Tribunal Supremo es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo en materia de garantías constitucionales (art. 123 CE (LA LEY 2500/1978)) y tiene jurisdicción en todo el territorio nacional (art. 53 LOPJ). En el orden penal cuenta con dos órganos, la Sala Segunda o de lo Penal (arts. 55 y 57 LOPJ) y la Sala especial del art. 61 LOPJ, que es un órgano con competencias jurisdiccionales de diversa naturaleza.¹⁰⁶

4. Especialización de los jueces

Mucho se ha debatido en España este tema, la conclusión ha llevado a una reforma de la LOPJ de manera a establecer criterios claros respecto al acceso a ciertos puestos especializados en la judicatura. Cabe destacar que hasta esa reforma, el criterio que primaba era el de antigüedad por escalafón. Hoy en día, si bien la antigüedad es respetada y tenida en cuenta, también se requiere contar con niveles de especialización, los cuáles van desde tener al menos ocho años consecutivos de experiencia en el área penal, e incluso si se cuenta con alguna especialización específica en algún tema penal, pues esto prima.¹⁰⁷

¹⁰⁵ Magro Servet. 2000, p 10. En igual sentido Apartado 1o STS 56/1990 de 23 de marzo.

¹⁰⁶ Zarzalejos Nieto, p 7.

¹⁰⁷ Magro Servet. 2003, p 10. En igual sentido artículos 326.1, 39.4, 330.7 y 433bis. LOPJ (1694/1985).

También se pueden realizar pruebas selectivas por parte de la Escuela Judicial, las cuales consisten en la realización de estudios, superación de cursos, elaboración de dictámenes o resoluciones y su defensa ante el Tribunal, exposición de temas y contestación a las observaciones que el Tribunal formule o en otros ejercicios similares.¹⁰⁸ Se tiene contemplado el establecimiento de un plan de formación continua para jueces y magistrados a lo largo de su carrera, estableciendo criterios claros y objetivos de cómo y cuándo se llevarán a adelante actividades de capacitación, actualización y especialización de materias.¹⁰⁹

II. Ministerio Público

En España el ejercicio de la acción penal no es de carácter exclusivo del Ministerio Fiscal, aunque en la generalidad de los casos se da que quien la ejerce mayoritariamente es el citado órgano.¹¹⁰ Tal y como lo establece la Constitución Española, el Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social.¹¹¹

La designación del Fiscal General del Estado en España, se da a través de la nominación de un candidato por parte del Ejecutivo, y el consecuente nombramiento del mismo por parte del Rey, tal y como lo establece el Artículo 124.1 de la C.E. Esta situación constitucional del Ministerio Fiscal Español, así como su “ubicación de dependencia orgánica funcional” no ha sido, ni es una discusión del todo agotada, tanto dentro de la doctrina como en la misma política española. Se han desatado varias discusiones respecto tanto de la forma de designación del Fiscal General del Estado, así como el alcance mismo de lo establecido en el artículo 124, in extenso, de lo que es y ante quien responde el Ministerio Fiscal. Sin ahondar

¹⁰⁸ Art. 312 LOPJ (1694/1985)

¹⁰⁹ Magro Servet. 2003, p 9.

¹¹⁰ Artículos; 100, 101, 102, 105 de la LECrim y sus respectivas reformas.

¹¹¹ Artículo 124.1 de la C.E.

en la discusión, puede asumirse la posición de Conde-Pumpido, cuando explica que “el Ministerio Fiscal es un órgano del Estado, constituido para el funcionamiento de la justicia e integrado autónomamente en el Poder Judicial, y con la misión de defender la legalidad democrática, promover los intereses públicos y sociales que pertenecen al pueblo constituido en Estado, tutelar los derechos de los ciudadanos y velar por la independencia de los Tribunales”.¹¹²

En similar sentido, Lanzarote Martínez señala que el Ministerio Fiscal es “un órgano de relevancia constitucional con personalidad jurídica propia”¹¹³. Asimismo, el apartado uno del artículo 2 de la Ley 24/2007 (EOMF) expresa: “El Ministerio Fiscal es un *órgano de relevancia constitucional con personalidad jurídica propia*, integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial, y ejerce su misión por medio de órganos propios, conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad”.¹¹⁴

La Fiscalía Anticorrupción, fue creada por la Ley 10/95 de 24 de abril, que modificó el EOMF, a fin de crear la Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos relacionados con la Corrupción. La creación de dicha Fiscalía, que nació dentro de un contexto político y económico complejo ya que se produjo en un momento en el que los escándalos de corrupción política y económica eran cotidianos y producían indignación y desánimo a amplios sectores del país. Tiene su origen en el debate de Política General sobre el estado de la Nación celebrado los días 19 y 20 de abril de 1994 en el Congreso de los Diputados, en el que se adoptaron una serie de resoluciones instando al Gobierno de la Nación a promover y adoptar, en su caso, determinadas medidas de orden legislativo.¹¹⁵

¹¹² Conde-Pumpido Ferreiro, p 280. En igual tesitura Bastarache Bengoa, p 219.

¹¹³ Lanzarote Martínez, p 13 y 14.

¹¹⁴ Artículo 1 de la Ley 24/2007, de 9 de Octubre. Que modifica el apartado uno del artículo 2 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

¹¹⁵ Memoria de la Fiscalía Especial para la represión de Delitos Económicos relacionados con la corrupción. Año 1996. p 208.

Es interesante destacar que la Fiscalía Anticorrupción, en parte, es considerada tan solo una “solución coyuntural”.¹¹⁶ Sobre la creación de la fiscalía anticorrupción no es pacífica la cuestión. Así se puso de manifiesto en el voto particular discrepante emitido por tres vocales del Consejo General del Poder Judicial, y en el concurrente de otros dos, en el “Informe al Anteproyecto de Ley por el que se modifica la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por el que se regula el EOMF y se crea la Fiscalía Especial para la represión de los delitos de naturaleza económica y de corrupción”.¹¹⁷

Más allá de las críticas en la doctrina que se le pueda hacer al momento, intenciones¹¹⁸ y forma de creación, la realidad histórica tanto pasada como actual han hecho no solo que esta unidad anticorrupción de la fiscalía española exista, sino que también se asiente y consolide aún más. “La estructura clásica de las fiscalías no estaba concebida para hacer frente a las organizaciones criminales. Se partía, históricamente, del criterio según el cual cada fiscal, como cada juez, está preparado para abordar cualquier tipo de persecución penal de cualquier tipo de delito o delincuente. Pero esto, hoy, ya no es realista. En todas las disciplinas científicas, en todas las actividades profesionales, individuales o colegiadas, en todos los servicios públicos, van naciendo especializaciones a medida que la complejidad de las actividades y las necesidades lo requiera”.¹¹⁹ Actualmente, la Fiscalía Anticorrupción lleva la denominación de Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada, de acuerdo con la nuevas competencias que la reforma estatutaria le asignó en el artículo 19.4 en línea con lo que ya había establecido la Instrucción 4/2006, de la Fiscalía General del Estado.¹²⁰

La determinación de la competencia por tipos de delitos está establecida en la Ley 10/1995, de 24 de abril, que modifica el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y crea la Fiscalía Especial para la represión de los Delitos Económicos relacionados con la Corrupción.

¹¹⁶ Flores Prada, p 684.

¹¹⁷ López García, p 10.

¹¹⁸ Contreras Alfaro, p 623 ss.

¹¹⁹ Mena, p 191.

¹²⁰ Ministerio Fiscal Memoria Anual 2010. p 655.

ción. La disposición tercera, introdujo un nuevo Artículo 18 ter. el cual estableció originariamente la competencia sobre los delitos en los que debía intervenir la Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos relacionados con la Corrupción. Dicha Ley, fue modificada por la Ley 24/2007,¹²¹ de 9 de octubre, la cual en su artículo 19.4 estableció un nuevo catálogo de delitos que son de competencia de la Fiscalía Anticorrupción. El citado artículo reza: La Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada practicará las diligencias a que se refiere el artículo 5 de esta Ley e intervendrá directamente en procesos penales, en ambos casos siempre que se trate de supuestos de especial trascendencia, apreciada por el Fiscal General del Estado, en relación con:

- a. Delitos contra la Hacienda Pública, contra la seguridad social y de contrabando.
- b. Delitos de prevaricación.
- c. Delitos de abuso o uso indebido de información privilegiada.
- d. Malversación de caudales públicos.
- e. Fraudes y exacciones ilegales.
- f. Delitos de tráfico de influencias.
- g. Delitos de cohecho.
- h. Negociación prohibida a los funcionarios.
- i. Defraudaciones.
- j. Insolvencias punibles.
- k. Alteración de precios en concursos y subastas públicos.
- l. Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores
- m. Delitos societarios.
- n. Blanqueo de capitales y conductas afines a la receptación, salvo cuando por su relación con delitos de tráfico de drogas o de terrorismo corresponda conocer de dichas conducta a las otras Fiscalías Especiales.
- o. Delitos de corrupción en transacciones comerciales internacionales.
- p. Delitos de corrupción en el sector privado.

¹²¹ Esta misma ley es la que cambia el nombre de la Fiscalía Especial para la represión de los Delitos Económicos relacionados con la Corrupción y la pasa a denominar, Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada.

q. La investigación de todo tipo de negocios jurídicos, transacciones o movimientos de bienes, valores o capitales, flujos económicos o activos patrimoniales, que indiciariamente aparezcan relacionados con la actividad de grupos delictivos organizados o con el aprovechamiento económico de actividades delictivas, así como de los delitos conexos o determinantes de tales actividades; salvo cuando por su relación con delitos de tráfico de drogas o de terrorismo corresponda conocer de dichas conductas a la Fiscalía Antidroga o a la de la Audiencia Nacional.

III. Policía y otros órganos

El Ministerio Público no tiene la exclusividad legal de dirigir la investigación, pero en la práctica eso es lo que ocurre, por cuanto es el Ministerio Público quién coordina las labores investigativas de los entes de investigación. Todo ello bajo el control jurisdiccional del juez instructor, el cual puede dar órdenes directas a la Policía. La policía comunica sus actuaciones mediante atestados escritos o verbales –de manera extraordinaria– ante las autoridades competentes (Fiscal y Juez), valiendo ésta como una denuncia formal. Las fuerzas policiales dependen jerárquicamente del Ministerio del Interior, no obstante a nivel funcional dependen del Ministerio Fiscal y del Poder Judicial.¹²²

Existen divisiones de la fuerza policial a saber, a nivel Estatal: Cuerpo Nacional de Policía y la Guardia Civil. A nivel de las Comunidades autónomas: La policía Autonómica. A nivel Local: Las policías Locales, que estos son de libre creación pero deben de seguir unas directrices de las comunidades autonómicas en la que se encuentren.¹²³

Ahora bien, las ante citadas divisiones pueden formar parte de la Policía Judicial,¹²⁴ la cual según la LECrim, en su artículo 283 regula los deberes y atribuciones que tiene la misma. El mismo cuer-

¹²² Art. 126 C.E.

¹²³ L.O. 2/86 del 13 de Marzo.

¹²⁴ Art. 126 C.E.

po legal establece también que es la Policía Judicial la que está obligada a colaborar directamente con el Ministerio Fiscal y el Poder Judicial, bajo sus instrucciones a fin de buscar la dilucidación de casos que recaigan bajo su deber de investigación.

Respecto a la especialización¹²⁵ en temas de delincuencia económica, existen unidades adscriptas al Ministerio Fiscal, más específicamente a la Fiscalía Anticorrupción. Así tenemos que la Unidad Adscrita del Cuerpo Nacional de Policía está integrada en la Subdirección General Operativa de la Policía, extiende sus competencias a todo el territorio español y puede requerir la colaboración de las Comisarías Generales de Policía Judicial y de Policía Científica, así como del Servicio de Interpol. También hay una unidad adscripta perteneciente y dependiente orgánicamente de la Guardia Civil.¹²⁶

Las mismas responden directamente a los Fiscales Anticorrupción. Aparte de las unidades policiales, también existen otras dependencias públicas encargadas de colaborar directamente con la Fiscalía Anticorrupción, y que también cuentan con unidades adscriptas a la misma. “La Fiscalía tiene adscritas en la actualidad varias Unidades de Apoyo: de la Policía Judicial, de la Guardia Civil, de la Inspección General de Administración del Estado (IGAE) y de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT)”.¹²⁷ Todas estas con carácter permanente, es decir se descarta la asistencia “ocasional” por parte de las mismas.¹²⁸

A las mencionadas unidades adscriptas, se le suman otros órganos públicos que colaboran directamente con la Fiscalía Anticorrupción, como lo son: el Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (SEP-BLAC), el Tribunal de Cuentas, el Banco de España, la Comisión Nacional de Mercado de Valores, el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas. Todas estas instituciones colaboran a través

¹²⁵ Art. 30 L.O. 2/86 del 13 de Marzo.

¹²⁶ Gutiérrez Zarza, p 131.

¹²⁷ Ídem.

¹²⁸ Memoria de la Fiscalía Especial para la represión de Delitos Económicos relacionados con la corrupción. Año 1995. p 3.

de personas técnicamente capacitadas¹²⁹ (peritos) para dilucidar hechos complejos y entramados contables que pueden fácilmente soslayar y ocultar evidencias claras de la comisión de delitos.

IV. El Imputado

El imputado es considerado un sujeto con derechos inalienables dentro del proceso penal. Dependiendo del grado de conocimiento que se tenga acerca del autor del hecho punible, se diferencia en categorías de encausado: sospechoso, imputado, procesado (o imputado formalmente), acusado y condenado.¹³⁰

El sospechoso es aquél sobre el que se cree o piensa que tuvo participación en el hecho delictivo investigado. El procesado (o imputado formalmente en el procedimiento abreviado) es aquel sujeto sobre el que recae una imputación formal, y que cuenta con suficientes elementos de convicción como para no ser levantada. El acusado es aquel sujeto contra quien se dirige formalmente la acusación, a consecuencia de la investigación, y es quien irá a juicio. Por último, el condenado es aquella persona de quien el Tribunal tiene la certeza y convicción de que ha cometido el hecho punible, y por eso lo declara tal en una sentencia penal.¹³¹

V. La víctima

El sistema procesal penal de España contempla dos hipótesis distintas de participación de la víctima. Por un lado está el acusador particular,¹³² quién es el ofendido o sea el que se siente o encuentra dañado, lesionado por el acto delictivo. Es decir, es el titular del bien jurídico protegido penalmente.¹³³ Por el otro lado existe la figura de la acusación popular. Estas dos figuras, sobre todo la segunda, vienen a sumarse a la iniciativa y a la facultad investigativa y sobre todo acusadora que tiene el Ministerio Fiscal.

¹²⁹ Fernández Ajenjo, p 50.

¹³⁰ Banacloche Palao, p 15.

¹³¹ *Ibid.* p 17.

¹³² Art. 101 LECrim.

¹³³ Banacloche Palao, p 9.

El acusador particular, es el titular del bien jurídico protegido penalmente, por tanto en ciertos tipos penales como ser; hurto, robo, lesión, entre otros, no resulta tan complicado el dilucidar al titular. Ahora bien, en casos más complejos como ser uso y producción de documento no auténtico, donde el bien jurídico protegido es el de las relaciones jurídicas, se debe demostrar que aquél que reclama ser el perjudicado, lo ha sido de manera directa por parte del acto delictual en cuestión.¹³⁴

Respecto al acusador popular, es aquel sujeto que, sin ser ofendido o perjudicado por el delito, puede legalmente ejercitar la acción penal en los delitos perseguibles de oficio. “La denominación de acusador popular procede del término latino *actio quivis ex populo*, y se refiere a la posibilidad de que un sujeto, en nombre del conjunto de la sociedad, sostenga la acusación en relación con un delito determinado”.¹³⁵

La legitimación está dada por el tipo de afectación al bien jurídico supraindividual, es decir cuando el delito afecta a cuestiones de orden público a toda una colectividad que no puede individualizarse. Esto está constitucionalmente¹³⁶ garantizado en España; en la práctica suele ocurrir que la acusación popular se pliega a las actuaciones y peticiones hechas por el Ministerio Fiscal, tanto en la etapa investigativa, así como durante la tramitación del juicio oral.¹³⁷

B. Aspectos procesales

El proceso penal en casos de delitos económicos, está regido por las reglas aplicables a cualquier delito, es decir por la LECrim y sus respectivas modificaciones a lo largo de sus ciento veintinueve años de vigencia. A continuación se pasa revista a los principios que rigen el procedimiento, y a las particularidades que se podrían dar en ciertos temas de delitos económicos.

¹³⁴ *Ibíd.* p 10.

¹³⁵ *Ibíd.* p 11.

¹³⁶ Art. 125 C.E.

¹³⁷ Lanzarote Martínez, p 13.

I. Vista general del procedimiento

Por de pronto, y hasta tanto no se haga una revisión total de la LECrim Española, la dirección de la investigación penal quedará a cargo del Fiscal y el Juez Instructor quienes, como dijéramos, supervisarán e instruirán las labores a ser realizadas por los órganos de investigación. Sin embargo es el Juez Instructor el que decide iniciar o no el proceso. En principio el órgano investigador por excelencia es el cuerpo policial, no obstante como señaláramos oportunamente, también existen otros órganos públicos que colaboran con las investigaciones de delitos económicos.

Una vez practicadas las diligencias de investigación, el juez dictará auto de procesamiento¹³⁸ en el que se imputará formalmente a una persona la comisión o participación en unos hechos que son delictivos. Terminado esto, y tras ciertas diligencias se dicta el auto de conclusión de sumario y se remite el expediente a la Audiencia Provincial (para temas como viéramos de delitos económicos se podría estar ante la Audiencia Nacional) que se encargará de enjuiciar los hechos delictivos.

Luego ante la Audiencia respectiva (Provincial o Nacional) se tramitan las actuaciones que se realizan con la finalidad de confirmar o revocar el auto de conclusión del sumario para que se proceda a la apertura del juicio oral,¹³⁹ o en su defecto, se sobresea o archive el procedimiento (por ejemplo, si se considera que los hechos no son constitutivos de delito o que de ellos no se puede demostrar que es responsable el imputado).

Si se decide la apertura del juicio oral, el expediente le será remitido al Ministerio Fiscal para que califique los hechos y la responsabilidad de los imputados en los mismos. Luego se corre traslado a las partes para que presenten sus escritos de calificación, donde

¹³⁸ Art. 384 LECrim.

¹³⁹ Art. 783 LECrim.

harán una relación de los hechos del sumario, la participación que haya tenido el acusado, así como la defensa técnica (circunstancias atenuantes) del mismo.

II. Principios procesales

Para todo proceso penal rigen los siguientes principios, los cuales obviamente se aplican a casos de delitos económicos.

1. El derecho a ser oído

Toda persona imputada y sobre la cuál recaiga algún tipo de procedimiento formal tiene derecho a conocer sobre qué se lo investiga¹⁴⁰ y a ser oída por las autoridades. Asimismo tiene derecho a la defensa, actuar en el procedimiento, a partir que se le comunique de su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquier otra medida cautelar. Toda denuncia o querrela que resulte en imputación penal, será puesta a conocimiento de los presuntos inculcados.¹⁴¹

En casos de personas jurídicas, se conminará a la misma a que designe un representante, así como un abogado y procurador para ese procedimiento. So pena de realizar de oficio la designación de los dos últimos.¹⁴²

2. Independencia del juez

La Constitución Española es clara y contundente al enunciar que, “la justicia emana en nombre del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, *independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley*”.¹⁴³ Es relevante el hecho de que los Jueces y Magistrados son inamovibles desde el momento de ser designados. Solo pueden ser removidos por causales establecidas en la ley.¹⁴⁴ Y

¹⁴⁰ Art. 17.3 C.E.

¹⁴¹ Art. 118 LECrim.

¹⁴² Art. 119 LECrim.

¹⁴³ Art. 117.1 C.E.

¹⁴⁴ Art. 117.2 C.E.

al ser independientes, están ajenos a cualquier tipo de disposición y/u orientación de cualquier índole que vayan más allá de los designios de la propia legislación.

3. Juez natural

Este ha sido un punto de debate respecto a la especialización. Por cuanto como señalamos, la Audiencia Nacional es de carácter general para todo el territorio del Estado Español. Esto ha generado que se cuestione el principio del juez natural, por cuanto la sede de la Audiencia Nacional está en Madrid, y muchos arguyen que esto afecta el principio a ser juzgado por un juez natural, entendido tal como aquél que tiene competencia jurisdiccional en el lugar donde se cometió el o los hechos punibles.

El Tribunal Constitucional, ha aclarado sendas veces que este argumento no es válido, por cuanto el principio del juez natural no se ve afectado *prima facie*, desde el momento en que la delimitación de la competencia de los jueces especializados de la Audiencia Nacional, fue hecha antes de la comisión del delito.¹⁴⁵ Es decir, ya se sabe con anticipación cuáles son los tipos penales que recaen en la competencia de dicha Audiencia Nacional.

4. Principio del proceso justo

Toda persona tiene derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.¹⁴⁶ Todos tienen derecho a ser informados de la acusación formulada en su contra, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías de utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar en contra de sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.¹⁴⁷

¹⁴⁵ SSTC 25/81, 199/87, 153/1988 y 56/1990,

¹⁴⁶ Art. 24.1 C.E.

¹⁴⁷ Art. 24.2 C.E.

5. Derecho a guardar silencio

Nadie está obligado a declarar en su contra, ni a confesarse culpable. No obstante existen reglas referentes a la forma, momento y objeto de toma de declaración de procesados. Por ejemplo en caso de negativa a responder durante una toma de declaración, el juez debe advertir al procesado de que independientemente de su silencio el proceso sumario continuará.¹⁴⁸ También el procesado tiene derecho a declarar cuantas veces quiera, debiendo el Juez tomarle declaración inmediata si ésta tiene relación con la causa.¹⁴⁹

Es menester destacar que existe la figura del arrepentido, o del coimputado que colabora con la causa a fin de conseguir algún descuento de pena –parcial o total– mediante su declaración testifical en juicio, en contra de sus demás cómplices, o para la facilitación de una investigación distinta a la que lo llevó a estar procesado. Esta herramienta se utiliza mucho en casos de delincuencia organizada, donde casi siempre hay alguna conexión con delitos económicos.¹⁵⁰

6. Principio de oficialidad

“El sistema de enjuiciamiento criminal se fundamenta en el carácter público de la acción penal que determina la plena vigencia del principio de oficialidad por el cual el proceso penal se inicia y se impulsa de oficio. A ese fin el ministerio fiscal tiene la función constitucional de ejercitar acciones ante un hecho de carácter criminal.¹⁵¹ Todos los funcionarios vienen obligados a poner en conocimiento del Ministerio Público los hechos que supuestamente constituyan delito. En realidad, cualquier persona tiene el deber de denunciar¹⁵² la perpetración de un delito público que presencie, so pena de multa”.¹⁵³ Pero como se aclaró en su momento, esto no su-

¹⁴⁸ Art. 392 LECrim.

¹⁴⁹ Art. 400 LECrim.

¹⁵⁰ Sanchez García de Paz, p 18.

¹⁵¹ Art. 105 LECrim.

¹⁵² Art. 259 LECrim.

¹⁵³ Zegrí Boada, p 6.

pone que los ciudadanos no puedan participar en el proceso penal compareciendo en calidad de acusador particular o popular.

Se puede colegir que el sistema procesal penal de España, se rige por el principio de oficialidad, denotando siempre el hecho de que está en manos del Juez Instructor el decidir si iniciar o no un proceso. Independientemente de quién sea el que promocióne la acción, llámese Fiscal, acusación popular o acusador particular.

7. Principio de legalidad procesal

La LECrim en su Artículo 105 reza que los funcionarios del Ministerio Fiscal tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la ley, todas las acciones penales que consideren procedentes, haya o no acusador particular en las causas, menos aquellas que el Código Penal reserva exclusivamente a la querrela privada.

En el sistema procesal español, a diferencia de otros países, se encomienda al Ministerio Fiscal no sólo el ejercicio de la acción penal, sino también el de la civil derivada del hecho punible¹⁵⁴ para el procedimiento ordinario.

En lo referente a la actuación concreta del Ministerio Fiscal en el proceso penal, hay que distinguir según se trate de la fase de instrucción o de enjuiciamiento. Comenzando por sus funciones propias en la fase de instrucción, en el proceso ordinario para delitos graves, se establece que le corresponde la *inspección directa del Tribunal competente* en orden a la correcta formación de los sumarios.¹⁵⁵ Además se le atribuye la proposición de las diligencias que considere pertinentes,¹⁵⁶ la solicitud de medidas cautelares personales¹⁵⁷ y la participación en aquellas actuaciones que se realicen en el sumario. Cuando entienda que ya existen elementos suficien-

¹⁵⁴ Art. 108 LECrim.

¹⁵⁵ Art. 306 I LECrim.

¹⁵⁶ Art. 311 LECrim.

¹⁵⁷ Art. 505.3 LECrim.

tes para calificar los hechos, puede solicitar que se ponga fin a la instrucción.¹⁵⁸

8. Principio de acusación

Concluida la instrucción del sumario, el Ministerio Fiscal adquiere mayor relevancia, por cuanto que en la mayoría de los procesos es la única parte que está presente en la etapa activa del proceso y, en consecuencia, la única que puede sostener acusación. En este sentido, su papel se centra en decidir si pide el sobreseimiento de la causa (o la realización de nuevas diligencias por parte del Juez de Instrucción) o si solicita la apertura del juicio oral¹⁵⁹ y, en caso de que opte por esto último, debe formular escrito de acusación (denominado en el procedimiento para delitos graves escrito de conclusiones provisionales de la acusación).

Por último, el Fiscal también interviene como parte en la fase decisoria, o de juicio oral, proponiendo los medios de prueba que considere útiles y pertinentes, participando en su práctica, al formular la calificación definitiva, y realizando los informes orales. Igualmente, le cabe al Ministerio Fiscal recurrir las resoluciones que no estime conformes a Derecho, tanto las dictadas a lo largo del proceso, como la sentencia definitiva (ya sea absolviendo o condenando al acusado). En la ejecución de la sentencia el Ministerio Fiscal tiene también un papel importante como garante de la legalidad y de los derechos de los internos en establecimientos penitenciarios.

9. Valoración de las pruebas

Hoy en día ya no existe en el sistema procesal español, el antiguo y predominante método de pruebas tasadas del sistema inquisitivo. Muy por el contrario, hoy en día predomina el sistema de *libre valoración*.¹⁶⁰ El juez es libre para obtener su convencimiento, porque no está vinculado a reglas legales sobre la prueba; puede con-

¹⁵⁸ Art. 622 II LECrim.

¹⁵⁹ Art. 627 LECrim.

¹⁶⁰ Art. 741 LECrim.

vencerse por lo que le diga un único testigo, frente a lo que digan varios. Para ello debe apreciar las pruebas durante el juicio oral, según las reglas de criterio racional.¹⁶¹

El principio de libre valoración se divide en dos etapas, a saber:

1- Dependiente de la inmediación, referido a la percepción directa de la prueba, como son las declaraciones testimoniales, de los peritos y del acusado.

2- El momento de justificación y soporte racional a lo debatido en juicio.¹⁶²

Esto se desprende de la premisa constitucional de *motivación* de las sentencias.¹⁶³ Solo las pruebas que se hayan practicado y debatido en el juicio oral, podrán ser fundamento legítimo de la sentencia.¹⁶⁴ La jurisprudencia del Tribunal Supremo establece claramente que sólo es posible valorar, previa lectura en el juicio oral, las declaraciones de un testigo en el sumario o el procedimiento abreviado, si éste ha muerto, si ha desaparecido o si se encuentra fuera de la jurisdicción del tribunal y éste no puede lograr su presencia. Se debe respetar siempre los principios de igualdad, contradicción, inmediación y publicidad.

Es menester destacar que de a poco se están incorporando y aceptando nuevas técnicas audiovisuales, para poder practicar pruebas (testimonios mayoritariamente) en juicios orales. Las video-conferencias que permitan respetar la oralidad y la contradicción, a pesar de encontrarse el testigo en otro lugar, están siendo admitidos, siempre sopesando las circunstancias y si estas se justifican lo suficiente como para suplir la presencia física, por la de una video-conferencia.¹⁶⁵

¹⁶¹ Art. 717 LECrim.

¹⁶² Jaén Vallejo, p 7.

¹⁶³ Art. 120.3 C.E.

¹⁶⁴ Art. 24.2 C.E.

¹⁶⁵ Jaén Vallejo. p 4.

10. Inmediación

El principio de inmediación es recogido en varios artículos de la LECrim, como ser el de inspección ocular del juez instructor 326, presencia del juez instructor en la autopsia 353, respecto a declaraciones del procesado, artículos 410, 413, 419, 421, 433, y siguientes, entre varios otros.

Es interesante destacar que la inmediación en el ámbito procesal penal, está considerada desde dos perspectivas, primero la de la etapa de sumario; donde sólo se recaban datos para poder preparar el plenario o juicio oral, y luego el juicio oral que es donde recae toda la importancia del proceso penal.

Durante el juicio oral, la LECrim es clara y precisa al determinar las actuaciones que deben realizarse en presencia del tribunal.¹⁶⁶ Por ejemplo la inspección ocular establecida en el art. 727, la presentación de documentos originales al tribunal art. 596. Tanto el procesado, como los testigos y peritos deben declarar en el juicio oral, según los artículos 688 y subsiguientes. Por tanto se puede colegir así que durante el juicio oral predomina tanto la oralidad,¹⁶⁷ así como la inmediación.

LA SITUACIÓN EN ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Se debe tener presente la distinción existente en los EE.UU. respecto a la competencia jurisdiccional Estatal y la Federal.¹⁶⁸ La primera rige dentro de cada Estado, el cual a su vez es libre -basado siempre en la Constitución Nacional- de legislar dentro de su territorio, según las políticas internas que considere pertinentes. Mientras que la segunda rige a nivel de todo el territorio, y está delimitada por reglas referentes a los tipos de cuestiones que pueden ser presentados ante la Jurisdicción Federal.

¹⁶⁶ Miguel y Alonso, p 798.

¹⁶⁷ Art. 120.2 C.E.

¹⁶⁸ Abernathy, p 93.

En adelante se aborda lo referente al proceso penal, con énfasis en temas de delitos económicos, haciendo la salvedad de que esto es solo una parte de todo el complejo sistema judicial de los EE.UU. La aproximación brinda un paralelismo -cuando fuere necesario- entre lo que acontece en el sistema federal y el estatal, rescatando aspectos de algunos estados en especial.

A. Aspectos de Organización

I. Órganos Jurisdiccionales

El sistema de justicia penal está referido al conjunto de leyes federales, estatales y locales, así como a los órganos e instituciones públicas que tienen que ver con temas relacionados a la delincuencia.¹⁶⁹ A su vez estos se dividen en locales/estatales como es el caso de las policías estatales, y luego a nivel federal, como lo son: la oficina de investigación federal (FBI), la oficina de control de tabaco, alcohol, armas de fuego y explosivos, (ATF) por citar a algunos.

Los entes investigativos están entrelazados e interconectados, según la forma de trabajo y sobre todo en base a la competencia que tengan, sea esta territorial o por materia. El marco básico del sistema es proporcionado por los poderes legislativo, judicial y ejecutivo del gobierno.

1. Vista general del sistema judicial penal

Compete a los juzgados y tribunales decidir y pronunciarse sobre la culpabilidad de los acusados de crímenes, asimismo los tribunales de apelación se encargan de interpretar la ley de acuerdo a los principios constitucionales. Tanto en tribunales estatales y federales de apelaciones se pueden llevar a cabo revisiones de las decisiones legislativas y decidir si entran dentro de los límites de la ley estatal, la ley federal, y en última instancia, la Constitución de Estados Unidos. La revisión judicial otorga a los tribunales de

¹⁶⁹ CliffsNotes.

apelación la facultad de evaluar los actos legislativos, en términos de si se ajustan a la Constitución. Si una ley está en conflicto con la Constitución, un tribunal de apelación puede derogar dicha ley.

El Artículo III, Sección 2 de la Constitución de los Estados de la jurisdicción sobre el asunto de los tribunales federales, establece que se requiere de un juicio por jurado en todos los casos penales, se excluyen los de impugnación de cargo (juicio político). Los tribunales federales tienen jurisdicción limitada. A diferencia de los tribunales ordinarios, los tribunales federales pueden escuchar o emitir juicios sobre casos que involucran a una determinada materia.¹⁷⁰

2. Tribunal Especializado

En EE.UU. se habla de categoría de delitos, por un lado se tiene a los llamados delitos convencionales, que son resumidamente aquellos contra la propiedad y los delitos de violencia. Por otro lado, y esto es lo que atañe al presente trabajo, existen los delitos económicos los cuales a su vez se subdividen en las siguientes subcategorías:¹⁷¹

- 1) Delitos personales consistentes en la obtención, de manera no violenta, de un provecho monetario de una persona para con otra. Ejemplo; libramiento doloso de cheques sin fondo, evasión impositiva, fraudes contra la seguridad social, entre otros.
- 2) Abuso de confianza por parte de un empleado de una empresa o del gobierno traiciona su fidelidad hacia su empleador o a los clientes e incurre en practicas de soborno comercial, robo y desfalco del lugar de trabajo, o cuando falsifica documentación de cuentas.
- 3) Delitos empresariales son los que no son parte fundamental de la empresa comercial, sino más bien incidentales. Como es el caso de; la publicidad engañosa, las violaciones a las leyes antimonopolio y las cifras falsas en la depreciación con que se intenta reducir el impuesto a la renta de una empresa.

¹⁷⁰ A.A.NYC, p 8; similar Abernathy, p 93.

¹⁷¹ I.I.P, p 93.

- 4) Las estafas entran como actividades delictivas de cuello blanco, que se cometen bajo la apariencia de un negocio.

3. Determinación de la competencia especializada

Los tribunales federales pueden entender en juicios sobre los casos entre un estado de los EE.UU. y un Estado extranjero, los ciudadanos de un estado de los EE.UU. y los ciudadanos de un Estado extranjero. También incluye los casos de comercio entre los Estados. Sin embargo, es el Congreso el que decide el alcance de la competencia jurisdiccional de los tribunales federales, todo ello basado en el antes citado artículo 3 de la Constitución.

Los tribunales federales son creados por el Congreso de los Estados Unidos bajo la facultad constitucional mencionada en el artículo III y los tribunales especializados bajo la autoridad otorgada en el artículo I sección 8. No obstante el poder conferido en el artículo III es mucho mayor y los tribunales son más independientes del Congreso y el Presidente. Es mediante el contexto de dicho artículo que se busca mantener así, un control sobre el equilibrio de poderes entre las ramas del gobierno.

4. Concentración de la competencia territorial

En EE.UU. la concentración territorial sólo está aplicada a la Corte Suprema, la cuál entiende por vía de recurso, sobre sentencias dictadas en los tribunales de apelación. Se habla de concentración territorial en este caso en particular, ya que la Corte Suprema se encuentra ubicada en Washington D.C. y es ahí donde ejerce sus competencias. Sin embargo para el resto de casos, sea estatal o federal, cada estado cuenta con sus respectivos tribunales (locales y federales) y oficinas de la Fiscalía, Policía, y órganos de investigación Federal.

5. Especialización de los jueces

Existen juzgados especializados, por la materia por ejemplo en casos de impuestos y más específicamente en temas de patentes.¹⁷²

No obstante, no se han encontrado atisbos de una especialización específica en delitos económicos per se, salvo casos de los ante dichos, que si bien en principio podrían ser sólo materias tributarias y civiles, bien podrían derivar en casos penales cuando hubiese algún tipo de fraude o tentativa de ello.

II. Ministerio Público

Según el Código Federal de los EE.UU., en su Sección 503 (o Título 28, Parte 2, Capítulo 31, sección 503) se establece que; “El Presidente designará, por y con el consejo y consentimiento del Senado, un Fiscal General de los Estados Unidos. El Fiscal General es el jefe del Departamento de Justicia.”

Las funciones del Fiscal General son las de dirigir el Departamento de Justicia, Título 28, Parte 2. Entre sus tantas funciones está la de designar a Fiscales de los Estados Unidos (U.S. Attorneys), lo que equivaldrían a los Fiscales Generales Adjuntos, en Paraguay. Estos Fiscales de los EE.UU. son quienes tienen bajo su tutela el trabajo de representar al Departamento de Justicia en los distintos estados. A su vez son estos Fiscales de los EE.UU. quienes nombran a los Asistentes de Fiscal de los EE.UU. (Assistant U.S. Attorney), los cuales equivalen a los Fiscales ordinarios y/o especializados en Paraguay.

Otras de las funciones del Fiscal General, como se verá, es la de comandar a algunos cuerpos investigativos a nivel federal.

A nivel estatal, los Fiscales de Distrito (District Attorneys) son electos por votación. Tal como lo establece por ejemplo la sección 400 del Código de Nueva York. Estos fiscales de distrito, son los

¹⁷² Neubauer/Wadsworth, p 75. En igual sentido Kesan/Gwendolyn, p 414.

que designan a los fiscales que estarán bajo su mando. Sistema análogo al mencionado para el área federal.

Tanto a nivel federal como estatal, existen especializaciones dentro del Departamento de Justicia. Cada estado puede regular según sus diversas realidades y necesidades, las políticas de persecución delincinencial que sean más apropiadas. En algunos estados o distritos, existen unidades específicas para ciertos tipos de delincuencia. Ejemplo en San Diego California, la oficina del Fiscal de Distrito cuenta con una unidad de Delitos Económicos.¹⁷³ Nueva York¹⁷⁴ también cuenta con unidades de Delitos Económicos, en varios de sus condados.

III. Policía y otros órganos

A nivel estatal existen distintos tipos de órganos policiales, como ser los del condado, distrito, de la ciudad, todo ello depende de la organización político-pública del estado que se analice. Cada dependencia policial, está subdivida por especialidades: homicidios, narcóticos, crímenes violentos, corrupción, trata de personas, entre otros. Las especialidades están estructuradas y definidas según las necesidades de la localidad.

Ahora bien, a nivel federal como dijéramos, algunas instituciones y organismos de investigación recaen bajo la tutela del Departamento de Justicia, con el Fiscal General a la cabeza.

Dichos organismos están delimitados en el USC, así tenemos que en las secciones: § 599A. La oficina de control de tabaco, alcohol, armas de fuego y explosivos, ATF (Bureau of alcohol, tobacco, firearms, and explosives), § 535 La oficina federal de investigaciones, FBI (Federal Bureau of Investigation), § 561. Los Marshals de los Estados Unidos, (United States Marshalls Service). Cada

¹⁷³ SDCDA.

¹⁷⁴ Manhattanda.

uno de estos órganos investigativos tiene sus distintas divisiones, siendo en el caso que nos interesa, el FBI con sus diversas oficinas encargadas de investigar casos de delitos económicos.

IV. La víctima

La víctima en muchos casos, sobre todo los relacionados a delitos contra la propiedad, tiene gran preeminencia, ya desde la etapa investigativa. Esto se da desde la perspectiva que el sistema judicial de EE.UU. permite que sea la víctima quien impulse ciertos tipos de procesos penales, dependiendo por tanto las fuerzas públicas, de que la víctima esté dispuesta a denunciar un hecho y eventualmente a testificar sobre el mismo. Normalmente en casos de hurto por ejemplo, la víctima suele sentirse reparada con la devolución de lo hurtado, y ya no requiere o necesita la prosecución de la investigación, teniendo así la policía que desestimar la denuncia a posteriori.

B. Aspectos procesales

I. Vista general del procedimiento

El proceso penal es netamente acusatorio, regido por los principios del mismo. El Estado actúa y obra en nombre del pueblo, a través del Ministerio Público, quién es el único que puede dirigir una investigación penal, y eventualmente decidir llevar el caso ante un gran jurado, a fin de obtener una acusación que se traducirá en un juicio posterior.

El juicio se realiza ante un juez, un jurado compuesto por seis, ocho u doce miembros, dependiendo del tipo de delito del que se trate. Para casos de delitos económicos, por lo general se cuenta con un jurado de 12 miembros.¹⁷⁵

Los principios¹⁷⁶ del proceso penal rigen por igual para todos los delitos, es decir, no existe un procedimiento especial para delitos económicos.

¹⁷⁵ BarBri, p 22.

¹⁷⁶ Strader, p 12.

II. Principios procesales

1. Independencia del juez

A nivel federal los jueces son electos por el Presidente de los EE.UU. con el posterior acuerdo del Senado. En los distintos estados el mecanismo de selección varía, no obstante el predominante es el de que los jueces sean electos por votación de los miembros de la comunidad donde dicho juez ejercerá su competencia jurisdiccional.

Más allá de que sea federal o estatal, los jueces gozan de independencia de los demás poderes públicos, no estando sujetos a presión alguna. No obstante, responden por el mal desempeño de sus funciones y pueden llegar a ser removidos del cargo por ello. También se considera un principio y derecho básico el que todo ciudadano tiene derecho a ser juzgado ante un juez no influenciado (unbiased judge).¹⁷⁷

2. Juez Natural

Todo acusado tiene derecho a ser juzgado en la misma localidad en que se cometió el delito, y a ser informado de los cargos que pesan sobre él, así como quién o quiénes serán sus acusadores. Asimismo tiene derecho a confrontarse con los testigos que declaren tanto a su favor como en contra.¹⁷⁸

También está garantizada la defensa del acusado por un asesor legal, es decir, tiene derecho a un abogado ya sea de su preferencia, o algún miembro de la defensa pública.

3. Principio del proceso justo

La Sexta enmienda de la Constitución de los EE.UU. establece que: “En todas las causas penales, el acusado gozará del derecho

¹⁷⁷ BarBri, p 21.

¹⁷⁸ I.L.P, p 105.

a un juicio sin demora y público”. Esto fue eventualmente regulado en el año 1974, mediante una ley del Congreso que estableció como límite de tiempo¹⁷⁹ 100 días, dentro de los cuales los cargos penales (acusación) deben ser ventilados en un juicio o desestimados (speedy trial). La mayoría de los estados se apega a esta idea de limitar los procesos, no obstante el plazo varía de estado en estado. Por publicidad, se entiende a que el juicio debe ser realizado con conocimiento público y que no se podrán llevar a cabo juicios secretos.¹⁸⁰

La citada enmienda también incluye provisiones referentes a garantizar a los ciudadanos estadounidenses, el derecho a que su caso sea tratado ante un jurado imparcial. Lo cual se traduce en que los miembros del jurado no deben tener prejuicios, en uno u otro sentido, antes del inicio del juicio.

4. Derecho a guardar silencio

Esto está garantizado por los llamados Miranda Rights (derechos de Miranda) en alusión directa al caso que le dio nombre –Miranda vs Arizona–. El principio establece de que nadie está obligado a declarar, no obstante todo lo que diga –tanto durante el proceso de investigación, así como en juicio– podrá ser usado en su contra, ante un tribunal judicial.¹⁸¹

Si bien nadie está obligado a declarar en su contra, en igual medida todo ciudadano tiene derecho a declararse culpable a fin de negociar una sentencia, con la fiscalía. El sistema de sentencia acordada, (plea bargaining) contempla la posibilidad de que el acusado, negocie con el Fiscal, cuál podría ser la pena que solicite al juez, o incluso conseguir que el Fiscal lo acuse por un tipo penal que tenga menor posibilidad de pena privativa de libertad. El juez es quien decide sobre el tipo y la duración de la pena, no obstante se tiene que atener en parte a lo pre-acordado entre al

¹⁷⁹ BarBri. p 20.

¹⁸⁰ Ídem.

¹⁸¹ BarBri. p 15.

acusado y el fiscal, pudiendo sin embargo otorgar mayor o menor tiempo de pena privativa de libertad y, en igual forma, modificar la posible multa pre-acordada.¹⁸² Este sistema de sentencia acordada, también se utiliza mucho en casos de delincuencia económica, sobre todo en lo referente a crimen organizado, pues se consigue que partícipes de distintos niveles dentro de la organización criminal, acuerden colaborar con las investigaciones a los líderes de los grupos criminosos a cambio de una reducción, e incluso exoneración de pena.

5. Principio de Oficialidad

Como se ha dicho la continuidad en ciertos casos depende de la víctima. No obstante, en temas de delincuencia económica, la aproximación es otra. Pudiendo y debiendo en estos casos las fuerzas del orden público y la fiscalía obrar en consecuencia a una notitia criminis, y proceder a la indagación e investigación de los hechos.

6. Principio de Acusación

La acusación sólo puede ser sostenida por el Fiscal, ya sea a nivel Estatal (Fiscal de Distrito), o a nivel Federal (Fiscal Federal), en nombre del pueblo. Como se ha mencionado, se depende en ciertos casos de la participación de la víctima a modo de inicio del proceso investigativo, pero una vez que este culmine, queda en poder de la Fiscalía el decidir sobre el ejercicio de la acción.

Una regla muy asentada dentro del sistema judicial es la remarcada por la quinta enmienda constitucional, la cual establece el non bis in ídem (double jeopardy), es decir nadie podrá ser sometido dos veces, por el mismo delito, a un juicio que pueda ocasionar la pérdida de su vida o de su integridad corporal.¹⁸³

En algunos estados, y a nivel federal sobre todo, se requiere de un acta de acusación otorgada por un gran jurado, solo así se puede elevar un caso a juicio oral. El gran jurado es un grupo compuesto

¹⁸² A.A.NYC. p 11.

¹⁸³ Ibid. p 106.

de entre 16 y 23 ciudadanos, seleccionados al azar de entre los padrones electorales. Es un procedimiento en el que el acusado no tiene participación, e incluso desconoce quienes son los integrantes del gran jurado que analizarán su caso. El fiscal presenta elementos de prueba que sirven para sustentar su acusación, y el gran jurado determina si existe o no causa probable para elevar el caso a juicio oral.¹⁸⁴

7. Valoración de las pruebas

La carga de la prueba recae netamente sobre el Estado, por ende ni el juez ni el jurado pueden tomar la negativa de declarar de un procesado, como elemento para condenarlo.¹⁸⁵ El principio de inocencia establece claramente que el acusado es inocente hasta que se demuestre lo contrario fuera de cualquier duda razonable.

La valoración de las pruebas, y el convencimiento de que se ha probado o no, más allá de una duda razonable, que el acusado es culpable, está dada al jurado.¹⁸⁶ Es éste quien, previa votación secreta, determinará si la acusación fiscal fue lo suficientemente fundada y probada en juicio.

8. Inmediación

En el sistema procesal penal anglosajón toda actuación que implique algún tipo de afectación a alguna libertad o derecho, audiencias procesales, entre otros tipos de procedimientos dentro de la investigación, así como el juicio oral, exigen indefectiblemente la presencia de un juez, frente a quien se practicarán todas las actuaciones que fuesen legalmente oportunas y pertinentes.

El rol del juez durante el juicio oral es relativamente pasivo, teniendo que escuchar y decidir sobre las mociones y peticiones de

¹⁸⁴ I.I.P. p 100. En igual sentido Vid. BarBri. p 19.

¹⁸⁵ Vid Supra Derecho de Guardar Silencio.

¹⁸⁶ BarBri. p 23.

ambas partes¹⁸⁷ –acusadora y defensa– respecto a la inclusión o exclusión de pruebas, dirigiendo el proceso según los mandatos legales.¹⁸⁸

LA SITUACIÓN EN PARAGUAY

En Paraguay la especialización en la persecución de algunos hechos punibles, denominados económicos se introdujo en el Ministerio Público, primeramente con un órgano de consulta y apoyo a fiscales (Dirección de Delitos Económicos) para luego concluir en una Unidad Especializada en Delitos Económicos y Anticorrupción. Esto comenzó a mediados de la década de los 90 del siglo pasado y concluyó en una resolución del 1 agosto de 2007.

En el Poder Judicial no existen órganos especializados de juzgamientos en el ámbito penal económico, si bien por resoluciones administrativas se han establecido ciertas competencias especiales para algunos hechos punibles que podrían ser considerados económicos.

A. Aspectos de organización

I. Órganos Jurisdiccionales

1. La judicatura en materia penal en Paraguay

En el ámbito penal, en Paraguay tienen competencia para intervenir los siguientes órganos:

- Jueces de Paz (art. 44 del CPP y ley 2702/05): Estos pueden actuar en ciertos casos como jueces de Garantías y en otros como un Tribunal de Sentencia Unipersonal (hechos punibles de acción penal privada). En casos de urgencia y en los lugares dónde no hayan, pueden actuar a requerimiento de la Policía Nacional.¹⁸⁹ Todos los municipios del país cuentan con Juez de Paz.

¹⁸⁷ Urbina. p 12.

¹⁸⁸ I.I.P. p 109 y ss.

¹⁸⁹ Ver Ley 2702 que amplía el COJ, nuevo art. 60.2.

- Jueces de Ejecución (art. 43 CPP): Estos actúan en el control de la ejecución de las sentencias.
- Jueces Penales de Garantías (art. 42): estos son competentes para control de la investigación y deciden, en caso de acusación del Ministerio Público, si existe mérito para un juicio oral y público. Aunque también puede dictar sentencias definitivas, cuando se le solicite el Juicio Abreviado. Los Juzgados de Garantías sólo se encuentran en las principales ciudades del país.
- Tribunales de Sentencia (art. 41 CPP): estos podrán ser unipersonales o integrado por tres jueces profesionales. Se encargan del juzgamiento de los casos. También pueden actuar como segunda instancia (Tribunal unipersonal 41 inc. 3° CPP) cuando se trata de un recurso de apelación contra sentencia del Juez de Paz. Los Tribunales de Sentencias, se encuentran en contadas ciudades. Así por ejemplo, para todo el Departamento Central, los Tribunales de Sentencia están sólo en la ciudad de San Lorenzo.
- Tribunales de Apelación (art. 40): Están integrados por tres jueces, a los que se denominan en el lenguaje forense como Camaristas. Actúan como segunda instancia de las decisiones de los Jueces Penales y los Tribunales de Sentencia. Aunque también tienen competencia originaria para otorgar una prórroga extraordinaria en el plazo de investigación (art. 326 del CPP). Igualmente decide en caso de recusación de jueces o tribunales de sentencia. Por lo general existe al menos uno por cada departamento, incluso en alguno de ellos son denominados multifueros, pues no sólo actúan en cuestiones penales, sino también en lo civil, comercial, laboral y de la Niñez.
- Corte Suprema de Justicia (art. 39 CPP): En Paraguay ésta se divide en tres Salas,¹⁹⁰ integradas cada una de ellas por tres magistrados denominados Ministros. Es la Sala Penal la encargada de resolver los recursos extraordinarios de Casación y Revisión. La CSJ tiene su sede en la ciudad de Asunción.

¹⁹⁰ Constitucional, Penal y Civil.

2. La especialización en Delitos Económicos

En el ámbito del juzgamiento no se han establecido especializaciones. Si bien, por Resolución N° 465 del 23 de agosto de 2005, la Corte Suprema de Justicia ha asignado a tres jueces penales de garantías de Asunción, la competencia en todo el país para autorizar intervención de comunicaciones, allanamiento o cualquier otro acto de urgencia, en casos de corrupción. No obstante, una vez que el Fiscal interviniente formule un Acta de Imputación, el caso estará bajo el control del Juez de Garantías con competencia territorial y turno.

Asimismo, por acordada N° 676 del 8 de febrero de 2011, la Corte Suprema de Justicia designa a un Juez Penal de Garantías especializado en Delitos Económicos. Su competencia territorial se circunscribe a Asunción y los “casos” donde interviene son:

1. Contrabando (Ley 2422/04, Código Aduanero).
2. Lavado de dinero (art. 196 del CP).
3. Financiamiento de Terrorismo (art. 3, Ley 4024/2010).
4. Tráfico de Armas (Ley 4036/2010).
5. Violación de los Derechos de la Propiedad Intelectual.

La CSJ ha expuesto en la citada acordada que es su compromiso sostener y optimizar un sistema que garantice el éxito de la lucha contra la corrupción y la impunidad. Por ello, la especialización en cuanto a materias permite que la sociedad dirima sus controversias a través de Magistrados particularmente competentes en cuanto a los hechos punibles a ser juzgados. Igualmente se invoca el Undécimo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del Delito y Justicia Penal.¹⁹¹

No resulta del todo preciso el catalogo establecido por la Acordada N° 676 del 11-02-2011.

¹⁹¹ Bangkok-Tailandia, 18 al 25 de abril de 2005.

II. El Ministerio Público

1. Orígenes de la especialización

Entre 1995 y 1996 el Banco Central del Paraguay intervino 4 bancos y unas 15 financieras. Los principales protagonistas de estos escándalos económicos y financieros fueron los miembros de los Directorios de los bancos y financieras, así como los funcionarios con más altos cargos jerárquicos y administrativos.¹⁹²

Para hacer frente a la multiplicidad de esos delitos económicos y financieros¹⁹³ que fueron realizándose sucesivamente en 1995 y que generaron una reacción en cadena que desembocó en la crisis financiera del año 1996, el Fiscal General del Estado resolvió la creación de una Comisión de Asuntos Económicos y Financieros en el Ministerio Público, a través de la Resolución N° 64 del 5 de marzo de 1996.

El grupo fue constituido con criterio multidisciplinario, integrado en consecuencia por profesionales abogados, contadores, especialistas en bancos, en Derecho Tributario y en Administración Pública.¹⁹⁴ La referida comisión es el origen de la Dirección de Delitos Económicos del Ministerio Público.¹⁹⁵

En 1997, a través de la Resolución FGE N° 300 del 3 de julio, se asignó a un Agente Fiscal la intervención permanente en los procesos penales que tuvieran por objeto la persecución penal de delitos económicos y financieros. La motivación de la misma era que la investigación de ese tipo de hechos era compleja y requería del Fiscal una especialización. Además se afirmó que esos hechos punibles causan un daño a la colectividad.¹⁹⁶

¹⁹² FGE, Memoria 1996, p. 147.

¹⁹³ Entiéndase “delitos económicos” en sentido amplio, Bottke, pp. 637-654.

¹⁹⁴ FGE, Memoria 1996, p. 146.

¹⁹⁵ FGE, Memoria 1999 p. 165.

¹⁹⁶ FGE, Memoria 1997-98, p. 148.

Más adelante, en el año 1998, el Fiscal General del Estado dictó la Resolución FGE N° 370 del 3 de septiembre del año mencionado, a través de la cual designó a dos procuradores fiscales para tareas de investigación en el marco de los exámenes especiales y de auditoría realizadas por la Contraloría General de la República. Desde hacía muchos años, se advertía que gran parte de los informes remitidos por la CGR carecían de relevancia penal.¹⁹⁷ Consecuentemente, resultaba necesario verificar previamente los informes de auditoría que, sistemáticamente y sin mayores criterios, remitía la Contraloría General de la República al Ministerio Público, con el fin de identificar aquellos informes y partes de informes que contuvieran información relevante para ameritar el inicio de un proceso penal.

En el año 1999, en el marco de reuniones entre agentes fiscales e integrantes de la Dirección de Delitos Económicos del Ministerio Público, se concluyó que debería crearse una Unidad a ser denominada: “Unidad de Hechos Punibles contra el Orden Económico” y que sus integrantes deberían intervenir en procesos penales cuyos objetos fueran los siguientes hechos punibles:

1. Evasión de impuestos (art. 261 CP).
2. Adquisición fraudulenta de subvenciones (art 262 del CP).
3. Lavado de dinero (art. 196 del CP).
4. Conducta conducente a la quiebra (art. 178 del CP).
5. Conducta indebida en situaciones de crisis (art. 179 del CP).
6. Favorecimiento de acreedores (art. 182 del CP).
7. Favorecimiento del deudor (art. 183 del CP).
8. Promoción fraudulenta de inversiones (art 191 del CP).
9. Usura (art. 193 del CP).
10. Hechos punibles contra la autenticidad de monedas y valores (arts. 263 al 268 del CP).
11. Estafa (art. 187 del CP).
12. Lesión de confianza (art. 192 del CP).
13. Obstrucción a la restitución de bienes (art. 194 del CP).

¹⁹⁷FGE, Memoria 1996, p. 55.

En el caso de procesos que tuvieran por objeto la persecución penal por la supuesta comisión de Estafa, Lesión de confianza y Obstrucción a la restitución de bienes, el Fiscal de Delitos Económicos sólo intervendría cuando afecten a un número importante de personas, y se hayan perpetrado utilizando la infraestructura de entidades del sistema financiero o del Estado.¹⁹⁸

La Unidad Especializada en Delitos Económicos como tal, fue creada a través de la Resolución FGE N° 92 del 24 de febrero de 2000 y fueron designados para integrarla, cuatro Agentes Fiscales.¹⁹⁹ En ese mismo año, la cantidad de Fiscales en esa unidad ascendió a cinco.

La Unidad Especializada estuvo a cargo de un Coordinador (Agente Fiscal), hasta que el 18 de junio de 2004, por Resolución FGE 1288, se designó a un Fiscal Adjunto como cabeza de la misma.²⁰⁰

En el año 2005, mediante la Resolución FGE N° 999 del 30 de mayo, se reglamentó de una forma más precisa la competencia de la Unidad Especializada en Delitos Económicos, estableciéndose tres criterios principales:

- a) Territorial, interviene en los hechos ocurridos en la ciudad de Asunción.
- b) Catalogo de hechos punibles, aunque en algunos casos se exige que la víctima sea el Estado u otro órgano público o que se realice de un modo determinado.
- c) Monto, cuando el perjuicio patrimonial o el impuesto evadido superen 5350 jornales mínimos.

El catálogo de hechos punibles, era el siguiente:

- a) Hechos punibles contra el patrimonio de instituciones públicas, cometidos por funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones.
- b) Exacción.
- c) Evasión de impuestos.
- d) Contrabando.

¹⁹⁸ FGE, Memoria 1999, p. 168

¹⁹⁹ FGE, Memoria 1995-96, p. 53.

²⁰⁰ FGE, Informe de Gestión 2005, p. 156.

- e) Lavado de dinero.
- f) Hechos punibles de Conducta conducente a la quiebra, Conducta indebida en situaciones de crisis, Favorecimiento de acreedores y Favorecimiento del deudor, cuando hayan sido cometidos a través de entidades de intermediación financiera supervisadas por la Superintendencia de Bancos.
- g) Hechos punibles cometidos en conexidad con algunos de los antes señalado, cuando la persecución penal dentro de la misma causa resulta conveniente para el esclarecimiento de todo el caso. En la referida Resolución N° 999, se asignó a diez agentes fiscales a integrar la Unidad y un Fiscal Adjunto como encargado del área, según la organización jerárquica del Ministerio Público.²⁰¹

Con estrecha vinculación a la unidad de Delitos Económicos y bajo la jerarquía del mismo Fiscal Adjunto, por Resolución FGE N° 988 del 30 de mayo de 2005, el Fiscal General del Estado resolvió crear la Unidad Fiscal Anticorrupción, a la cual fueron asignados dos Agentes Fiscales.

La competencia que se asignó a dicha Unidad abarcaba a hechos ocurridos en la ciudad de Asunción, que se incursaran en el siguiente catálogo de hechos punibles:

- a. Enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos (art. 3, Ley 2523/04).
- b. Extorsión y Extorsión agravada cometida por funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones (arts. 185 y 186 del CP).
- c. Cohecho pasivo (art. 300 del CP).
- d. Cohecho pasivo agravado (art. 301 del CP).
- e. Soborno (art. 302 del CP).
- f. Soborno Agravado (art. 303 del CP).
- g. Prevaricato (art. 305 del CP).
- h. Hechos punibles cometidos en conexidad con algunos de los antes señalado, cuando la persecución penal dentro de la misma causa resulta conveniente para el esclarecimiento de todo el caso.

²⁰¹ Art. 6, LOMP.

2. Situación actual

En el año 2007, el Fiscal General del Estado, a través de la Resolución FGE N° 2248 del 1 de agosto, dispuso que las unidades señaladas en el punto anterior fueran integradas bajo la denominación de Unidad Especializada de Delitos Económicos y Anticorrupción. En cuanto a la competencia territorial no hubo modificación, se mantuvieron igualmente los hechos punibles que ya se prevenían en las resoluciones Nros. 999 y 988, aunque se adicionaron otros, a saber:

- a) Hechos punibles contra el Patrimonio del Estado contenidos en la ley 2880/06.²⁰²
- b) Adquisición Fraudulenta de Subvenciones (art. 262 del CP).
- c) Tráfico de influencias (art. 7, Ley 2523/2004).
- d) Administración en provecho propio (art 8, Ley 2523/2004).
- e) Cobro indebido de honorarios (art. 313 del CP).

El último hecho punible agregado al catálogo es el de Financiamiento del Terrorismo, el cual se encuentra previsto en el art. 3 de la ley 4024/2010.²⁰³ Tal competencia es producto de la Resolución FGE N° 4823 del 9 de diciembre de 2011.

La Unidad de Delitos Económicos y Anticorrupción cuenta con 11 Agentes Fiscales. Cada uno de ellos tiene un promedio de tres Asistentes Fiscales,²⁰⁴ dos secretarios y auxiliares, además de un Asistente Técnico, que en todos los casos es un especialista en ciencias contables o económicas.

Igualmente el Ministerio Público cuenta con un Laboratorio Forense, dentro del cual se encuentran peritos contables, caligráficos,

²⁰² Esta ley fue derogada por la Reforma del Código Penal, ver art. 2, inc.2° num. 5 de la ley 3440/08.

²⁰³ La Competencia para perseguir los demás hechos punibles previstos en esta ley (Terrorismo y Asociación Terrorista) corresponde a la Unidad Especializada de Hechos Punibles contra la Libertad de las Personas (Antisecuestro), según Resolución FGE N° 4822 del 9 de diciembre de 2011.

²⁰⁴ Para ser Asistente Fiscal se debe tener el título de abogado (art. 48 segundo párrafo LOMP).

grafológicos y tasadores, entre otros, para apoyar la gestión de los Agentes Fiscales, tanto de la Unidad Especializada como de las demás Unidades del Ministerio Público.

Otra repartición que sirve como apoyo a las distintas Unidades Fiscales, es la Dirección de Delitos Económicos, que ha sido fortalecida en los últimos años, con la dotación de más funcionarios, así como de manuales de funciones²⁰⁵ y procedimientos.²⁰⁶ La misma sirve igualmente para el relacionamiento con otras instituciones del Estado con estrecha vinculación a la persecución de los delitos económicos, como por ejemplo la Contraloría General del Estado (CGR), la Secretaría de Prevención del Lavado de Dinero (SE-PRELAD) y la Dirección Nacional de Aduanas (DNA).

Por último, es importante aclarar que el Ministerio Público también cuenta con otras Unidades Especializadas, que tienen competencia en hechos punibles cometidos a través de empresas y que según la doctrina,²⁰⁷ entran en la categoría de Delitos Económicos:

- Unidad Especializada en hechos punibles contra la Propiedad Intelectual: tiene competencia para intervenir en los siguientes delitos: 1) Violación del derecho de autor y derechos conexos (art184a CP); 2) De la violación de los derechos de marca (art. 184b CP), y 3) De la violación de los derechos sobre dibujos y modelos industriales.
- Unidad Especializada en la lucha contra el Narcotráfico: además de los delitos de la ley de drogas, esta unidad interviene en los casos de Lavado de dinero (art. 196 CP) cuando el hecho subyacente esté vinculado al tráfico de drogas.

III. Policía Nacional y otros órganos

La Policía Nacional cuenta con un Departamento de delitos económicos y financieros. El mismo tiene su sede central en Asunción y

²⁰⁵ Aprobado por Resolución FGE N° 2144 del 17 de julio de 2008.

²⁰⁶ Aprobado por Resolución FGE N° 2145 del 17 de julio de 2008.

²⁰⁷ Según el cuadro sinóptico de la Parte Especial del Derecho Penal Económico, Tiedemann, pp.222-227.

cuenta con oficinas regionales en tres ciudades del interior del país (Ciudad del Este, Encarnación y Pedro Juan Caballero). Según la propia página web de la Policía,²⁰⁸ este departamento atiende casos de:

- Estafa.
- Extorsiones con cheques.
- Tarjetas de crédito.
- Contrabando.

No resulta precisa la formulación de la competencia. Por otro lado, el Departamento también tiene la función administrativa de fiscalizar, controlar y regular a las empresas de seguridad privada.

Existen otros órganos del Estado que colaboran muy cercanamente con la persecución de los delitos económicos, así como los relacionados a la corrupción pública.²⁰⁹ Algunos de ellos tienen a su vez unidades especializadas para tal efecto. Por ejemplo, la Contraloría General de la República cuenta con una Dirección de Auditoría Forense y la Subsecretaría de Estado de Tributación con un Departamento de Investigación Tributaria y Detección del Fraude.

Funcionarios de estos órganos pueden actuar incluso directamente bajo dirección del Ministerio Público, como lo haría un asistente fiscal o un consultor técnico.²¹⁰ Tal posibilidad está prevista por el art. 61 de la LOMP y se los denomina “Asistentes especiales”. Además, no en pocos casos, funcionarios de esas reparticiones también han sido testigos (expertos) claves en muchos procesos, tanto de delitos económicos como de corrupción.

IV. El imputado

Como en todo proceso penal de un Estado de Derecho, la participación del imputado es una condición necesaria para su validez. Es

²⁰⁸ http://www.policianacional.gov.py/g_agrupaciones.php?tipo=direcApTecnico&categoria=dptoDelitosEcoFinan&titulo=titulo2.

²⁰⁹ Para más detalles, ver ICED, pp. 13-51.

²¹⁰ Sobre la competencia de los consultores técnicos, art. 111 del CPP.

decir, no se puede aplicar una sanción en ausencia del imputado.²¹¹ Los derechos de los cuales goza, se encuentran tanto en la Constitución Nacional,²¹² como en el Código Procesal Penal.²¹³ Por último, en el sistema penal paraguayo sólo cabe la responsabilidad de las personas físicas, sin perjuicio que contra las personas jurídicas puedan ser dirigidas acciones para aplicar el comiso especial sobre privarlas de beneficios obtenidos por hechos punibles cometidos por personas físicas que la hayan beneficiado.²¹⁴

En cuanto a la denominación, el art. 74, inc. 1° del CPP reconoce la calidad de imputado a todo quien se le señale como participante en un hecho punible, independiente si se haya formalizado jurisdiccionalmente una causa en su contra.²¹⁵

El mismo artículo 74, en su inciso 2°, denomina acusado a aquel contra quien exista una acusación del Ministerio Público o el querrelante.²¹⁶ Por último, el inc. 3° del art. 74 del CPP considera condenado a aquel sobre quien ha recaído una sentencia condenatoria firme.

El imputado por Delitos Económicos, por lo general no tiene el mismo perfil que los imputados por delitos comunes, aquellos tienen un nivel económico alto, incluso algunos pueden ostentar altos cargos en la administración pública. Estas situaciones, contribuyen muchas veces en que haya una baja tasa de efectividad en la persecución de los Delitos Económicos, en comparación con delitos comunes.²¹⁷

²¹¹ LLanes, p.121.

²¹² Ver entre otros, arts. 12,14,16,17,18, 19, 21 y 22 CN.

²¹³ Entre otros, arts. 75, 84 y 350 CPP.

²¹⁴ Ver art. 90, inc. 2° del CP.

²¹⁵ Vázquez Rossi/Centurión, p 231 y Llanes, p. 122.

²¹⁶ Esto sería en los casos de Acción Penal Privada (art 17 del CPP).

²¹⁷ Al respecto, Baratta, pp.101-102.

V. La víctima

La víctima es la persona afectada por el hecho punible, y a la misma le corresponden una serie de derechos en el marco del proceso (art. 68 del CPP). Estos se traducen principalmente en el derecho a ser informada de ciertas decisiones tomadas en el procedimiento y en el derecho a intervenir en ciertos actos procesales. También le corresponde la facultad de promover una querrela adhesiva²¹⁸ al Ministerio Público, o en los delitos de acción privada de mostrarse como acusador particular.²¹⁹

El Código Procesal Penal, en su art. 67, reconoce la calidad de víctima a la persona ofendida directamente por el hecho punible (inc. 1°), a los conyuges, conviviente o parientes, al representante legal y al heredero testamentario en los hechos punibles cuyo resultado sea la muerte de la víctima (inc. 2°) y a los socios de una persona jurídica, respecto de los hechos punibles cometidos por quienes la dirigen (inc. 3°).

En los hechos punibles que protegen bienes jurídicos supraindividuales, resulta difícil establecer a una persona concreta como víctima, en cuyo caso es el Ministerio Público el que actúa en representación del colectivo.²²⁰ Por tal motivo, es muy difícil hablar de una víctima concreta en los Delitos Económicos.

B. Aspectos procesales

El proceso penal en casos de delitos económicos se rige según las disposiciones generales del procedimiento ordinario. La ley reguladora del procedimiento es el Código Procesal Penal, además de otras leyes especiales, como por ejemplo, la LOMP, la cual contiene algunas reglas procesales. El Proceso Penal Paraguayo cuenta con tres etapas definidas en la misma ley, ellas son:

²¹⁸ Art. 69 CPP.

²¹⁹ Ver arts. 17, 72 y 422 del CPP.

²²⁰ Refiriéndose a los delitos ambientales, Llanes, 114-115.

1. Etapa Preparatoria

En los delitos de acción pública, esta etapa se encuentra a cargo del Ministerio Público y la Policía Nacional, bajo control de un Juez de Garantías.²²¹ Tiene por finalidad recolectar evidencias que permitan fundar una acusación (art. 279 CPP) u otro requerimiento coherente con éste.²²²

Aunque también de ella puede surgir que no haya mérito para impulsar una acción penal contra un sujeto determinado, por lo que el Fiscal podrá archivar el caso (art. 313 del CPP), solicitar al Juez Penal de Garantías la desestimación de la causa (art 305 del CPP), el sobreseimiento definitivo (art. 351 inc. 1º) o el sobreseimiento provisional (art. 351, inc. 2º).

El proceso penal paraguayo cuenta con una figura poco práctica denominada imputación, la misma se instrumenta en un acta del Ministerio Público y eventualmente admitida por el Juez de Garantías, éste fijará una fecha en la que el Fiscal deberá presentar la Acusación. Ese plazo no podrá extenderse ordinariamente por más de seis meses.²²³

Una vez formulada la imputación, se pueden aplicar medidas cautelares como la prisión preventiva u otras regla tendientes a lograr la sujeción del imputado al proceso penal.²²⁴ Sin embargo, el Ministerio Público puede investigar sin necesidad de formular un acta de imputación, para lo cual sólo regirá como límite temporal el plazo de prescripción penal.²²⁵

En los casos de Delitos Económicos, debido a la complejidad y dificultad de establecer los hechos concretos, el plazo de seis me-

²²¹ Art. 282 del CPP.

²²² Criterio de oportunidad, Conciliación, Suspensión condicional del proceso o Juicio abreviado.

²²³ Es posible una extensión extraordinaria por autorización del Tribunal de Apelaciones (art. 326 CPP).

²²⁴ Arts. 242 y 245 del CPP.

²²⁵ Ver Arts. 101 al 104 del CP.

ses o incluso una prórroga extraordinaria,²²⁶ resultan por lo general insuficientes. Ante tal situación, en la práctica, muchos de los fiscales no formulan acta de imputación ante la mera sospecha, sino cuando consideran que existe una alta probabilidad para llevar el caso a un juicio oral.

2. Etapa Intermedia

La etapa intermedia, se circunscribe a una audiencia denominada preliminar,²²⁷ la cual tiene como fin decidir si es posible que el juicio oral se pueda desarrollar válidamente y, luego, a dejar todo dispuesto para que este se realice en forma eficiente, sin perjuicio de que en la misma se puedan aplicar alternativas de culminación del proceso.

La misma está a cargo del Juez Penal de Garantías, quien decide si el caso presentado por el Ministerio Público reúne los presupuestos para que el caso sea discutido en un juicio oral.²²⁸

3. Juicio Oral y Público

En él se producen, controlan y valoran las pruebas. Es el verdadero contradictorio. Es la etapa donde se estudia el fondo de la cuestión, decidiéndose acerca de si la persona acusada realizó o no el hecho que se le atribuye. Salvo excepciones,²²⁹ rigen los principios de oralidad, publicidad e inmediatez.

El Juicio oral se inicia con los planteamientos iniciales, donde las partes podrán presentar todos los incidentes que consideren pertinentes,²³⁰ luego se procede a la lectura del auto de apertura a juicio y se les da a los acusadores la posibilidad de un alegato inicial

²²⁶ En la práctica, los Tribunales de Apelación suelen dar como máximo otros seis meses, aunque en la ley no se establezca un plazo máximo. En todo caso, sólo se debe tener en cuenta el plazo máximo del proceso (art. 136 del CPP).

²²⁷ Art. 352 del CPP.

²²⁸ Llanes, p. 385.

²²⁹ Art. 371 CPP excepción a la oralidad y art. 368 incisos 1, 2 y 3, excepciones a la publicidad.

²³⁰ Art. 382 tercer párrafo CPP.

explicando la acusación. Una vez este trámite y fijado el objeto del juicio, el defensor podrá igualmente presentar su alegato inicial e inmediatamente se la da la oportunidad al acusado a declarar.²³¹

Luego se procede a la producción de las pruebas admitidas. El Código Procesal Penal establece un orden en su producción, en cuanto a los medios de prueba y a las partes que la ofrecieron, aunque esto puede ser modificado según se disponga por el Tribunal.²³²

Una vez producidas todas las pruebas, se procede a formular los alegatos finales, iniciándose por el Ministerio Público, la querrela adhesiva y finalmente la defensa.

Culminados los alegatos, se podrá dar la palabra a la víctima, si ella estuviere presente, y finalmente al imputado.²³³

Una vez cerrado el debate, el Tribunal pasará sin interrupciones a deliberar. La deliberación será secreta, aunque podrá asistir el secretario del Tribunal.²³⁴ Terminada la misma, se dictará sentencia definitiva.²³⁵

Recomendaciones

La breve descripción de la realidad en los países antes individualizados permite afirmar que la denominada “delincuencia económica” constituye un fenómeno ampliamente reconocido actualmente, y que existe cierta coincidencia en relación a los mecanismos a ser implementados para hacerle frente.

Esta coincidencia es útil para derivar cursos de acción para el combate a nivel interno de éste tipo de criminalidad, y los mismos se individualizan a continuación:

²³¹ Art. 383 del CPP, primer párrafo.

²³² Art. 387 del CPP.

²³³ Art. 395 del CPP.

²³⁴ Art. 396 del CPP.

²³⁵ Ver arts. 398 al 402 del CPP.

1. La especialización a nivel jurisdiccional, aparece como el paso siguiente luego de haberse instalado a nivel de la capital y a nivel de circunscripciones judiciales fiscalías o unidades especializadas.
2. La coordinación de los órganos que operan a nivel judicial, con aquellos pertenecientes al ejecutivo llamados –en razón de la materia- a intervenir en el esclarecimiento de los hechos punibles, a fin de establecer capacidades reales de esclarecimiento de éstos últimos.
3. La determinación de una competencia específica en materias reconocidas como integrantes del elenco penal económico para estos órganos jurisdiccionales especializados; para lo cual puede servir de antecedente la resolución que establece la competencia material de las unidades especializadas del Ministerio Público.
4. El inicio de una capacitación sostenida para los miembros de la nueva judicatura, así como, en la medida de lo posible de los órganos de persecución.
5. El inicio de una “política procesal” llamada a:
 - 5.1. Destacar la importancia de la prueba técnica y a permitir su acabada utilización,
 - 5.2. Explorar y flexibilizar ciertos principios tradicionales (v.gr. intermediación, oralidad, plazos) a fin de adecuar el procedimiento, pensado en principio sólo para el esclarecimiento de hechos comprendidos en el denominado derecho penal nuclear o tradicional, a las necesidades de eliminar asimetrías surgidas por el aumento de una criminalidad basada en la utilización de complejos mecanismos e instituciones de la vida económica y de medios de alto avance tecnológico y de la nula creación de recursos procesales que permitan la acreditación de éstas complejas hipótesis fácticas.

Bibliografía

ABADINSKY, HOWARD: Organized Crime, California, 2010.

Cita: Abadinsky y número de página.

ABERNATHY, CHARLES: Law in the United States. Cases and Materials. International Law Institute. Washington, D.C. 1995.

Cita: Abernathy y número de página.

AROCENA, GUSTAVO/BALCARCE, FABIÁN: Derecho penal económico procesal, en Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho penal Económico, <<http://www.ciidpe.com.ar/area5/derecho%20penal%20economico%20procesal.GA%20y%20FB.pdf>> (22.08.2011).

Cita: Arocena/Balcarce y número de página.

BANACLOCHE PALAO, JULIO: Las partes en el proceso penal, en Aspectos fundamentales del derecho procesal penal, Madrid, 2010.

Cita: Banacloche Palao y número de página.

BANBRI: Criminal Procedure Section, en The Convincer Mini Review. New York, 2005.

Cita: BanBri y número de página.

BARATTA, ALESSANDRO: Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal. Introducción a la sociología jurídico-penal. (traducción del original en italiano de 1982). Buenos Aires, 2004.

Cita: Baratta y número de página

BARNETT, CYNTHIA: The Measurement of White-Collar Crime Using Uniform Crime Reporting (UCR) Data. U.S. Department of Justice, Federal Bureau of Investigation, Criminal Justice Information Services (CJIS) Division, 2000.

Cita: Barnett y número de página.

BASTARRECHE BENGEOA, TOMÁS: Constitución y Ministerio Público: Holanda, Italia y España, Pamplona 2010.

Cita: Bastarreche Bengoa y número de página.

BORINSKY, MARIANO: Derecho Penal Económico y de la Empresa, Buenos Aires, 2004.

Cita: Borinsky y número de página.

BOTTKE, WILFRIED: Sobre la legitimidad del Derecho penal económico en sentido estricto y de sus descripciones típicas específicas, en Libro Homenaje a Klaus Tiedemann, Madrid, 1995

Cita: Bottke, y número de página

CLIFFSNOTES: The Structure of Criminal Justice. www.cliffsnotes.com (23.11.2011)

Cita: CliffsNotes.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, CÁNDIDO: El Ministerio Fiscal, Pamplona, 1999.

Cita: Conde-Pumpido y número de página.

CONTRERAS ALFARO, LUIS HUMBERTO: Los delitos económicos relacionados con la corrupción. Los principios de consenso y oportunidad en sede procesal penal, y la sustitución del interés público en la persecución de la criminalidad de corrupción, Santiago (Chile), 2004.

Cita: Contreras Alfaro y número de página.

FERNÁNDEZ AJENJO, JOSÉ ANTONIO: La intervención general de la Administración del Estado y el deber de colaboración con la justicia, Madrid, 2007.

Cita: Fernández Ajenjo y número de página.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: Memoria año 1996, Asunción

Cita: FGE Memoria 1996 y número de página.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: Memoria años 1995-1996, Asunción

Cita: FGE Memoria 1995-96 y número de página

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: Memoria años 1997-1998, Asunción

Cita: FGE, Memoria 1997-98 y número de página

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: Memoria año 1999, Asunción

Cita: FGE, Memoria 1999 y número de página

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: Informe de Gestión año 2005, Asunción

Cita: FGE, Informe de Gestión 2005 y número de página

FLORES PRADA, IGNACIO: El Ministerio Fiscal en España. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

Cita: Flores Prada y número de página.

GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, MARTA: Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación, Madrid, 2004.

Cita: Gómez de Liaño y número de página.

GUTIÉRREZ ZARZA, ÁNGELES: Investigación y enjuiciamiento de los delitos económicos, Madrid 2000.

Cita: Gutiérrez Zarza y número de página.

INSTITUTO DE ESTUDIOS PARA LA CONSOLIDACIÓN DEL ESTADO DE DERECHO (ICED): Órganos Estatales de investigación y control, Asunción, año 2008.

Cita: ICED y número de página

JAÉN VALLEJO, MANUEL: Los principios de la prueba en el proceso penal Español. Universidad de las Palmas de Gran Canaria.

Cita: Jaén Vallejo y número de página.

KESAN, JAY /GWENDOLYN, BALL: Judicial experience and the efficiency and accuracy of patent adjudication: an empirical analysis of the case for a specialized patent trial court, en Harvard Journal of Law & Technology, Volume 24, No 2, Cambridge, 2011.
Cita: Kesan/Gwendolyn y número de página.

KISSEL, OTTO RUDOLF/ MAYER, HERBERT: Gerichtsverfassungsgesetz (Ley de constitución de los Tribunales), Kommentar (Comentario), 6. Aufl. (6a edición), München (Munich) 2010.
Cita: Kissel/Mayer y número de página.

LANZAROTE MARTÍNEZ, PABLO: La incidencia de la estructura organizativa del Ministerio Fiscal en el proceso penal, de lege data y de lege ferenda, en Revista General de Derecho Procesal 18. 2009
Cita: Lanzarote y número de página.

LASCANO, CARLOS: Fuero especializado para la investigación y enjuiciamiento de la delincuencia económica y la corrupción administrativa, en Delincuencia Económica y Corrupción, Buenos Aires, 2006, p 53 - 71.
Cita: Lascano y número de página

LA ASOCIACIÓN DE ABOGADOS DE LA CIUDAD DE NEW YORK (A.A.NYC): Manual de Justicia Criminal del Estado de New York: Procedimientos desde el Arresto hasta la Apelacion Final, en www.courtregistry.org (25.11.2011)
Cita: A.A.NYC y número de página.

LLANES OCAMPOS, MARÍA CAROLINA: Lineamientos sobre el Código Procesal Penal, 4ª Edición, Asunción, 2007.
Cita: Llanes y número de página.

LÓPEZ GARCÍA, E: La Fiscalía Especial para la represión de los delitos económicos relacionados con la corrupción: fundamento,

antecedentes y formación, en Diario La Ley. Sección Doctrina. Editorial LA LEY. 2001.

Cita: López García y número de página.

MAGRO SERVET, VICENTE: La Audiencia Nacional a Examen ¿Es necesaria su reforma?, en La Ley, Año XXI, Num. 6168, Madrid 2000.

Cita: Magro Servet, año y número de página.

MISMO AUTOR: La especialización penal en el acceso a la Audiencia Nacional en la reforma de la LOPJ, en La Ley, Año XXIV, Num. 5905, Madrid, 2003.

Cita: Magro Servet, año y número de página.

MISMO AUTOR: Una apuesta a la creación de los Juzgados contra la delincuencia organizada, en La Ley, Año XXVIII, Num. 6843, Madrid, 2007.

Cita: Magro Servet, año y número de página.

MAIER, JULIO: Derecho Procesal Penal II. Parte General. Sujetos Procesales, Buenos Aires, 2004.

Cita: Maier y número de página

MENA, JOSÉ MARIA: De oficio, fiscal. Editorial Ariel, Barcelona, 2010.

Cita: Mena y número de página.

MENDIAZÁBAL ALLENDE, RAFAEL: El portaviones de la Justicia, en Diario La Ley, No 7121, Madrid, 2009.

Cita: Mendiazábal Allende y número de página.

MIGUEL Y ALONSO, CARLOS: El principio de inmediación dentro del sistema formal de la oralidad, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Número 24, Sección de Artículos, 1975.

Cita: Miguel y Alonso y número de página.

MINISTERIO FISCAL MEMORIA ANUAL 2010: Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada. www.fiscal.es (26.11.2011).

Cita: Ministerio Fiscal Memoria Anual y número de página.

MÜLLER-GUGENBERGER, CHRISTIAN/ BIENECK, KLAUS (EDITORES): *Wirtschaftsstrafrecht (Derecho penal económico), Handbuch des Wirtschaftsstraf- und -ordnungswidrigkeitenrechts (Manual de derecho penal económico y el derecho de infracciones administrativas)*, 5. Aufl. (5a edición), Köln (Colonia), 2011.

Cita: autor del comentario, WStR y número de página.

NEUBAUER, DAVID/MEINHOLD, STEPHEN: *Judicial Process, law, courts, and politics in the United States*, Boston, 2007.

Cita: Neubauer/Meinhold y número de página.

NIETO MARTÍN, ADÁN: *El Derecho Penal Económico Español*, en Publicaciones del portal Iberoamericano de las Ciencias Penales. Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad Castilla-La Mancha, España, 2009.

Cita: Nieto Martín y número de página.

OFICINA DE PROGRAMAS DE INFORMACIÓN: *Internacional (I.I.P.). Semblanza del sistema jurídico de EE.UU. Departamento de Estado de los Estados Unidos*. 2004.

Cita: I.I.P. y número de página.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, ISABEL: *El coimputado que colabora con la justicia penal*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, no. 07-05, 2005.

Cita: Sánchez García de Paz y número de página.

SCHILKEN, EBERHARD: *Gerichtsverfassungsrecht (Derecho de la constitución de los tribunales)*, 4. Aufl. (4a edición), Köln (Colonia) 2007.

Cita: Schilken y número de página.

SAN DIEGO CALIFORNIA DISTRICT ATTORNEY OFFICE.
(SDCDA): www.sdcda.org (28.11.2011)
Cita: SDCDA.

STRADER, J. KELLY: Understanding white collar crime, Lexis Nexis, 2002.
Cita: Strader y número de página.

TIEDEMANN, KLAUS: Manual de Derecho Penal Económico Parte General y especial. 2das. ediciones alemanas PG (2007) y PE (2008) Edit. Tirant lo Blanch. Valencia 2010.
Cita: Tiedemann y número de página

TIEDEMANN, KLAUS: Wirtschaftsstrafrecht (Derecho penal económico) 3. Aufl. (3a edición), Köln (Colonia) 2010.
Cita: Tiedemann y número de página.

THE NEW YORK COUNTY, DISTRICT ATTORNEY'S OFFICE: www.manhattanda.org (28.11.2011)
Cita: Manhattanda.

URBINA, RICARDO: La función del juez, en Anatomía de un juicio por jurado. eJournal, Departamento de Estado de los Estados Unidos, Vol. 14, No 7, Julio 2009.
Cita: Urbina y número de página.

VÁZQUEZ ROSSI JORGE EDUARDO/CENTURIÓN ORTIZ RODOLFO FABIÁN: Código Procesal Penal Comentado, Reedición ampliada y actualizada, Asunción, 2007.
Cita: Vázquez Rossi/ Centurión y número de página

VILADOT SANTALÓ, MARTA: La Audiencia Nacional (1977-1997), Barcelona, 1998.
Cita: Viladot Santaló y número de página.

ZARZALEJOS NIEGO, JESÚS: La competencia de los Tribunales Penales, en Aspectos fundamentales del derecho procesal penal, Madrid, 2010.

Cita: Zarzalejos Niego y número de página.

ZEGRÍ BOADA, EMILIO: Finalidad, alcance y límites de la investigación sumarial, en Estudios sobre prueba penal. Vol. I. Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: competencia, objeto y límites”, Madrid, 2010.

Cita: Zegrí Boada y número.

Abreviaturas

A.A.NYC: La Asociación de Abogados de la Ciudad de New York

Art./Arts.: Artículo/artículos

BCP: Banco Central del Paraguay

C.E.: Constitución Española

CGR: Contraloría General de la República

CN: Constitución Nacional

COJ: Código de Organización Judicial

CP: Código Penal (ley 1160/97 y su modificatoria ley 3440/08)

CPP: Código Procesal Penal

CSJ: Corte Suprema de Justicia

EE.UU.: Estados Unidos de Norteamérica

EOMF: Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal

FGE: Fiscalía General del Estado

GG: Grundgesetz (Constitución de la República Federal de Alemania)

GVG: Gerichtsverfassungsgesetz (Ley [federal] sobre la constitución de los tribunales)

I.I.P.: Oficina de Programas de Información Internacional.

inc.: Inciso

LECrIm: Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882

LO: Ley Orgánica

LOMP: Ley 1562/2000 Orgánica del Ministerio Público

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial

Num.: Numeral

p/pp: Página/Páginas

PE: Parte Especial

PG: Parte General

sdca: Oficina del fiscal de distrito de San Diego California

UDEA: Unidad de Delitos Económicos y Anticorrupción

USC: Código Federal de los Estados Unidos

v. gr.: Verbigracia

§: Paragraph (párrafo o parágrafo; equivalente en nuestra nomenclatura a la palabra “artículo”)

II

Delitos contra el mercado, viejas prácticas, nuevas figuras: Delitos contra la libre y leal competencia¹

Por Dr. Manuel A. Abanto Vásquez²

¹ El artículo fue terminado a principios de 2009 y publicado por primera vez a principios de 2010 en: Serrano-Piedecabras/Demetrio Crespo, “Cuestiones actuales de Derecho penal empresarial”, Madrid (ed. Colex), p. 139-175

² El Prof. Dr. Manuel Abanto, es profesor en varias Universidades del Perú e investigador del Instituto Max-Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional de Friburgo (Alemania).

Ha dictado más de 30 cursos y conferencias en América Latina y Europa.

Publicó varios libros y artículos en revistas especializadas y ha realizado más de 20 traducciones de textos jurídicos del alemán al español.

1. INTRODUCCIÓN: CONCEPTOS PREVIOS

En la parte general del Derecho penal económico la doctrina usualmente replantea el estudio de los conceptos y categorías del delito para hacer encajar en ellos las peculiaridades de los delitos económicos. Por regla general se suele destacar entonces, entre otras características propias de los delitos económicos, las siguientes:

1. La estrecha vinculación que alcanza el Derecho penal con áreas jurídicas extrapenales debido al empleo, en la descripción de la conducta delictiva de la parte especial, de conceptos utilizados en un campo previo al Derecho penal: el Derecho de la libre competencia, el Derecho contra la competencia desleal, el Derecho de la publicidad, el Derecho bancario, el Derecho tributario, el Derecho comercial, etc.

2. En consecuencia, los tipos de los delitos económicos están repletos de elementos normativos que generan problemas tanto de técnica legislativa (leyes en blanco) como de interpretación (fisión o división de la norma).

3. A pesar de todo, se suele afirmar el “merecimiento de pena” y la “necesidad de pena” de muchos ilícitos económicos, en contra de lo afirmado por posturas minimalistas que pretenden remitir gran parte o toda la protección legal contra estas conductas a una mera protección administrativa. Estudios criminológicos demuestran una y otra vez la dañosidad social (medida no sólo en términos económicos) de los delitos económicos.

4. Pero debido al principio de “fragmentariedad”, también se recomienda limitar la intervención penal sólo a las figuras más graves, y dejar la tarea de protección de los bienes jurídicos afectados, en la mayor parte de los casos, al Derecho administrativo sancionador (o al Derecho contravencional en Alemania).

Estas observaciones constituyen el resultado de las experiencias que la doctrina y la jurisprudencia penales han podido tener hasta ahora con la delincuencia económica, experiencias que han motivado también reinterpretaciones teóricas y hasta cambios legislativos en el área penal. Para entender el por qué de estas reflexiones y continuar con la exposición sobre temas de parte especial, es preciso retrotraer el análisis a una etapa previa al Derecho penal donde pueda establecerse la vinculación entre lo económico y lo jurídico. Recién entonces se hará más claro por qué se ha llegado a las conclusiones-pautas arriba señaladas y por qué es preciso que no sean soslayadas al momento de analizar el fenómeno de la delincuencia económica y extraer conclusiones de lege lata o de lege ferenda.

1.1 Los ilícitos económicos desde una perspectiva extrapenal

Luego, para determinar la vinculación de lo económico con lo jurídico-penal, tiene que partirse primero de la constatación evidente de que todo tipo de economía se construye sobre la base de una determinada sociedad. Y ésta se organiza sobre la base de una Constitución que contiene los principios inspiradores del ordenamiento jurídico que va a regular los distintos campos en los que entran en interacción los miembros de la sociedad, sea como individuos, sea como colectivos, sea entre ellos mismos, o entre ellos y el Estado. Luego, el ordenamiento legislativo de cada país, incluyendo al Derecho penal, deberá ser reflejo de tal base política y económica fijada de antemano en la Constitución.

Si esta Constitución estableciera una economía planificada, es evidente que las normas legales jerárquicamente inferiores de-

berían tender a garantizar la vigencia de tal tipo de economía y hacer posible su funcionamiento, p. ej. protegiendo un sistema de planificación de la producción, de distribución organizada de bienes, de fijación de precios, etc. Y tal protección también podría incluir el “refuerzo penal”, según la política que aplique el legislador: mientras más importante le parezca el interés afectado mayor será la protección que querrá otorgarle mediante distintas medidas legales hasta llegar a la imposición de sanciones penales. Algo equivalente ocurrirá cuando la Constitución decidiera proteger una economía de mercado, como se verá a continuación con más detalle.

Cierto es que, independientemente del tipo de organización económica adoptada, siempre habrá coincidencias en la protección reforzada de algunos intereses básicos, sin los cuales ninguna sociedad organizada podría subsistir, tales como la vida, la integridad corporal, un mínimo de propiedad privada y formas de organización básicas (la administración de justicia, la administración pública, la fe pública, etc.). Esta protección penal básica coincide con lo que se conoce tradicionalmente como “Derecho penal nuclear” o, mejor: *el núcleo del Derecho penal*.

Pero, más allá de esto, las diferencias serán notorias cuando se trate de intereses que atañen directamente a los mecanismos que permiten el funcionamiento del propio sistema económico.

Como se dijo antes, en una economía planificada se protegerá básicamente la “planificación”, el “abastecimiento”, los “precios regulados”, etc.; en una economía de mercado, se protegerán más bien los *mecanismos de funcionamiento de la economía de mercado* que, según la teoría económica, indirectamente apuntan a incrementar el bienestar general: la libertad de competencia, la lealtad de competencia, el sistema crediticio, el sistema de subvenciones, el funcionamiento de la bolsa, etc. Junto a estos mecanismos también se protegerán las pocas pero necesarias áreas de intervención estatal, tales como el sistema tributario, el sistema

de subvenciones y otras formas de regulación excepcional de la economía.

Por cierto que también existen diferencias dentro de un mismo sistema económico que llevan a una mayor o menor acentuación de la protección legal y penal de los intereses. Por ejemplo, en el caso de la economía de mercado, mientras en los Estados Unidos, bajo una tendencia muy liberal, desde finales del siglo XIX existe una amplia protección legislativa, incluyendo la penal, de la libre competencia; en Europa, de tendencia más proteccionista, tal regulación legal es relativamente reciente, pues recién surgió a nivel comunitario con el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de 1957, y a nivel nacional, es hasta ahora básicamente de carácter administrativo en los Estados miembros.

Entonces, ya aquí se observa que, desde esta perspectiva global, la *protección primaria* de los mecanismos de funcionamiento del sistema económico no viene dada por el Derecho penal, además de que la protección penal, al igual que la protección extrapenal (todas las demás áreas jurídicas), depende del sistema económico al cual está subordinado.³ La conclusión básica y trascendental que tiene que extraerse de esta observación es que en el Derecho penal económico resultará indispensable *coordinar el análisis penal con el del Derecho extrapenal*.

³ Por eso se dice que la protección del Derecho penal (en sentido estricto) es mayoritariamente “accesoria” y casi siempre “inmanente al sistema”; ver TIEDEMANN, “Wirtschaftsstrafrecht. AT”, p. 1, n. marg. 2, p. 3, n. marg. 6; ACHENBACH, p. 561 y s., 565.; similar, HERNÁNDEZ BASUALTO, “Perspectivas...”, p. 132 y ss. Los casos excepcionales de tipos “autónomos” (no accesorios al Derecho extrapenal) se referirían al “lavado de dinero” y algunos tipos tradicionales (estafa, coacciones, cohecho) cuando resulten aplicables en el ámbito empresarial; ver TIEDEMANN, ibídem, p. 2, n. marg. 4. Y los casos de delitos “neutrales” (no dependientes del sistema económico) serían los “delitos informáticos”, “contra los derechos de autor” y de “abuso de tarjetas de crédito y otros medios de pago sin efectivo”, ídem p. 3 y s., n. marg. 6. Esta “relativización” de la “accesoriedad” y de la “inmanencia al sistema” de los delitos económicos es discutible, pues depende del concepto de “delito económico” que se maneje.

El *área jurídica extrapenal* ha sido muy dinámica y ha tenido un gran desarrollo en las últimas décadas; a medida que se ha ido reconociendo la necesidad de proteger los mecanismos básicos de funcionamiento del sistema, se han ido dando leyes especiales encargadas de regular la actuación de los participantes del mercado en distintos sectores.⁴ Así han surgido también sendas áreas jurídicas altamente especializadas y autónomas (que antes eran comprendidas bajo un “Derecho económico) tales como: el Derecho de la libre competencia (o Derecho Antitrust), el Derecho de la leal competencia y de la publicidad, Derecho de la propiedad industrial, Derecho bancario, etc. En estas áreas jurídicas también se suele prever un capítulo destinado a las infracciones y sanciones contra ilícitos que atenten contra el bien jurídico protegido.

Desde esta perspectiva, en la actualidad la doctrina administrativa y penal entienden que esta parte sancionadora del Derecho extrapenal (llamado también de manera global “Derecho administrativo sancionador”) formaría parte de un *Derecho penal en sentido amplio*. Las consecuencias de esto son muy importantes: si el Derecho administrativo sancionador también es, de alguna manera, un Derecho penal, debería respetar una serie de principios básicos provenientes de este último:⁵ entre otros, el principio de culpabilidad para la aplicación de sanciones, o sea la exclusión de la responsabilidad objetiva, y el respeto del principio “ne bis

⁴ Por eso se suele mencionar como “fuente” del Derecho penal económico al intervencionismo estatal en materia económica que surgió en Europa después de las dos grandes guerras mundiales; al respecto ver las refs. en ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico. Consideraciones...”, p. 24 y ss.; HERNÁNDEZ BASUALTO, “Perspectivas...”, p. 102.

⁵ Ver al respecto, c. más refs. ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico. Consideraciones...”, p. 194 y s.; ídem “Derecho penal económico. Parte especial”, p. 489 y ss.; igualmente en “Diez años...”, p. 36. En Alemania se considera que las diferencias entre el Derecho penal en sentido estricto y el Derecho contravenacional (Derecho penal en sentido amplio) serían, en principio, meramente “cuantitativas” y no cualitativas; ver ampliamente al respecto con más refs. ROXIN, “Strafrecht AT”, tomo 1, p. 31 y s., n. marg. 60 y ss., p. 58 y s., n. marg. 131 y s.

in idem” cuando, además de una sanción administrativa existiera o fuera a aplicarse una sanción penal.⁶

Pero cuando, además de esta protección extrapenal previa (con una parte sancionadora), se pretendiere un refuerzo adicional mediante auténticos tipos penales, dentro del Código penal o en las mismas leyes especiales, se tendrá que hablar de un Derecho penal en sentido estricto.

1.2. Los ilícitos económicos dentro del Derecho penal actual

Tras lo dicho anteriormente, no debería sorprender que poco a poco se produjera una “invasión” del Derecho penal con nuevos tipos penales. En principio, no hay nada de alarmante en ello; solamente se trata de la decisión legislativa de querer reforzar las áreas extrapenales relacionadas con el funcionamiento del sistema económico. Esto no es, por lo demás, algo nuevo, tal como lo demuestra la tradicional existencia, en casi todos los países, de un Derecho penal tributario y otras medidas de control estatal

⁶ P. ej., en el Perú rige ya la “Ley del procedimiento administrativo general” (ley 27444 de 21 de marzo de 2001), en la cual se introducen notables avances en relación con la concepción de la administración pública en un Estado de Derecho. Entre otras cosas, en esta ley se tiene todo un capítulo referido al Derecho administrativo sancionador (capítulo II), el cual contiene una serie de “principios de la potestad sancionadora”. Entre estos se han reconocido la legalidad, tipicidad, irretroactividad, etc. No se ha reconocido de manera expresa el “principio de culpabilidad”, sino un “principio de causalidad” que parece aludir más bien a la “responsabilidad objetiva” (art. 230, número 8). En cambio sí se ha reconocido expresamente la vigencia del principio de “ne bis in idem” entre el Derecho penal y el Derecho administrativo, pero no se ha reglamentado el cumplimiento efectivo de este principio en la práctica. En efecto, no solamente se trata de reconocer este principio, sino también expresar cuál debe ser el procedimiento a seguir según el momento en que se constate la existencia de la posibilidad de una persecución en la otra vía. P. ej., si la infracción ya sancionada resulta tener un contenido de injusto penal grave, el juez penal debería poder imponer una sanción penal, descontando de ella lo ya sancionado administrativamente. Si se interpretara el principio de “ne bis in idem” a rajatabla, podría abrirse una puerta de escape a la impunidad penal de hechos graves gracias a la sanción administrativa previa “oportuna” de la conducta.

similares a las que se incluyen actualmente en el Derecho penal económico.⁷

El refuerzo penal de mecanismos económicos muestra una tendencia creciente, pero en los últimos años esto ha coincidido con otro fenómeno. Más allá de lo meramente económico, las interrelaciones humanas se han vuelto cada vez más complejas. Así, en una sociedad de producción masificada, es posible que determinadas decisiones empresariales puedan tener graves consecuencias para la salud individual (responsabilidad por el producto). Y, debido a los recientes y crecientes avances tecnológicos, se puede ir más lejos en el uso de la libertad individual y causar más daños de los que se podía causar antes (p. ej. delitos ecológicos), o cometer actos imposibles de practicar antiguamente pero que la actual tecnología ha posibilitado aunque se trate de actos desvalorados socialmente (manipulación genética). Todos estos desarrollos han sido acogidos con desconfianza por un sector del Derecho penal tradicional, el cual los ha englobado dentro del concepto *Derecho penal del riesgo*.⁸ Otro sector simplemente intenta aplicar (flexibilizar) el instrumental penal tradicional para dar una explicación a estos fenómenos, separando la subespecialidad “Derecho penal económico” de otros fenómenos modernos.

⁷ Se pueden ubicar este tipo de medidas incluso en el Derecho romano; ver refs. en ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico. Consideraciones...”, p. 25. Pero, una verdadera consciencia sobre la existencia del fenómeno “delincuencia económica” y el desarrollo moderno de un Derecho penal económico recién puede constatararse a partir de los estudios criminológicos del norteamericano Donald Sutherland en los años 50 del siglo XX; ver refs. en ABANTO, *ibidem*, p. 25 y s.; HERNÁNDEZ BASUALTO, “Perspectivas...”, p. 102. Y la base positiva del Derecho penal económico comienza a surgir de manera sistemática en Europa continental recién a partir de finales de los 60. Sobre esto último, ACHENBACH, con referencia al Derecho alemán, p. 562 y ss.

⁸ KUHLEN critica el empleo confuso de este concepto que puede querer decir tanto el intento de contrarrestar “grandes riesgos” surgidos en los últimos años mediante un legítimo Derecho penal minimizador de riesgos para los bienes jurídicos, como también un mero Derecho penal simbólico o un Derecho penal de control amplio de conductas (tipos de peligro abstracto y protección de bienes jurídicos universales); ver p. 357 y ss.

Más allá de la discusión de dogmática penal entre normativistas ontologistas (moderados) y normativistas radicales, el hecho es que existen intereses (bienes jurídicos) cuya protección penal se ha visto cada vez más acentuada en los últimos años. Pero el movimiento tampoco ha sido aquí lineal; en el área de la libre competencia (que fue precisamente la que tomo por base Donald Sutherland en los años 50 del siglo XX para sus observaciones pioneras sobre el delincuente de cuello blanco), se observa también el movimiento contrario: el legislador “ordena” frecuentemente la retirada del Derecho penal (Estados Unidos, Perú, Chile, etc.). Solamente en caso de la “competencia desleal” se ha mantenido el reproche penal de manera más o menos constante (publicidad engañosa, revelación de secretos, etc.); es más últimamente esta área punible se ha visto enriquecida por la introducción, en muchas legislaciones, de tipos de “corrupción privada” (Alemania, Italia, por lo visto también próximamente en España).

A continuación revisaremos brevemente estos dos grandes grupos de delitos vinculados directamente con el funcionamiento del sistema de economía de mercado. El primero se refiere a la protección de la libre competencia en general y de procesos específicos de competencia (subastas, concursos, licitaciones). El segundo, atañe a la represión de determinados actos de competencia desleal: corrupción privada, revelación de secretos, espionaje industrial. Al mismo tiempo se va a verificar si el legislador, así como su doctrina y jurisprudencia, realmente aplican los conocimientos obtenidos por la ciencia penal después de un largo proceso de discusión durante décadas enteras. Para estos efectos se recurrirá también a un breve análisis comparado entre la legislación penal española y la alemana, por Europa continental, y la peruana y chilena por Sudamérica.

2. DELITOS CONTRA LA LIBRE COMPETENCIA

2.1 Conceptos previos

Una economía de mercado (o social de mercado) descansa sobre la base de un mecanismo básico: el libre juego de la oferta y la demanda de bienes y servicios. Este mecanismo, según la teoría económica, debe ser protegido para que los “agentes económicos” (individuos y agrupaciones, consumidores y empresas), al actuar en el marco de las leyes, no solamente lo hagan dentro del máximo posible de libertades constitucionalmente reconocidas, sino, por sus resultados finales y aunque sin buscarlo conscientemente, lleven a un máximo de eficiencia económica para los ciudadanos (como consumidores finales) y para la sociedad en su conjunto. Este mecanismo es considerado entonces como un “bien” que debe ser protegido por la ley debido a que encierra dentro de sí dos objetivos valiosos: el ejercicio de la libertad y ventajas económicas para todos (incremento de bienestar general). Pero, como ha demostrado la experiencia, tampoco en una economía de mercado se puede dejar todo al libre juego de la oferta y la demanda si previamente no se dispone de reglas básicas que deben ser respetadas por todos los agentes económicos. Históricamente se ha visto que, por distintas razones, los mercados tienden a la concentración de empresas y al abuso de poder de los más fuertes. Se debe garantizar, por ello, la “libertad” de competir a todos los agentes económicos en aquellos sectores del mercado donde tal “libre competencia” sea posible y deseable (existen algunos “ámbitos de excepción” donde no es posible o deseable la vigencia de una libre competencia).⁹

Ahora bien, el término libre competencia no solamente abarca un aspecto de “libertad”, o sea el derecho a actuar como “competidor” dentro del mercado, derecho que no debe ser restringido por

⁹ En cuanto a los conceptos básicos que justifican la protección legal (y eventualmente penal) de la libre competencia, véase, c. más ref. ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho de la libre competencia”, Lima, 1998, especialmente, p. 26 y ss. (finalidad de la protección), p. 37 y ss. (sanción penal de las prácticas restrictivas de la competencia), p. 110 y ss. (ámbitos de excepción), etc.

otros. También incluye la forma cómo se puede y debe ejercer esta libertad, es decir, de una manera tal que no atente contra los buenos usos y costumbres que los competidores deben respetar en el mercado: esto se ha llamado lealtad competitiva. Fuera del Derecho penal, a partir de aquí han surgido dos áreas jurídicas diferenciadas: el “Derecho de la libre competencia”, “Derecho de los cárteles” o “Derecho Antitrust”, por un lado, y, por otro lado, el “Derecho de la lealtad competitiva” o “Derecho contra la competencia desleal”.

A partir de cada una de estas áreas jurídicas se han independizado además otras, según la acentuación que el legislador hubiese otorgado a un determinado interés. Por ejemplo, dentro de la libre competencia, no pocas veces el legislador ha considerado por separado la protección de la libertad de competir en el marco de las licitaciones públicas (incluso a través de la previsión de tipos penales) o, en el marco de la competencia desleal, la publicidad comercial puede tener una regulación legal separada. Por otro lado, cuando el legislador penal entra a reforzar la protección de cada uno de estos intereses, es posible que lo haga (sea por descoordinación con el área extrapenal, sea conscientemente como decisión político-criminal) desde una perspectiva distinta a la que se tiene en el Derecho extrapenal; así, una modalidad de competencia desleal, la “publicidad engañosa”, ha tenido una protección penal a través de dos valoraciones distintas: como protección de la “lealtad competitiva misma” (y mediatamente del patrimonio de los agentes, de la salud y patrimonio de los consumidores, etc.), como en Alemania (art. 16 UWG) o Perú (el ya derogado art. 239 del C. P.), o como protección del “interés de los consumidores” (en España, el art. 282 C. P.). Y la “libre competencia” puede ser protegida penalmente reprimiendo con penas las “prácticas colusorias” o los “abusos de posición dominante” más graves (para lo cual también los criterios de agravamiento pueden variar) como en el ya derogado art. 232 del C. P. peruano, o buscar una protección penal desvinculada de la terminología extrapenal, como en el tipo de “maquinaciones” español.

2.2 Protección de la libre competencia

En lo referente a la protección penal de la libre competencia, se puede observar que el legislador penal español no ha seguido una línea coherente con los desarrollos del Derecho extrapenal.¹⁰ Anteriormente los delitos eran abarcados dentro de la figura poco clara conocida como “maquinaciones para alterar el precio de las cosas” (arts. 540 y 541 CP anterior). El correspondiente artículo 284 vigente se ubica dentro del capítulo XI, del título XIII (“delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”) en la sección 3 (“De los delitos relativos al mercado y a los consumidores”); la dogmática penal española considera este tipo penal como sucesor del antiguo tipo de “maquinaciones” aunque ahora ya no se emplee expresamente tal término.¹¹ En la versión modificada por la LO 15/2003 de 25 de noviembre del mismo año solamente se ha elevado la pena alternativa de multa (antes de 6 a 18 meses; ahora de 12 a 24 meses).

La doctrina española consideraba y considera aún que el tipo de “maquinaciones” (en el actual art. 284 C. P.) protegería al bien jurídico “sistema de libre competencia” en tanto ésta conforme “las normas sobre fijación de precios que expresan una determinada política económica y de precios de la Administración pública” (precios libres del libre mercado).¹² Los precios materia de la “maquinación” podrían ser de cualquier tipo (venta, alquiler, compra, etc.); de manera más precisa: se refieren a cualquier mercado sometido a la libre competencia y puede referirse tanto a “productos” como a “servicios” aunque la ley lo diga de otra manera.¹³

¹⁰ La deficiente regulación penal ha propiciado una escasa aplicación práctica del tipo de “maquinaciones”; cfr. MUÑOZ CONDE, p. 503 y s; críticamente también QUERALT, p. 724. Más refs. sobre las críticas al modelo hispano y sus antecedentes ver en ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico P. E.”, p. 40 y ss.

¹¹ Ver MORENO y BRAVO en Bacigalupo: “Curso de Derecho penal económico”, Madrid, 1998, p. 179 y ss.; QUINTERO OLIVARES, p. 1440; MARTÍNEZ-BUJÁN, p. 107 y s.

¹² Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN, p. 108; MUÑOZ CONDE, p. 504, QUERALT, p. 724.

¹³ Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN, p. 109.

Se puede observar en el modelo español que el tipo penal no describe las propias conductas que atentan contra el bien jurídico sino solamente las características de ataque al bien jurídico y la vía por la que este ataque va a ocurrir. Se sigue la tradición de construir el verbo rector a través del término “maquinación”, mientras que, en el área extrapenal, se suele describir directamente los dos grandes grupos de conductas ilícitas: prácticas colusorias (o cárteles) y abusos de posición dominante en el mercado. Además, como el actual art. 284 no exige una cierta “gravedad” ni “idoneidad para afectar los precios del mercado”, se ha criticado la falta de respeto al principio de “intervención mínima”. Pero, en mi opinión, también y sobre todo debe criticarse la inobservancia del principio de taxatividad.

Consecuencia de esta inseguridad es que, interpretativamente, la doctrina tienda a limitar los alcances del tipo exigiendo que la maquinación punible deba poner en peligro el funcionamiento del sistema.¹⁴ Y también es consecuencia que la jurisprudencia y doctrina sigan tratando de englobar dentro del tipo de “maquinaciones” conductas que poco o nada tienen que ver con la libre competencia sino con el patrimonio individual o con otros intereses (p. ej. el de los consumidores); así se suele discutir aún el caso de la “reventa de boletos” y las afirmaciones engañosas para la venta de inmuebles a un precio superior.¹⁵

En la interpretación del término maquinación, la doctrina española entiende que se trataría de una “manipulación de precios” dentro del proceso de producción, comercialización o distribución que excluya la libre competencia y tienda de manera directa o indirecta a fijar precios.¹⁶ No se dice, aunque se deduce de los ejemplos y jurisprudencia presentada, que solamente se trataría de casos de efectos “inmediatos”. Por ello queda claro que con esta interpretación, solamente podrían entrar dentro de la interpretación penal española las “prácticas colusorias horizontales”,

¹⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN, c. más refs., p. 111.

¹⁵ Ver estos casos y otros citados por MARTÍNEZ-BUJÁN, p. 110 y s.

¹⁶ C. más refs. MARTÍNEZ-BUJÁN, p. 111 y s.

más no los casos de “abuso de posición dominante en el mercado”; y en general no entrarían los casos que “solamente” consistirían en eliminar competidores (sin que se pueda probar la incidencia inmediata en los precios).

Los *medios empleados* son variados y específicos (difundir noticias falsas, empleo de violencia, amenaza o engaño, utilización de información privilegiada). Es interesante que el tipo español incluya dentro de los medios al uso de “información privilegiada” con el objetivo de “alterar el precio” que resultaría de la libre competencia. Se trata, en realidad, de una modalidad autónoma que debería ubicarse, más bien como delito bursátil. El caso supuesto en el art. 284 es irreal: el “insider” no pretende alterar el precio de “valores bursátiles” sino aprovecharse de su conocimiento para comprar o vender con lucro a un precio favorable para él (o un tercero) en el momento indicado.¹⁷

Hay consenso en la doctrina española en que se trataría de un delito de consumación anticipada es decir se reprimiría como consumación lo que consistiría en una tentativa (“intentar alterar”); por ese motivo no se necesitará la efectiva “alteración del precio” sino la idoneidad de la conducta para ello.¹⁸ Pero eso no quiere decir que no sea posible la “tentativa” pues es posible iniciar el comienzo del ejercicio de “violencia”, de la maniobra de “engaño”, etc.¹⁹ La confusión se debe a la redacción del tipo pues aparentemente describiría una tentativa. Pero eso no es así si se tiene en cuenta que el “intento de alterar... mediante...” debería equipararse a una conducta anticompetitiva concreta. P. ej. la formación de un cártel de precios. Y en esta conducta anticompetitiva concreta (a la cual anteceden reuniones, deliberaciones, decisiones formales o no y, luego, la ejecución consistente en la alteración del precio) es plenamente posible la tentativa.

¹⁷ Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN quien por ello no encuentra problemas concusales entre la modalidad del art. 284 y el delito de “abuso de información privilegiada” del art. 285; p. 115.

¹⁸ Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN, p. 109, 112; QUERALT, p. 725; MUÑOZ CONDE, p. 507.

¹⁹ Cfr. c. refs. sobre las dos posiciones, MARTÍNEZ-BUJÁN, p. 112 y s.

En el tipo subjetivo, siguiendo con la delimitación de los alcances del tipo, se suele exigir dolo directo (intención).²⁰

La reforma penal española no ha previsto cambios de perspectiva. Así, el Proyecto de Ley de Reforma del Código Penal (proyecto de 2007), en su artículo sexagésimo, había previsto el siguiente tenor para el nuevo art. 284:²¹

“Se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses a los que:

1º. Empleando violencia, amenaza o engaño, intentaren alterar los precios que hubieren de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, títulos valores, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles que sea objeto de contratación, sin perjuicio de la pena que pudiere corresponderles por otros delitos cometidos.

2º. Difundieren noticias o rumores, por sí o a través de un medio de comunicación, sobre personas o empresas en que a sabiendas se ofrecieren datos económicos total o parcialmente falsos con el fin de alterar o preservar el precio de cotización de un valor o instrumento financiero, obteniendo para sí o para tercero un beneficio económico superior a los 300.000 euros o causando un perjuicio de idéntica cantidad.

3º. Utilizando información privilegiada, realizaren transacciones o dieren órdenes de operación susceptible de proporcionar indicios engañosos sobre la oferta, la demanda o el precio de valores o instrumentos financieros, o se aseguraren utilizando la misma información, por sí o en concierto con otros, una posición dominante en el mercado de dichos valores o instrumentos con la finalidad de fijar sus precios en niveles anormales o artificiales.”

²⁰ C. más refs. MARTÍNEZ-BUJÁN, p. 112; MUÑOZ CONDE, p. p. 507.

²¹ Proyecto de Ley Orgánica 121/000119 de 15 de enero de 2007, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, serie A, N° 119-1, p. 25.

“En todo caso se impondrá la pena de inhabilitación de uno a dos años para intervenir en el mercado financiero como actor, agente o mediador o informador.”

Como se observa, se persiste aún el modelo de la “maquinación”, sin armonizar con el Derecho extrapenal aunque el legislador penal manifieste en la exposición de motivos del Proyecto de 2007 su intención que proteger la “libre competencia” e incluso destaque la influencia de las normas extrapenales, en la interpretación, de los elementos normativos de los tipos penales.²² Al haber fracasado el Proyecto del 2007 por la cercanía de las elecciones generales (que impidió la revisión y votación del proyecto), se ha vuelto a un nuevo “Anteproyecto de 14 de noviembre de 2008” (Anteproyecto de 2008). En la exposición de motivos de este Anteproyecto se justifica la reforma solamente en cuanto a la introducción de las “estafas a los inversores” y la “difusión de noti-

²² La reforma estaría motivada por el cumplimiento de la Directiva 2003/6 de la Unión Europea referida a operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (p. 10). Pero, en lo material, la fundamentación (salvo por el arriba criticado modelo de la “maquinación”) utiliza el instrumental teórico penal tradicional. Así, se vincula la protección penal con el buen funcionamiento del mercado (bien jurídico): “...todas las acciones que se han de reprimir constituyen manifestaciones de abuso de ese derecho de acceso al mercado único de servicios financieros, que exige buen funcionamiento y la confianza del público en los en los valores y productos derivados”. Y se continúa la fundamentación advirtiendo de los mayores peligros que surgen a través del empleo de determinados medios: “La manipulación del mercado a través de la información, por abuso o por deformación, es el mayor peligro para el desarrollo económico y para la confianza de los ciudadanos en el proyecto europeo. La evolución técnica y financiera supone mayores incentivos, medios y oportunidades, pero también facilita el abuso del mercado a través de los nuevos productos, las nuevas tecnologías, actividades transfronterizas cada vez más frecuentes, las transacciones electrónicas...”. En principio también se acierta en respetar el “principio de fragmentariedad” al no volcar todo lo dispuesto en la Directiva al ámbito penal y se resalta la importancia de (los conceptos extrapenales) de la Directiva para la interpretación de los “elementos normativos” de los tipos penales: “Las decisiones que toma la mencionada Directiva en orden a la tutela del mercado son de diferente naturaleza y no todas han de traducirse en leyes penales, sino que su destino coherente ha de ser el derecho administrativo o mercantil. Otras habrán de limitarse, y no es poco, a determinar la interpretación del derecho penal positivo, en la medida en que afectarán directamente al contenido necesario de los llamados elementos normativos de los tipos...”. Ver p. 9, columna derecha, p. 10 columna izquierda del Proyecto, en Boletín Oficial de las Cortes Generales, 15 de enero de 2007, serie A, número 119-1.

cias o rumores sobre empresas” (p. 10 y s.), y también se utiliza la misma fundamentación anterior para el caso de la “corrupción privada” (ver más adelante).

La *protección administrativa* en España es mucho más exacta a la hora de describir los ilícitos. En la reforma más reciente de 2008 ha tenido algunos cambios, pero se puede decir, en general, que ha sido muy amplia y, por lo menos, siempre ha acertado con describir correctamente las conductas anticompetitivas en armonía con los conocimientos de las teorías económicas y de la tradición europea: “conductas colusorias”, por un lado, y “abuso de posición dominante” en el mercado por el otro. Así procede la actual Ley 15/2007 de 03 de julio de 2007, “Ley de defensa de la competencia”²³ en sus artículos 1 y 2, además de incluir también un control de “concentraciones económicas” (art. 7 y ss.). Las infracciones pueden ser leves, graves y muy graves (art. 62) Para considerar una infracción como “muy grave” (lo más cercano al ilícito penal) se manejan diferentes criterios de gravedad según el grupo de conducta anticompetitiva de que se trate (art. 62, N° 4): en la “conducta colusoria”, la gravedad consiste en que el cártel se realice entre “empresas competidoras entre sí”, en el abuso de posición de dominio, que la empresa abusiva “opere en un mercado recientemente liberalizado, tenga una cuota de mercado próxima al monopolio o disfrute de derechos especiales o exclusivos”. Y también es considerada como modalidad muy grave el infringir “resoluciones, acuerdos o compromisos” tomados en cumplimiento de la ley, en general, tanto en el caso de conductas restrictivas como en lo referente al “control de concentraciones”. La sanción para la “infracción muy grave” puede equivaler al 10 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa (art. 63, N° 1, c) o, si ello no fuera posible, una multa de más de 10 millones de euros (art. 63, N° 3 c).

²³ Ver BOE número 159, de 04 de julio de 2007, p. 28848 y ss.

Ahora bien, mientras que la “Ley de represión de prácticas restrictivas de la competencia” de 1963 preveía todavía tipos penales y estaba configurada de tal manera que permitía, en este aspecto, armonizar el Derecho penal con el extrapenal, a partir de la Ley de 1989 (derogada por la actual) ya no hay remisión expresa a la ley penal. Ello ha llevado a que la doctrina entienda que en el Código Penal español ya no se reprimirían las “prácticas restrictivas de la competencia”.²⁴ No obstante, siguiendo los principios del Derecho penal económico, y tal como manifestaba la exposición de motivos del proyecto de 2007,²⁵ podría discutirse si cabría interpretar que el legislador penal habría hecho “remisiones normativas” implícitas, es decir si podrían encajar dentro del tipo de “maquinaciones” por lo menos las conductas anticompetitivas más graves (para lo cual habría que buscar criterios agravadores y diferenciadores de los ilícitos administrativos “muy graves”). Esto es algo que necesitaría un minucioso y profundo análisis sistemático de la ley penal y administrativa, algo que no es posible hacer en este lugar y que, hasta donde alcanzo a ver, tampoco ha sido aún realizado por la doctrina hispana.

El **legislador peruano** ha reconocido a la “libre competencia” (económica) como instrumento básico de la economía de mercado y como bien necesitado de una adicional protección legal. Con ello se ha hecho eco de la doctrina y parte de la legislación extranjeras que han destacado la importancia económica (bienestar general) y política (máximo desarrollo posible de la libertad individual) que conlleva el correcto funcionamiento del mecanismo de la libre competencia;²⁶ si bien ha omitido hasta ahora introducir un amplio “control de procesos de concentración económica” (salvo por algunos sectores específicos como el de la distribución de energía eléctrica).

²⁴ Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN, p. 107.

²⁵ Ver más arriba en la nota 20.

²⁶ TIEDEMANN, “Kartellrechtsverstöße...”, p. 104; c. más ref. en ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico. Parte especial”, p. 27; “Derecho de la libre competencia”, p. 37 y ss.

Siguiendo las recomendaciones y experiencias extranjeras, el legislador penal peruano, desde el principio, ha reconocido la prioridad de la protección legal en el área administrativa y solamente ha incluido un refuerzo penal accesorio. Así el art. 232 C. P. (“abuso de poder económico”),²⁷ bajo una terminología un poco confusa, hacía una remisión en bloque a la “ley de la materia” para la precisión de dos grupos de delitos: “abuso del poder monopólico u oligopólico” (es más exacto el término “abuso de poder dominante en el mercado”) y “prácticas y acuerdos restrictivos” (“prácticas colusorias” o “acuerdos de cártel”). La ley de la materia era, en este caso, el Decreto Legislativo 701 (modificada después por el D. Leg. 807 de 18 de abril de 1996), el cual, en sus arts. 5 y 6 hacía un listado de los ilícitos administrativos, y en el art. 19 señalaba cuáles de aquellos podían ser materia de un proceso penal y bajo qué condiciones. Como resultado final de una interpretación coordinada entre el tipo penal y la ley administrativa se tenía que aquél englobaba la punibilidad de trece conductas distintas (3 de abuso de posición dominante y 9 de prácticas colusorias):²⁸ por un lado, la negativa injustificada de contratar, la discriminación abusiva, y la imposición abusiva de “cláusulas de atadura”, cuando son cometidas por empresas con “poder de dominio”, y por otro lado, además de las tres conductas anteriores cometidas por empresas (sin poder de dominio) que actúen “concertadamente” (como “cártel”), también la fijación concertada de precios, el reparto concertado del mercado, la concertación sobre la calidad de los productos, el reparto concertado de cuotas de producción, la limitación o control concertados de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones, y la concertación de ofertas o abstención para ofertar en licitaciones, concursos, remates o subastas públicas.

²⁷ Artículo 232º: “El que, infringiendo la ley de la materia, abusa de su posición monopólica u oligopólica en el mercado, o el que participa en prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad productiva, mercantil o de servicios, con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36º, incisos 2 y 4.”

²⁸ Ver un análisis más detallado en ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico. Parte especial”, p. 44 y ss.

Pero en esto el legislador peruano había cometido una serie de faltas ilustrativas:

a) Había ido más allá de la mera “complementación” del tipo penal pues, a través de la norma extrapenal, había agregado dos elementos más al tipo penal: un “dolo” (que para los penalistas sólo podía ser entendido como un “dolo especial”, pues el tipo penal ya era doloso) y un “grave perjuicio para el interés económico general” (que podría ser interpretado como una “cuantía” o como “idoneidad”). Ambos elementos restaban posibilidades de aplicación práctica al tipo penal.²⁹

b) Había condicionado la persecución penal a una “denuncia previa” del órgano administrativo (art. 19 del D. Leg. 701 in fine). Esto atentaba claramente contra el principio de “legalidad procesal”, pues la acción penal para la persecución de los delitos solamente puede recaer en el Ministerio Público. Los casos en que esta persecución penal hubiera tenido que ser “mediatizada” por un órgano administrativo tendrían que haber sido previstos de manera adecuada en la propia ley penal.³⁰

c) La falta de coordinación entre el legislador penal y el extrapenal salía a relucir, de la manera más evidente, cuando, a través del “llenado” del art. 232, se hacía posible la punibilidad de un supuesto típico de cártel ilícito (“el establecimiento, la concertación o la coordinación de las ofertas o de las abstención de presentar ofertas en las licitaciones, los concursos, los remates o las subastas públicas”) que ya estaba previsto anteriormente en el art. 241, numeral 3 (“concertación entre sí para alterar el precio en un remate público, una licitación pública o un concurso público de precios”). Ante esta grave falta legislativa, la salida por la vía interpretativa era posible pero insatisfactoria: el art. 241, numeral 3 podía referirse solamente a las concertaciones referidas *directamente* a los “precios” ofrecidos en concursos, subastas y

²⁹ Anteriormente he propuesto interpretar el elemento “grave perjuicio” en el sentido de una “idoneidad” de las conductas típicas para producir “graves consecuencias para el interés económico general”; ver ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico. Parte especial”, p. 66 y s.

³⁰ C. más ref. ver ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico. Parte especial”, p. 71.

licitaciones públicas, dejando como “abuso de poder económico” las concertaciones referidas a otras materias (calidad, cantidad, retiro del concurso, etc.), aunque estas influyesen indirectamente en los precios.³¹

En los últimos años, probablemente debido a la inaplicación de las normas penales, y también como concesión política a una serie de compromisos nacionales en el comercio exterior (p. ej. el recientemente vigente Tratado de Libre Comercio con los EE.UU.), aprovechando la promulgación de una nueva normativa sobre libre y leal competencia se ha eliminado por completo la protección penal tanto de la libre competencia como la de la leal competencia. Así la nueva “Ley de represión de conductas anticompetitivas”, el D. Leg. 1034 de 25 de junio de 2008 (que reemplaza al D. Leg. 701 de 1991), ha derogado expresamente los artículos 232, 233 y el numeral 3 del art. 241, aunque no haya derogado los artículos 234 (especulación de bienes de primera necesidad) y 235 (adulteración de productos de primera necesidad). Por otro lado, se sigue sin controlar los procesos de concentración económica (fusiones), lo cual se explica por el interés de política económica de “establecer un ambiente apropiado para las inversiones” mencionado por la propia ley 1034 en su parte considerativa.

En Alemania se ha prescindido tradicionalmente de una protección penal de la libre competencia, la cual ha tenido hasta ahora una regulación amplia (incluyendo una parte sancionadora) en una ley especial: la ley contra prácticas restrictivas de la competencia (GWB) dada en 1957 y reformada múltiples veces. Allí se sancionan las “prácticas colusorias” o “cárteles” (art. 1 GWB) como también los “abusos de posición dominante en el mercado” (art. 28 y ss. GWB) y se establece un control de procesos de concentración (art. 35 y ss. GWB). Las multas para las infracciones suelen ser muy elevadas: la mayoría de ellas tienen un monto máximo de 1 millón de euros, monto que puede ser superado a través de

³¹ Ver ya anteriormente en ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico. Parte especial”, p. 95 y s.

la imposición adicional de una “confiscación de ganancias”. Si el infractor fuere “empresa” o “asociación de empresas”, la multa puede comprender un monto no mayor del 10 por ciento de la cifra total de ventas del año anterior a la fecha de la resolución sancionadora (art. 81, párrafo 4 GWB, en la versión de 18-12-2007). Además, la GWB ha previsto una serie de medidas especiales para el caso de las “empresas” y “asociaciones de empresas”: el empleo del criterio de la “unidad económica” para averiguar el monto de la “cifra total de ventas” (art. 81, párrafo 4 GWB); recurrir a una “estimación” de esta cifra total de ventas (art. 81, párrafo 4 GWB); los criterios de “gravedad” y “duración” de la infracción para fijar el monto de la multa contravencional (art. 81, párrafo 4 in fine GWB); la fijación de un “interés” al monto de la multa, el cual empezará a aplicarse después de 2 semanas de notificada la multa (art. 81, párrafo 7 GWB), etc.

En el campo estrictamente penal, recién con la reforma de 1997 se ha introducido una protección parcial de la libre competencia. Ahora está vigente un tipo penal de acuerdos restrictivos contra la competencia en las licitaciones (art. 298 StGB), el cual, junto con la corrupción privada (art. 299 StGB), forma parte del grupo de delitos que la doctrina ubica dentro del rubro de los “delitos contra la competencia”. La necesidad de introducir este tipo penal se hizo patente ante la imposibilidad práctica de recurrir al tipo tradicional de “estafa” para reprimir graves casos que conmovieron a la opinión pública durante décadas. Es así que, pese a que se habían descubierto evidentes casos de concertación de precios (y favorecimiento descarado) entre algunas empresas en distintos ramos de la industria, sobre todo de la construcción, que formaron durante años verdaderos “cárteles de licitación”, los procesos penales solían terminar en archivamientos debido a que no se podía probar la presencia del elemento “perjuicio patrimonial” necesario según el tipo penal alemán de “estafa” (art. 263 StGB). El problema consistía en que, debido a su naturaleza, las prestaciones que se dan a la administración pública suelen tener un carácter particular, o sea no existe un “mercado paralelo” que

pueda demostrar el costo “justo”, “competitivo” y, por lo tanto, es imposible deducir el “perjuicio” causado en el sentido de “monto” excesivo exigido o pagado por la administración pública.³² Este tipo penal se analiza, como caso particular, más abajo en 2.3.

En Chile la protección penal de la libre competencia que surgió con el Decreto Ley N° 211 de 1973 y la consecuente jurisprudencia (por lo menos hasta los años 80) fue considerada en el extranjero como modelo de efectividad pues, pese a que sus normas eran exageradamente amplias, la jurisprudencia de las autoridades chilenas restringió sus alcances y construyó toda una base dogmática garantista que, por sus resultados, se acercaba al Derecho Antitrust norteamericano (incluyendo, entre otros, el reconocimiento de la “competencia” como objeto de protección, la sanción de las personas jurídicas y un control de procesos de concentración).³³ Posteriormente parece haber decaído el interés en la protección del bien jurídico hasta llegar a la descriminalización efectiva de las conductas (algo que en la práctica ya se habría producido) en la nueva disposición legal que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (Ley N° 19.911 de 14-11-2003).³⁴

³² La sanción de los “cárteles de licitación” era hasta la reforma meramente administrativa, pues los intentos de subsumir de las conductas bajo el tipo penal de “estafa” fracasaban ante la ausencia del elemento “perjuicio patrimonial”; ver al respecto, entre otros, TIEDEMANN, *Leipziger Kommentar*, 11ra ed., art. 298, n. marg. 4 y ss., p. 130 y s.; BANNENBERG, p. 22 y ss.; ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho de la libre competencia”, p. 123 y ss.; idem “Derecho penal económico. Parte especial”, p. 81.

³³ Ver refs. y un análisis amplio de esta ley y la jurisprudencia chilenas en ABANTO VÁSQUEZ, “El Derecho de la libre competencia”, p. 324 y ss., 340 y s. La crítica se refiere precisamente a los tipos excesivamente indeterminados de la ley, pero también a la falta de una imposición efectiva de verdaderas penas; ver HERNÁNDEZ BASUALTO, “Perspectivas...”, p. 126; igualmente, ABANTO VÁSQUEZ, “El Derecho de la libre competencia”, p. 341.

³⁴ Cfr. HERNÁNDEZ BASUALTO, p. 125 y s.

2.3 Caso particular: fraude de licitaciones, subastas y concursos (procesos competitivos específicos)

Existe un atentado contra la libre competencia que tradicionalmente ha sido regulado por separado, junto con otras conductas emparentadas, en muchas leyes penales: las manipulaciones en el marco de un concurso público, subasta pública o licitación. La doctrina coincide en que aquí no solamente estaría en juego un aspecto supraindividual (la libre competencia o la leal competencia), sino también un aspecto individual (el patrimonio del Estado o del organizador del concurso, subasta o licitación), e incluso el funcionamiento de la administración pública.³⁵ A través de la protección de un bien jurídico económico y supraindividual entendido como la transparencia o la “pureza del proceso de subastas y concursos públicos” se protegen todos los intereses afectados vinculados directa o indirectamente con el funcionamiento del mercado; es decir, el bien jurídico puede ser enunciado como la “libertad de pujas”, “libertad de concursar” o “libertad de acceso e igualdad de oportunidades de los postores”.³⁶ Pero es cierto que, debido a la descripción típica en muchas legislaciones penales (p. ej. el art. 262 CP español de 1995, art. 241 CP peruano de 1991), da la impresión de que se trataría más bien de la protección de bienes jurídicos individuales.³⁷ Lo cierto es que mientras se mantenga la base legal de igual manera que p. ej. en España podrá afirmarse que son protegidos ambos bienes jurídicos, mientras que en un modelo como el alemán (art. 298 StGB), está claro que solamente puede estar en juego la “competencia” pues, en

³⁵ Ver refs. en ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico. Parte especial”, p. 79 y s. Últimamente en este sentido para la doctrina alemana, TIEDEMANN, “Wirtschaftsstrafrecht BT”, p. 79, n. marg. 184; similar HEINE, en Schönke/Schröder, vor §§ 298ff., p. 2485, n. marg. 2.

³⁶ GONZÁLES RUS, p. 332 y s.; FERNÁNDEZ ALBOR, p. 82; LUZÓN CUESTA, “Compendio”, p. 154; MORENO CÁNOVES/RUIZ MARCO, con más argumentos a favor de esta tesis, p. 46 y s.; últimamente también de manera similar MUÑOZ CONDE (“forma específica de determinación de precios en un sector concreto”); “Derecho penal P. E.”, p. 504; cfr. también QUERALT, p. 728.

³⁷ Por eso sostiene MARTÍNEZ-BUJÁN que en el art. 262 del CP español (el texto original menciona erróneamente el art. 265), se trataría de la protección de un bien individual y no sería un delito económico, p. 107.

este último caso, se trata de influir en un proceso de licitación sin empleo de violencia: la entrega de ofertas basadas en un “acuerdo ilícito” (un cártel) que busque hacer que el organizador se decida por determinada oferta.³⁸ En cambio, resulta erróneo entender que la protección penal se restringiría solamente al “patrimonio del Estado”. Precisamente la doctrina alemana resulta aquí esclarecedora, pues cuando ella, antes de la vigencia del art. 298 StGB pretendía subsumir los casos de “cárteles de licitación” dentro del tipo general de “estafa” (protección del patrimonio), fracasó repetidamente debido a la imposibilidad práctica de probar un “perjuicio patrimonial” para el Estado (p. ej. ante la falta de un “mercado” para el producto licitado, o la poca fiabilidad en el precio que pueda obtener de un “mercado comparativo”).³⁹

En general las leyes suelen prever tres modalidades:

1. La solicitud y/o aceptación de dádivas, “promesas” o (mejor) “ventajas” para no tomar parte en un “concurso”, “subasta” o “licitación”. En esto hay similitud con el tipo de cohecho pasivo. En algunas legislaciones se prevé también la modalidad activa: el “ofrecimiento de dádivas...” para no tomar parte en un concurso, subasta o licitación. En España solamente existe la modalidad activa (solicitar), mas no la pasiva (aceptar), lo cual lleva a la impunidad del “partícipe necesario”. En el Perú están previstas ambas modalidades (art. 241, números 1 y 2)
2. El empleo de amenazas para alejar a postores de un concurso, subasta o licitación. Esta es una modalidad clásica. Por cierto que la amenaza ejercida para no participar en una subasta, concurso o licitación (número 2 del art. 241 C. P. peruano) es también un supuesto de coacciones (art. 151 CP peruano), pero, en el caso concreto de los concursos, subastas o licitaciones, se va más lejos pues se reprime ya la “tentativa” (el “intento”) como delito consumado.

³⁸ TIEDEMANN se refiere a una “lesión de la competencia y de un proceso concreto de formación de precios”, “Wirtschaftsstrafrecht BT”, p. 79 y s., n. marg. 186.

³⁹ Ver las referencias en ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho de la libre competencia”, p. 123 y ss.

3. La maniobra de hacer quebrar o abandonar la licitación, tras haber obtenido la adjudicación. Esta modalidad la tiene el art. 262 del C. P. español; ni el C. P. peruano ni el StGB alemán la prevén.

4. La “concertación” para actuar en un proceso de licitación; o sea los cárteles de licitación. Esta modalidad, un auténtico delito contra la libre competencia, constituye el único tipo penal vigente en Alemania (art. 298) y existía en el Perú hasta su reciente derogación (art. 241, número 3: “Conciertan entre sí con el objeto de alterar el precio”). En España esta modalidad recién ha sido introducida por el nuevo C. P. (“se concertaren entre sí para alterar el precio del remate”) y ha sido saludada como reforma necesaria.⁴⁰

Por razones de técnica legislativa, a veces ofrece problemas el saber si la conducta solamente se refiere a “procesos competitivos” públicos en el sentido de que el convocante sería un ente de la administración pública, o también a los “privados”. Según la doctrina española mayoritaria, como el art. 262 se refiere a procesos “públicos” en el tipo básico y luego en el tipo agravado se centra en que el convocante sería la administración pública, el C. P. español se referiría en el tipo básico a una subasta “pública” en el sentido de que sería toda aquella subasta “abierta al público”.⁴¹ En cambio, el tipo peruano solamente se refiere a concursos, etc. “públicos” en el sentido de convocados por la administración pública.

Por otro lado, para el análisis penal es importante revisar la respectiva ley extrapenal que suele consistir en una “Ley de contrataciones y adquisiciones del Estado o de organismos estatales” (en el Perú, la Ley 26850 de 1997), pues allí se definen los términos “licitación pública”, “concurso público”, etc., además de prever casos exentos de sanción debido a que, desde el principio no entran en el proceso de competencia (adjudicación directa, adjudicaciones de menor cuantía, exoneraciones, situaciones de urgencia o emergencia).

⁴⁰ QUERALT, p. 729 y s.

⁴¹ Cfr. MUÑOZ CONDE, p. 505, c. más refs.; QUERALT, p. 730. Ver también en ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico. Parte especial”, p. 83 y s.

En cuanto a la autoría, los tipos están ciertamente contruidos como “delitos comunes”, pero en algunos casos la descripción típica de la modalidad podría restringir el círculo de autores.⁴² Así, en el “cártel de licitaciones” solamente los participantes en el proceso competitivo pueden ser autores. En el caso alemán el círculo de autores se restringiría a individuos que actuaran “en nombre de empresas o asociaciones de empresas que “se encuentran en competencia entre sí” además de que, al coludirse con los otros, realizaran un “acuerdo antijurídico” en el sentido de la ley extrapenal (la GWB).⁴³ También hay una modalidad de delito especial en el tipo español de “quebrar” o “abandonar” una subasta, tras haber ganado la adjudicación. Otros (asesores, terceros, funcionarios públicos si no estuviera prevista su participación por separado) podrían ser considerados partícipes del delito.⁴⁴ Por otro lado, como los participantes en licitaciones suelen ser empresas, aquí tienen que aplicarse las “reglas del actuar por otro” para individualizar al responsable penalmente.

En la modalidad de mayor interés práctico, los cárteles de licitación, se trata de acuerdos de voluntades tendentes a alterar el proceso de competencia; se puede tratar de competidores reales o potenciales que se abstienen de participar, se retiran de la competencia en la que ya están participando o simulan participar pese a que han acordado de antemano los términos de su participación. A diferencia de los otros supuestos, que consisten en actividades unilaterales, aquí los propios participantes acuerdan subrepticamente excluir la competencia entre ellos y, de esa manera, alteran el “precio” (las ofertas que hubieran tenido que dar). Lo ilícito

⁴² Por eso se suele afirmar que no se trata aquí, en principio, de delitos especiales; para la doctrina alemana ver por todos, HEINE en Schönke/Schröder, § 298, n. marg. 17, p. 2489.

⁴³ Cfr. TIEDEMANN, “Wirtschaftsstrafrecht BT”, p. 80 y s., n. marg. 188 y ss.

⁴⁴ También en Alemania se admite (aunque técnicamente no se hable de un “delito especial”) una restricción del círculo de autores pues el verbo rector describe a quien “entrega una oferta basada en un acuerdo ilícito”, TIEDEMANN, “Wirtschaftsstrafrecht BT”, p. 80 y s. esp. n. marg. 190. Tras la reforma de la GWB en el 2005 sería posible ahora incluir en el tipo penal al “organizador” de la licitación y, además de aquél que entrega la propuesta a nombre de la empresa, también al “titular” o “representante”; ver *ibidem*, nota 190.

radica en la concertación prohibida que ataca directamente a la “competencia necesaria”; por ello no se necesita probar que se han producido “beneficios” en los actores. Esta modalidad constituye lo que la doctrina tradicional denomina delito de peligro abstracto, aunque, desde la perspectiva de la “libre competencia”, en realidad se trata de un delito de lesión pues elimina el proceso de formación de precios a través de una libre competencia entre postores.⁴⁵

En general, no se exige algún “resultado” para la consumación, ni en forma de perjuicio patrimonial o “peligro al patrimonio”.⁴⁶ Esto es correcto porque, aparte de que resultaría ocioso exigir la verificación de un perjuicio patrimonial para el organizador (de difícil prueba; tendría que recurrirse a la “competencia hipotética”) en realidad lo perjudicado es la competencia.⁴⁷ Es más, en algunos supuestos el “precio hipotético” podría resultar menor que el manipulado (p. ej. en el marco de una competencia ruinosa). En España, sin embargo, en la modalidad de “abandonar o quebrar” una subasta, se necesita un resultado: el “efectivo abandono”.⁴⁸

En el tipo subjetivo se suele exigir *dolo* en todas las modalidades. Pero en parte la doctrina señala que en algunas modalidades podría necesitarse también un elemento subjetivo adicional: la intención de querer “alterar el precio”. P. ej. en la modalidad de “concertación” o cuando se intenta alejar de la subasta a otro.⁴⁹ Pero por lo menos en el primer caso resulta exagerado exigir tal elemento subjetivo adicional; la intención de “eliminar compe-

⁴⁵ En este último sentido, c. más refs. TIEDEMANN, “Wirtschaftsstrafrecht BT”, p. 79 y s., n. marg. 186. En el sentido de un delito de peligro abstracto, HEINE, en Schönke/Schröder, § 298, n. marg. 2, p. 2486.

⁴⁶ QUERALT, p. 730; MUÑOZ CONDE, p. 506; ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico. P. E.”, p. 90 y s.

⁴⁷ También para Alemania, TIEDEMANN, “Wirtschaftsstrafrecht BT”, p. 79 y s., n. marg. 186

⁴⁸ MUÑOZ CONDE, p. 506.

⁴⁹ QUERALT, p. 730; MUÑOZ CONDE, p. 506.

tidores” (e indirectamente alterar el precio de los bienes o servicios) suele ser reflejo de la conducta anticompetitiva típica.⁵⁰

En Europa, debido al proceso de armonización, las legislaciones penales están poco a poco incluyendo también en los tipos penales la protección de intereses comunitarios. Así, en Alemania, el art. 298 también abarca casos relacionados con licitaciones de la Unión Europea o basados en el Derecho de la Unión Europea, pero no licitaciones extranjeras fuera de la Unión Europea.⁵¹

En el caso de las “licitaciones y concursos”, se trata de procesos de competencia para la contratación con el Estado que la ley debe proteger. En este caso no solamente se protege un proceso de competencia concreto (durante una subasta, un concurso público o una licitación pública), sino también los intereses de la propia administración pública. Por eso se suele hablar aquí de un bien jurídico tutelado sui generis conocido como “la pureza del proceso de subastas y concursos”.⁵²

Hay que señalar aquí, que la intervención del funcionario público, cuando se trata de la modalidad de “concertación” usualmente es prevista por separado, como delito contra la administración pública (“fraude a la administración pública”; art. 436 CP español, art. 384 CP peruano) que prevé el caso en que los funcionarios públicos, encargados del proceso de contratación con la administración pública, favorecen a postores en épocas previas, simultáneas o posteriores de la convocatoria y adjudicación.⁵³ En

⁵⁰ Ver c. refs. en ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico. Parte especial”, p. 91 y s.

⁵¹ Cfr. TIEDEMAN, “Wirtschaftsstrafrecht BT, p. 81 y s., n. marg. 192 y s.

⁵² Ver más referencias en ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico. Parte especial”, p. 80 y s.

⁵³ Según mi interpretación, el tipo penal del art. 384 CP peruano, conocido, de manera inexacta, como “colusión ilegal”; solamente sería aplicable cuando el funcionario público actuase en el contrato mismo con el ganador del concurso o licitación o en etapas posteriores de modificaciones, ajustes y ejecución del contrato; en cambio, el funcionario público puede ser autor del segundo supuesto del art. 241 o partícipe del tercer supuesto; ver esta propuesta anteriormente en ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico. Parte especial”, p. 90, 93 y s.

los demás casos, salvo previsión legal específica, nada impide que el funcionario público pueda ser tenido por partícipe de la respectiva modalidad delictiva.

En Chile, para los “fraudes de subastas” se tiene al artículo 287 del C. P., similar a la segunda modalidad prevista en el art. 241 del C. P. peruano: el alejamiento de postores de una “subasta pública” mediante “amenaza” o cualquier otro “medio fraudulento” con la finalidad de “alterar el precio del remate”. Aparte de lo restringido que es este tipo penal (se refiere solamente a “subastas públicas”), presenta también el inconveniente de contener expresamente un elemento subjetivo (la finalidad de alterar el precio de las cosas) que, como se ha dicho arriba es innecesario y, por lo demás, casi imposible de demostrar.

2.4 La excepción a la libre competencia: protección de la economía regulada

Desde los inicios de la vida organizada a través de un Estado se ha podido observar que éste ha recurrido a la legislación penal para proteger el abastecimiento de los mercados y, de manera más directa, los intereses económicos y la salud de los consumidores finales. En épocas más modernas se habla por ello de un bien jurídico “interés de los consumidores” y se ubica allí, además de los tipos de “adulteración de productos”, “falseamiento de productos”, etc., también los delitos de “acaparamiento” (detracción del mercado), “especulación” (agiotaje). Sin embargo, esta conceptualización no es tan exacta: mientras que los primeros ilícitos se refieren a atentados contra regulaciones específicas propias de todo mercado libre (el contenido de los productos, normas de salubridad, etc.), los últimos son más problemáticos pues son difíciles de justificar en un sistema de economía de mercado. No se trata con ellos de proteger la “libre competencia”, ni siquiera directamente a los consumidores, sino de salvaguardar el “equilibrio del mercado” ante una situación anómala, extraordinaria, de

distorsiones del libre juego de la oferta y la demanda.⁵⁴ Aparte de que el origen de estos tipos penales sea explicable por haber constituido una respuesta legal a situaciones producidas en épocas ya superadas de planificación económica, su mantenimiento como tipo penal suele ser considerado inofensivo y hasta deseable. Y es que es teóricamente posible su aplicación práctica cuando, ante situaciones excepcionales (p. ej. catástrofes), existiere en el país o en una parte de él la necesidad de un control estricto de precios, del abastecimiento o de la calidad de los productos.⁵⁵

En épocas “normales” de funcionamiento del libre mercado el acaparamiento (o la “detracción”) de productos sería prácticamente imposible pues la motivación de tal conducta presupone la existencia de un desbalance serio entre la oferta y la demanda que prometa ganancias considerables a través de una adquisición y almacenamiento masivos de bienes para inducir (o incrementar) su escasez y poder luego exigir precios muy superiores a los de su adquisición. Ello solamente sería posible como “conducta concertada” o como “abuso de posición monopólica u oligopólica” y para tales casos ya existe la protección legal que se ha descrito más arriba. También la especulación (de precios) sería “problemática” en épocas normales pues presupone que, fuera de los casos previstos ya como “prácticas restrictivas de la competencia”, no sería posible una imposición de precios superiores al (promedio) del mercado porque el consumidor siempre tendría a disposición otros lugares donde adquirir o vender productos o servicios. Sin embargo, estos casos son posibles de especulación y acaparamiento si sería posibles en situaciones (realistas) de defectos del funcionamiento del mercado: carestías, guerras, crisis

⁵⁴ ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico. Parte especial”, p. 203 y s.; TIEDEMANN, “Wirtschaftsstrafrecht BT”, 2da. ed., p. 103, n. marg.247. MARTÍNEZ-BUJÁN sostiene que se protegen tanto los intereses de los consumidores como también el libre mercado, p. 100 y s.; MUÑOZ CONDE, p. 499.

⁵⁵ Ver al respecto ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico. Parte especial”, p. 202 y ss.; “Derecho penal económico. Consideraciones...”, p. 119. Sobre la legislación alemana que introdujo similares tipos penales después de la 2da. Guerra Mundial y los derogó en 1954, TIEDEMANN, “Poder económico y delito”, p. 22.

etc. Aparte de esto también es posible, en un marco geográfico más limitado, la situación de emergencia debido a fenómenos naturales que provocan desabastecimientos, dificultades de acceso a determinados mercados, etc.;⁵⁶ estos casos suelen ser previstos como supuestos agravados (p. ej. en España y Perú).

Por otro lado, como los tipos penales de acaparamiento (detracción) y especulación se refieren a determinados productos y servicios (los de primera necesidad, etc.) los alcances del tipo penal no son tan exagerados. El elemento “bien de primera necesidad”, por cierto, no es fácil de interpretar. Se tiene que hacer necesariamente una valoración que incluya, por un lado, bienes que son indispensables para cualquier persona en una sociedad moderna (alimentos básicos, agua, energía eléctrica, vivienda, vestimenta), pero por otro lado también a aquellos bienes y servicios que son en concreto indispensables según las tradiciones (determinados alimentos, objetos religiosos, etc.) o costumbres (determinado alimento, vestimenta, etc.), nivel cultural (libros, teatro, conciertos, etc.) o incluso nivel de vida (teléfono, televisores, lavadoras, automóviles, computadoras, etc.) del país de que se trate. En Alemania, por eso, se propone más bien una definición negativa: en lo esencial se descartan, como bienes de primera necesidad, solamente a los bienes suntuarios.⁵⁷ Esta falta de precisión ha merecido críticas, aunque resulta difícil la tarea de precisar más un concepto tan ambiguo y cambiante como el analizado.⁵⁸ Similares problemas en la búsqueda de parámetros para medir la “desproporción” entre el precio abusivo y el ficticiamente justo se presenta en el tipo de “usura” que en algunas legislaciones y doctrinas es considerado como un delito económico.

⁵⁶No sin razón se señala que, en la práctica, estos deberán ser los casos más importantes. MARTÍNEZ-BUJÁN, p. 104. MUÑOZ CONDE se refiere, en cambio, al interés de los consumidores; p. 499.

⁵⁷TIEDEMANN, “Wirtschaftsstrafrecht BT”, n. marg. 247, p. 103.; cfr. También ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico. Parte especial”, c. más refs. p. 218 y s.

⁵⁸ Siguiendo a la doctrina italiana MARTÍNEZ-BUJÁN sugiere el concepto “productos alimenticios de consumo generalizado, aunque también reitera la conveniencia de dejar a la normativa extrapenal el llenado del concepto; p. 102 y s.

Salvo que se tratare de casos en que el propio Estado y sus dependencias fijaran los precios, en una economía libre siempre existirá un margen de precios. El problema práctico será, entonces, determinar cuándo, en una situación de distorsión, se habrá superado dicho margen; mejor dicho cuándo el alza de precios es “desproporcionada”, “inapropiada”, “abusiva”. El problema está en que, bajo el libre juego de la oferta y demanda, precisamente se trataría de precios “naturales” cuando estos fueran elevados debido a una repentina mayor demanda y menor oferta de determinado producto o servicio. Cualquiera que fuere la situación de distorsión, resulta por ello indispensable recurrir a un parámetro como el “precio ficticio de mercado” o el “precio hipotético de competencia”, o sea aquel precio que resultaría si la libre competencia estuviera en funcionamiento.⁵⁹

Como se dijo arriba, todos los países suelen contar en su legislación penal, con tipos penales que reprimen las conductas de acaparamiento (detracción) de productos y especulación de precios. En Alemania, se mantiene aún tipos penales en leyes especiales referidos al “alza (abusiva) de precios”. Así la Ley Penal económica de 1954 (WiStG 1954) contiene tipos contravencionales en sus artículos 4 (elevación abusiva de precios de bienes de necesidad vital) y art. 5 (elevación abusiva del precio de alquileres). Además se prevé un tipo de “usura” en el art. 291 StGB que suele ser considerado como delito económico aunque no proteja directamente ni la libre ni la leal competencia, sino más bien el patrimonio de la víctima.⁶⁰ La conducta punible resulta reprochable por el aprovechamiento de un situación de urgencia del afectado; este último es típicamente impune por tratarse de delito de “participación necesaria”.⁶¹ El elemento más problemático aquí es el de

⁵⁹ TIEDEMANN, c. más refs. “Wirtschaftsstrafrecht. BT”, 2da. ed., p. 103 y s., n. marg. 248. En la jurisprudencia, debido a la inseguridad en la aplicación de este criterio, se admite la “inapropiedad” recién cuando se superara el precio ficticio de mercado en un 30 por ciento; *ibidem*.

⁶⁰ Cfr. C. más refs. TIEDEMANN, entendiendo que su caracterización como delito económico sería posible si se considerara dentro de la protección la “libertad de contratar” como institución del sistema *Wirtschaftsstrafrecht* BT, 2da. ed., p. 105, n. marg. 257 y s.

⁶¹ TIEDEMANN, “Wirtschaftsstrafrecht BT”, 2da. ed., n. marg. 275 y s., p. 110 y s.

la “falta de relación” entre la prestación solicitada y la prestada, para la cual se recurre a la investigación del “valor de mercado”, o sea, teniendo en cuenta el contexto territorial y temporal así como las peculiaridades de los mercados específicos; si no se pudiera investigar esto o no existiera se tiene que recurrir a la difícil figura del “precio hipotético de mercado o, por último a criterios sustitutos como “el precio apropiado o el precio justo”.⁶²

En España está vigente el tipo de “detracción de productos” (art. 281), la “publicidad falsa” (art. 282) y la “facturación ilícita” (art. 283). La publicidad falsa, sin embargo, suele ser vista como un delito contra los “consumidores” debido a que es elemento del tipo la idoneidad para perjudicar el patrimonio de éste (ver abajo).

En Perú el artículo 233 (acaparamiento de productos de primera necesidad) ha sido incomprensiblemente derogado por la nueva Ley administrativa de represión de conductas anticompetitivas (D. Leg.1034 de 25 de junio de 2008), pues, como ya se dijo, el tipo penal no es totalmente ajeno a la realidad. Es cierto que la técnica de tipificación no ha sido la mejor pues el tipo básico se refería a meras acciones de acaparamiento y sustracción del mercado (en épocas normales) de cualquier producto y, recién en un segundo párrafo se preveía como agravante que la acción se refiriera a productos de primera necesidad, aparte de regir la “agravante común” (también para la especulación y la adulteración) de que los hechos se produjeran “en época de conmoción o calamidad públicas” (art. 236). En cambio se mantiene el tipo penal de “especulación” (art. 234) que contiene dos tipos: la venta de productos de primera necesidad a precios superiores a los oficiales, “agiotaje” (párrafo 1) y venta de bienes y prestación de servicios a precios fijados arbitrariamente (párrafos 2 y ss.). Ambos casos se agravan cuando los hechos se ejecutaren en épocas de conmoción o calamidad públicas.

⁶² Cfr. c. más refs. TIEDEMANN, “Wirtschaftsstrafrecht BT”, 2da. ed., p. 106 y s.

3. DELITOS CONTRA LA LEAL COMPETENCIA

3.1 El concepto “leal competencia”

En el Derecho extrapenal se reconoce que la “competencia” tiene dos aspectos: el de la “libertad”, entendido como derecho a y deber de competir, y el de la lealtad, es decir, un deber relacionado con la forma cómo debe realizarse la competencia. Luego, pueden existir formas y métodos prohibidos por constituir “competencia desleal” en contra de los demás competidores y de los consumidores.

En el área extrapenal, después de una larga evolución histórica, se ha llegado a cimentar una disciplina autónoma del Derecho encargada de la protección legal de la “leal competencia”. Y en ello ha quedado claro que tal protección no solamente interesa a las empresas competidoras, sino también a los consumidores. Luego, la protección no es ahora una cuestión meramente privada (problema entre los competidores), sino ha pasado a tener carácter público pues con ella se quiere preservar un mercado competitivo (“modelo social”) en beneficio de todos.⁶³

Existen muchas conductas constitutivas de “competencia desleal”. Un Derecho penal respetuoso de los principios de ultima ratio y fragmentariedad tendrá que escoger de entre todas ellas a las más graves. Por lo general se considera como muy grave, y por lo tanto merecedora de sanción penal, a la “publicidad engañosa” (debido a su potencialidad para atentar también contra los intereses de los consumidores). La legislación y doctrina comparadas también incluyen al “espionaje industrial” y a la “revelación de secretos”. El merecimiento de pena no es igual para todas las conductas desleales; dependerá no solamente de los intereses involucrados (usualmente será mayor cuando, además de los competidores actuales, también se vieran involucrados directamente los intereses de los consumidores que cuando solamente),

⁶³ MOLINA BLÁZQUEZ, p. 50 y ss.; c. más ref. ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico. Parte especial”, p. 99 y s.

sino también de las necesidades del país en el cual se realizaren las conductas.

3.2 La “publicidad engañosa”

La publicidad comercial constituye, en un sistema de economía de mercado, un instrumento de los agentes económicos para dar a conocer al público sus productos y servicios. En una publicidad comercial moderna, se tienen que distinguir distintos tipos de publicidad y deslindar aquellos que constituyen “competencia desleal” de los que son lícitos; la doctrina y legislación extrapenales distinguen aquí distintos términos: publicidad abusiva, publicidad subliminal, publicidad despectiva, publicidad comparativa, etc.⁶⁴ Entonces, si se quiere el refuerzo penal, tendría que reprimirse penalmente sólo aquellas conductas de “publicidad comercial” que merezcan mayor reproche penal.⁶⁵ En la doctrina penal se ha escogido la modalidad de “publicidad engañosa” para la descripción de un injusto penal grave, aunque su configuración típica no siempre contiene los mismos elementos en todas las legislaciones penales.

El C. P. peruano, a diferencia del art. 282 español, había optado por considerar este delito como un delito “contra la competencia” pues no exige que la conducta típica tienda a causar un perjuicio para los consumidores; el reproche penal estaba dirigido directamente contra el empleo de una conducta publicitaria desleal (engañosa). Pero esto presenta dificultades para establecer una clara distinción entre el ilícito administrativo y el penal. Puede buscarse una diferenciación interpretativa restringiendo los alcances del tipo penal a través de algunos elementos: empleo de una “afirmación objetivamente falsa” (el ilícito administrativo admite también la “afirmación verdadera”), el empleo de un medio publi-

⁶⁴ C. más refs. ver una exposición breve de la doctrina extrapenal al respecto en ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico P. E.”, p. 133 y ss., QUERALT, p. 732 y ss.

⁶⁵ Uno de los casos más graves, pero que curiosamente no está previsto expresamente en ninguna ley penal conocida es la “publicidad subliminal”, que como acertadamente exige QUERALT, debería merecer respuesta penal; ver p. 733.

citario dirigido a un “número indeterminado” de personas (y no cualquier forma de publicidad comercial), y una elevada idoneidad de la afirmación falsa para engañar a un “consumidor razonable” (el ilícito administrativo protege de manera más amplia al “consumidor promedio” o incluso al incauto).⁶⁶ En la actualidad, la nueva Ley peruana de represión de la competencia desleal, el D. Leg. 1044 de 26-06-2008, ha derogado expresamente tanto el tipo penal de publicidad engañosa del art. 238 como también la punibilidad de otras conductas desleales (la “venta de productos a precios diferentes a los anunciados del art. 239 y los actos de competencia desleal del art. 240). Es decir, actualmente en el Perú solamente rige la protección administrativa básicamente a través de los tipos de publicidad engañosa y encubierta (art. 16 y publicidad abusiva (art. 18) del Decreto Legislativo 1044.

En Alemania, la “publicidad engañosa” está prevista fuera del StGB en el art. 16 de la Ley contra la competencia desleal (UWG). Al igual que en el derogado tipo penal peruano, el tipo alemán gira alrededor de la conducta desleal que, a su vez, por incluir el elemento “engaño” puede verse como una modalidad anticipada de “estafa”. El contexto aquí está dado el ámbito publicitario donde los responsables de una publicidad comercial no deben presentarla de tal manera que sea “capaz de inducir a error” al destinatario de la publicidad (el consumidor). Éste es el tenor del art. 4 de la UWG alemana y que se maneja también a nivel del Derecho Comunitario Europeo. Como aquí no interesa el perjuicio económico para la tipicidad penal, el injusto se centra en la acción engañosa, pero aquí no puede bastar con cualquier “engaño” pues la “publicidad comercial”, si no se la quiere restringir excesivamente atentado contra la libertad de expresión y

⁶⁶ Al respecto, c. ej. y más ref. ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico”, 2000, p. 145 y ss. TIEDEMANN admite el criterio del “consumidor atento y razonable, pero advierte que el anterior criterio del “consumidor descuidado” del antiguo art. 6 UWG estaba justificado por razones de protección social del Estado ante determinadas personas (mayormente personas de edad avanzada), quienes frecuentemente eran engañados a través de una serie de modalidades (todavía aplicadas) de publicidad que, bajo pretextos y promesas, inducía a participar en excursiones de carácter publicitario (Kaffeefahrten); ver, con ejemplos y refs. “Wirtschaftsstrafrecht BT”, 2da. ed., p. 93 y s., n. marg. 223 y ss.

de actuación económica, por su propia naturaleza tiende la exageración con fines de inducir a la adquisición del producto ponderado. Por eso, la doctrina emplea un modelo de “consumidor” en el cual se reflejaría la idoneidad del engaño. Aquí, sin embargo, existen muchas posibilidades. Y mientras la justicia penal alemana maneja el criterio de un “consumidor promedio” (o descuidado), en la Unión Europea se toma por modelo al “consumidor razonable” (o acucioso); en el primer caso, la protección penal es más amplia que en el segundo, pues también se protege al consumidor imprudente.⁶⁷

En España, el actual art. 282 del C. P. constituye la consagración legislativa de la protección del “interés de los consumidores” y no la de la “lealtad competitiva”. Antes de darse en actual C. P., sin embargo, se había discutido si debería introducirse un tipo penal de protección de la lealtad competitiva. Reflejo de esta postura fueron el art. 342 del Proyecto español de 1980 y el art. 279 de la propuesta de Anteproyecto de 1983.⁶⁸ Esta concepción fue descartada y actualmente, el art. 282 del C. P. español está destinado a proteger directamente a los consumidores en su “derecho a obtener una información veraz”.⁶⁹ Esta decisión político-criminal se manifiesta también en el distinto uso de términos empleados tanto en la ley penal como en la lex extrapenal (la Ley General de Publicidad española); la ley penal se refiere a una “publicidad abusiva” mientras que la ley extrapenal, de manera más técnica, a la “publicidad engañosa”.⁷⁰ El tipo penal es considerado una modalidad anticipada de la “estafa” y, desde esta perspectiva, constituye un delito de peligro pues no requiere el efectivo perjuicio patrimonial,⁷¹ pero sí se necesita una “idoneidad” o “aptitud” de

⁶⁷ Al respecto TIEDEMANN, destacando el conflicto entre la interpretación del Derecho penal nacional y el europeo supranacional a este respecto, en LK, 11ra. ed., com previos art. 263, n. marg. 40; también ampliamente sobre el tema ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico. Parte especial”, p. 159 y ss.

⁶⁸ Ver las refs. al respecto y sobre la discusión en ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico. Parte especial”, p. 138.

⁶⁹ Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN, p. 80 y s.; MUÑOZ CONDE, p. 500.

⁷⁰ Crítica acertadamente esta “dislexia legislativa”, QUERALT, p. 732, 733.

⁷¹ MUÑOZ CONDE, p. 500 y s.

dicho peligro.⁷² Luego, como el “engaño” no incluye a las exageraciones propias de la publicidad comercial,⁷³ no habrá “idoneidad” en ellas sino solamente en aquellas “alegaciones falsas” que puedan realmente causar engaño en el consumidor. Y para constatar ello podría entrar a tallar la discusión arriba señalada sobre el tipo de “consumidor” (razonable, promedio, etc.), es decir si el engaño es tal que podría llevar a un consumidor (razonable, promedio, descuidado) a creer en la alegación falsa. En un sentido similar a esto parte de la doctrina hispana centra la idoneidad de peligro grave en el “interés socioeconómico” de los consumidores,⁷⁴ aunque otra parte lo hace en relación con la “seguridad de las personas”.⁷⁵ El problema no es sencillo pues el reproche penal típico no se dirige a la deslealtad sin más de la publicidad sino la vincula con un “peligro” (grave) para los consumidores. Por ello, en el tipo penal español es posible tanto una como la otra interpretación e incluso parece ser que la segunda encajaría mejor con el modelo conscientemente elegido por el legislador español. También se discute en la doctrina si el ámbito publicitario descrito en el tipo (la “oferta publicitaria”) podría ir más allá de la publicidad “masiva”, es decir también abarcaría la “oferta individual” (acercamiento a la estafa).⁷⁶ El delito es siempre doloso y el dolo abarca la idoneidad del peligro creado.⁷⁷ Y como el tipo penal se refiere a “fabricantes o comerciantes” se trata de un *delito especial*, en el cual todos los demás participantes solamente podrían ser partícipes.⁷⁸ Resulta curioso que precisamente el mayor implicado en la conducta publicitaria, el “anunciante” (empresa publicitaria), tendría que quedar fuera del círculo de autores.⁷⁹ Y al tratarse de un tipo de idoneidad, aunque no se necesite un re-

⁷² MARTÍNEZ-BUJÁN, p. 86 y s. QUERALT, en el mismo sentido, hace una interpretación del elemento típico de “perjuicio grave y manifiesto”.

⁷³ MARTÍNEZ-BUJÁN, p. 85; MUÑOZ CONDE, p. 501; QUERALT, p. 734.

⁷⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN, p. 87; MUÑOZ CONDE, p. 501.

⁷⁵ QUERALT, p. 734.

⁷⁶ En este sentido, MUÑOZ CONDE, p. 501. Exige que la oferta individual se realice “sucesivamente con idénticas características a varias personas”, MARTÍNEZ-BUJÁN, p. 83.

⁷⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN, p. 88 y s.

⁷⁸ MUÑOZ CONDE, p. 502.

⁷⁹ Como acertadamente observa MARTÍNEZ-BUJÁN, p. 89.

sultado de perjuicio, eso no quiere decir que no pueda ser posible la tentativa pues cuando la “publicidad abusiva” (alegación falsa idónea) fuera descubierta antes de que ésta sea dada a conocer al público.⁸⁰

El *Proyecto de Ley de 2007* no ha modificado nada en cuanto al tipo básico de “publicidad engañosa” (art. 282), a excepción de la novedad general de la punibilidad de personas jurídicas (arts. 288bis), pero ha agregado un supuesto más, que podría encajar ya en el tipo general de “estafa” (como tentativa) o puede ser visto como equivalente al tipo alemán de “fraude en la inversión de capitales” (art. 264a):

Art. 282bis: “Los que como administradores de hecho o de derecho de una sociedad que cotice en el mercado de valores, falsearan las informaciones que la sociedad debe publicar y difundir conforme a la legislación del mercado de valores, de modo apto para producir engaño y de ese modo consiguieran captar inversores u obtener créditos o préstamos, serán castigados con la pena de prisión de uno a cuatro años, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 308 de este Código [delito de fraude de subvenciones]”.

3.3 Otras conductas desleales

En el Perú, aparte de la “publicidad engañosa” (art. 238 C. P.), el legislador penal peruano había considerado punibles dos supuestos específicos de “competencia desleal”: la explotación de la reputación ajena (numeral 1 del art. 240 C. P. equivalente al art. 14 del D. L. 26122) y los actos de denigración (numeral 2, equivalente al art. 11 del D. L. 26122). Pero, la nueva “Ley de represión de la competencia desleal” (Decreto Legislativo 1044, publicado el 26 de junio de 2008) ha derogado expresamente todos estos artículos. Junto con otras modalidades de “competencia desleal”, estos supuestos han quedado solamente como ilícitos administrativos: la publicidad engañosa (arts. 16 a 18), los actos

⁸⁰ Así, c. más refs. MARTÍNEZ-BUJÁN, p. 89; igualmente para el caso peruano y alemán (en el cual la tentativa de este delito es de lege lata impune), ver las refs. en ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico. Parte especial”, p. 184 y s.

de explotación de la reputación ajena (art. 10) y los actos de denigración (art. 11).

No obstante, si bien es hasta cierto punto comprensible la actitud del legislador de descriminalizar estas conductas, no lo es que hasta ahora mantenga como mero ilícito administrativo los casos más graves de “revelación de secretos” y “espionaje industrial” que suelen ser considerados como más graves en la legislación y doctrina comparadas.⁸¹ En la nueva ley s (D. Leg. 1044) son considerados como “actos que alteran indebidamente la posición competitiva propia o ajena” los “actos de violación de secretos empresariales (art. 13) y los “actos de sabotaje empresarial” (art. 15).⁸²

Y el legislador peruano también va en contra de la tendencia mundial cuando no considera la punibilidad de la “corrupción privada” (o “corrupción en el tráfico mercantil” según el nomen juris alemán).⁸³

⁸¹ Antes de la reforma española, MOLINA BLÁZQUEZ consideraba p. ej. que, en razón del principio de “mínima intervención”, deberían considerarse como delito, al lado de la publicidad engañosa y la denigración del competidor, la violación de secretos empresariales y el espionaje industrial; ver, p. 435 y s.

⁸² Artículo 13º.- Actos de violación de secretos empresariales. Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, lo siguiente:

a) Divulgar o explotar, sin autorización de su titular, secretos empresariales ajenos a los que se haya tenido acceso legítimamente con deber de reserva o ilegítimamente.

b) Adquirir secretos empresariales ajenos por medio de espionaje, inducción al incumplimiento de deber de reserva o procedimiento análogo.

Artículo 15º. Actos de sabotaje empresarial.

15.1. Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, perjudicar injustificadamente el proceso productivo, la actividad comercial o empresarial en general de otro agente económico mediante la interferencia en la relación contractual que mantiene con sus trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, y que tengan como efecto inducir a estos a incumplir alguna prestación esencial o mediante una intromisión de cualquier otra índole en sus procesos o actividades.

15.2. Los actos que impliquen ofrecer mejores condiciones de contratación a los trabajadores, proveedores, clientes o demás obligados con otro agente económico, como parte del proceso competitivo por eficiencia, no constituyen actos de sabotaje empresarial.

⁸³ Al respecto me he manifestado por su punibilidad en diversas ocasiones; ver ABANTO VÁSQUEZ en “Derecho penal económico. Parte especial”, p. 108; “Delitos contra la administración pública...”, p. 415 y ss.

En Alemania, existen otros tipos penales de “conducta desleal” previstos en la “Ley contra la competencia desleal” (UWG): aparte de la “publicidad engañosa” (art. 16 UWG) la “revelación de secretos” (art. 17, primer párrafo UWG), el “espionaje industrial” (art. 17, segundo párrafo UWG) y el “aprovechamiento indebido de modelos de utilidad” (art. 18 UWG). En España, donde como se ha dicho arriba, la “publicidad engañosa” es más bien un delito contra los consumidores, la auténtica protección penal de la leal competencia es brindada a través de los tipos de “revelación de secretos industriales y comerciales” en los arts. 278 a 280.⁸⁴ Tomando como modelo al C. P. español se pueden apreciar dos grupos distintos de conductas punibles relacionadas con los “secretos empresariales”:⁸⁵

1. *La revelación de secretos de empresa* por quien está laboralmente vinculado a la empresa perjudicada o tenga un deber de reserva frente a ella (auditor, consultor, miembros de otra empresa con acceso al know-how de aquélla). Si bien hay consenso en que quien labora para una empresa tiene un “deber de sigilo” en relación con los secretos de aquélla, se discute la duración de ese deber después del cese en el puesto de trabajo. Se sugiere en la doctrina establecer un plazo de vigencia de dicho deber o, ligar el injusto de la revelación al hecho de que implique competencia desleal (p. ej. si se revela el secreto precisamente a una empresa competidora en el mercado).

La acción típica de “revelar”, “develar” o “descubrir” no necesita que se dirija a un extenso o indeterminado número de personas; para que se consuma el delito basta con que se ponga en conocimiento de otro el secreto, sin necesidad incluso de que éste lo haya entendido inmediatamente (pero debe existir la posibilidad de que lo haga) pues en ese caso ya se produjo el desvalor del acto (violación del deber de sigilo) y el desvalor del resultado

⁸⁴ En juego estaría la “capacidad competitiva de las empresas” como expresión de la “competencia leal”; ver por todos MUÑOZ CONDE, c. más refs., p. 494.

⁸⁵ Ver sobre los tipos penales españoles que se explican resumidamente a continuación, c. más ref., entre otros, MARTÍNEZ-BUJÁN, p. 62 y ss.; MUÑOZ CONDE; p. 493 y ss.; MORALES PRATS/MORÓN LERMA Quintero, “Comentarios...”, p. 1413 y ss.

(peligro para la capacidad competitiva de la empresa no basada en la mayor eficiencia del competidor). Estas conductas están previstas en el art. 279 C. P. español.

Adicionalmente se suele sancionar el aprovechamiento indebido del secreto cedido en principio legalmente (art. 280 C. P. español). P. ej. cuando se excede de la autorización dada por el titular, o incluso el aprovechamiento de secretos obtenidos ilegalmente por terceros, sin haber el primero participado en este último acto. También se puede pensar en una modalidad atenuada cuando el sujeto activo (ex-trabajador) aprovecha el secreto para sí mismo sin entrar en competencia con la empresa titular del secreto, pues aquí la capacidad competitiva de la empresa se ve menos perjudicada.

En ambos casos se suele exigir el ánimo de lucro o la intención de perjudicar al titular, a fin de limitar la persecución penal a los casos más graves.⁸⁶

2.- El espionaje industrial, consistente en una conducta destinada, específicamente, a descubrir secretos industriales de una empresa utilizando terceros ajenos a ésta (“espías”). La conducta puede consistir en el apoderamiento de documentos, datos informáticos, etc. mediante cualquier medio (grabación de sonido, archivo electromagnético de datos, imágenes, etc.). La conducta típica se consume con el peligro (idóneo) de la conducta dirigida a descubrir el secreto. Obviamente, la conducta puede realizar también otros tipos penales comunes (daños, violación de domicilio). Esta modalidad está prevista en el art. 278 C. P. español. El C. P. peruano no prevé un tipo similar, aunque sí existen sendas modalidades como ilícito administrativo en la Ley de represión de la competencia desleal (Decreto Legislativo 1044): actos de violación de secretos empresariales (art. 13) y actos de sabotaje empresarial (art. 15).

⁸⁶ Esto es recomendado también por MOLINA BLÁZQUEZ, 1993, p. 422.

4. LA “CORRUPCIÓN PRIVADA”

Los supuestos de corrupción privada (o “corrupción de empleados” o “corrupción en el tráfico comercial”) se asemejan al “cohecho” tradicional en cuanto a que se influye secretamente en una persona en la cual se ha depositado “confianza” para decidir sobre algo; de manera más concreta se trata de una persona que tiene el deber de decidir, de manera objetiva, sobre un asunto o que debe contribuir con sus esfuerzos o conocimientos acostumbrados a un resultado positivo esperado. Pero a diferencia del “cohecho” tradicional, en la corrupción privada, el sujeto activo no tiene la cualidad de “funcionario público”, sino un “empleado” que actúa en el marco de cualquier actividad empresarial (un concurso público, una competencia de calidades, una competencia deportiva, etc.).⁸⁷ Una modalidad de esta figura es la que está estrechamente vinculada con los delitos contra la leal competencia: el soborno a empleados privados para obtener alguna información sobre la empresa para la cual trabajan (“soborno comercial” o “revelación de secretos”).⁸⁸ La dañosidad de estas prácticas ha sido destacada en la doctrina;⁸⁹ la empresa afectada puede sufrir perjuicios de todo tipo, dependiendo del objetivo de la maniobra corruptora: si se sobornó al empleado para obtener condiciones favorables en la contratación, la empresa del sobornado podría recibir una contraprestación de menor calidad o pagar un precio superior al del mercado; si el soborno buscaba que el empleado revelara secretos empresariales, la afectada perderá el valor que estos secretos importen, etc.

En la actualidad ya no se discute sobre la dañosidad social de las conductas de “corrupción privada” (que no pocas veces van de la

⁸⁷ Ver, c. más refs. TIEDEMANN, “Wirtschaftsstrafrecht. BT”, p. 93 y ss., n. marg. 195 y ss.; HEINE, en Schönke/ Schröder, § 299, p. 2491 y ss.; VORBAUM, p. 649 y ss.; TINKL, p. 126 y ss.; ABANTO VÁSQUEZ, “Los delitos contra la administración pública...”, p. 415 y ss.

⁸⁸ C. más ref., ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico”, 2000, p. 400 y ss.

⁸⁹ TIEDEMANN, “Welche strafrechtliche Mittel...”, p. C 63; remitiéndose al primero, DÖLLING, “Empfehlen sich Änderungen...”, p. C 27.

mano con casos de “corrupción de funcionarios públicos”), pues ha quedado claro que atentan tanto contra la “libre y leal competencia” como también contra el patrimonio de las empresas afectadas.⁹⁰ Pero también se afecta al interés de los propios consumidores, quienes son los que, en buena cuenta, “financian” el costo de la “corrupción privada” al pagar un precio más elevado por los productos o servicios que ellos finalmente compran o contratan al afectado. En los últimos años en Alemania, donde recién desde 1997 se reprime penalmente la conducta, se han descubierto una serie de casos espectaculares de “corrupción privada” (caso Ikea, caso Siemens, etc.). En ellos se han visto involucrados empleados de alto nivel en grandes empresas conocidas en toda Europa. Durante muchos años, estos favorecían a determinadas empresas, de las cuales recibían sobornos de distinto tipo (dinero en efectivo, vacaciones pagadas, pago en especie, etc.), a fin de que estas últimas obtuvieran la contratación (p. ej. la construcción de un estacionamiento, el suministro de productos, etc.) con la empresa de los sobornados; el sobre costo que implicaba el soborno simplemente se cargaba al costo de la obra o del servicio contratado.⁹¹ Y estos casos se produjeron pese a los sistemas de “autocontrol” de las propias empresas involucradas, pues incluso los controladores recibían sobornos. En algunos casos, la “corrupción privada” iba unida a actos de estafa (falsificación de cuentas falsas); y en todos los casos implicaba un perjuicio patrimonial para la empresa del empleado sobornador, motivo por el cual, las investigaciones (y probablemente también el proceso penal) no solamente se dirigían a reunir pruebas de “corrupción privada”, sino también por “estafa” y “administración desleal”. En el caso más espectacular (el del consorcio sueco “Ikea”) los actos de corrupción tenían 20 años de duración y se habían producido pese a las estrictas

⁹⁰ Cfr. TIEDEMANN, “Wirtschaftsstrafrecht. B. T.”, p. 94, n. marg. 196; HEINE, en Schönke/Schröder, § 299, p. 2491, n. marg. 2; VORBAUM, p. 649 y s.

⁹¹ El caso más grande y de más duración se refiere al consorcio sueco de muebles “Ikea”, pero también se han presentados casos que involucran a las empresas automovilísticas alemanas BMW, Volkswagen y DaimlerChrysler, la empresa electrónica holandesa “Philips”, y la cadena de tiendas alemanas “Karstadt”; ver recientemente “Schwedische Gardinen”, en “Der Spiegel”, N° 35 (28-08-06), p. 59 y ss.

directivas que regulaban precisamente el trato con proveedores para evitar casos de corrupción. Por lo visto, existía un clima especial de corrupción entre los altos empleados de “Ikea” y los proveedores. El pago de los sobornos se hacía principalmente a “empresas buzón” (de propiedad del sobornado), las cuales extendían recibos ficticios (o sea por servicios nunca prestados por dichas empresas); el dinero era finalmente depositado en cuentas secretas en bancos de Lichtenstein y en Suiza.

Lamentablemente, hasta la actualidad, no son muchos los legisladores penales que han prestado atención a esta figura penal. Así, en Latinoamérica, el tema no ha sido previsto ni siquiera en el mencionado “Convención Interamericana contra la corrupción” de 1996.

Con la reforma de 1997 Alemania ha cumplido con mejorar sus tipos penales contra la “corrupción privada” y ha trasladado las figuras penales que antes estaban en el art. 12 de la “Ley contra la competencia desleal” (actos de corrupción de funcionarios privados y particulares de manera paralela al cohecho pasivo y activo de funcionarios públicos) al StGB. Ahora existen dos nuevos tipos penales de corrupción privada activa y pasiva en el art. 299 y casos agravados en el 300 del StGB. Pero estos “nuevos” tipos penales se refieren expresamente a “atentados contra la competencia”⁹² y, por ello, presuponen demasiados elementos típicos que dificultan su aplicación.⁹³ Por otro lado, también en el campo de la “corrupción privada” se han constatado algunos vacíos de punibilidad. Se debería prever la punibilidad por cohecho privado del *titular del establecimiento*, con lo cual se podría abarcar

⁹² Se buscaba con esto evidentemente una mayor efectividad preventivo-general ante la constatación del incremento de la corrupción en el sector empresarial; al respecto, c. más ref. DÖLLING, “Empfehlen sich...”, p. C 24; BANNENBERG, p. 25 y s.; TIEDEMANN, c. más ref., Leipziger Kommentar, § 299, p. 157 y ss.

⁹³ TIEDEMANN recomienda, por ejemplo, la supresión del elemento “en el marco de la competencia” por innecesario desde la perspectiva de la protección de los consumidores y del principal, y de la protección de la “lealtad competitiva”; ver “Schmiergeldzahlungen...”, p. 768; también en “Wirtschaftsstrafrecht. Besonderer Teil”, 2da. ed. n. marg. 202, p. 85.

sobre todo a los titulares de *empresas consultoras* o en general de cualquier titular de un establecimiento que preste servicios de asesoramiento (médicos, arquitectos, etc.) cuando su prestación no se basara en criterios objetivos sino fuera influida por el soborno, faltando así a su deber de “objetividad” y “lealtad” frente al asesorado.⁹⁴ Y también podría pensarse en introducir un “tráfico de influencias” en la “actividad privada” para abarcar los casos en los que intervengan “empresas intermediarias”, cobrando comisiones por conseguir la contratación entre dos empresas o entre una empresa privada y una empresa pública o la administración pública.⁹⁵

En España todavía no se cuenta con un tipo penal pertinente. Pero el ya mencionado Proyecto de Ley de 2007 ha previsto la introducción de un nuevo tipo penal de “corrupción entre particulares”. Éste se situaría como artículo único de la sección cuarta del Capítulo XI del Título XIII (las actuales “disposiciones comunes” pasarían a una nueva “sección 5ta.”) con el siguiente tenor:

1. Quien por sí o por persona interpuesta prometa, ofrezca o conceda a directivos, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto el triplo del valor del beneficio o ventaja.

2. Con las mismas penas será castigado el directivo, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja de cual-

⁹⁴ Ver la recomendación de TIEDEMANN, quien sigue aquí la propuesta de Ernst-Joachim Lampe; “Schmiergeldzahlungen...”, p. 763, 767; también “Wirtschaftsstrafrecht. Besonderer Teil”, p. 90, n. marg. 213.

⁹⁵ Así TIEDEMANN, “Schmiergeldzahlungen...”, p. 768 y s.; Wirtschaftsstrafrecht BT, 2da. ed., n. marg. 4, p. 3, n. marg. 214, p. 90.

quier naturaleza no justificados con el fin de favorecer frente a terceros a quien le otorga o del que espera el beneficio o ventaja, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales.

3. Los jueces y Tribunales, en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y la trascendencia de las funciones del culpable, podrán imponer la pena inferior en grado y reducir la de multa a su prudente arbitrio.

En la exposición de motivos del proyecto⁹⁶ se justificaba la novedad debido a la obligación existente impuesta por la Decisión Marco 2003/568/JAI de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado. Según se expone, esta Decisión exige de los países miembros de la Unión Europea que garanticen de una competencia justa y honesta. Para ello sería necesario reprimir (penalmente) las conductas de los encargados de administrar empresas por conductas que deberán estar descritas típicamente de manera similar a los actos de “cohecho” de funcionarios públicos. El merecimiento de pena se basa en la gravedad de la conducta: “La corrupción del administrador de una empresa por parte de otra empresa a fin de que haga u omita algo que puede repercutir en las actividades de su propia empresa, sea en prestación de servicios, adquisición o venta de mercancías, sea para dañar a esa misma empresa o a una tercera, no es simplemente un conflicto que no excede de la esfera de lo privado sino que rompe las reglas de buen funcionamiento del mercado. Ciertamente que la similitud con las modalidades de cohecho es grande, y la importancia del problema también lo es, máxime si se repara en la repercusión que pueden tener las decisiones empresariales no solo para sus protagonistas inmediatos, sino para otras muchas personas” (p. 10 y s.).

Por otro lado también se destaca el injusto penal peculiar del “cohecho privado” que iría más lejos que el de los meros actos de competencia desleal:

⁹⁶ Ver Proyecto de Ley Orgánica 121/000119 de 15 de enero de 2007, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, serie A, N° 119-1 , p. 10 y ss.

“Posiblemente se podría sostener que esas prácticas caen en un concepto genérico de acto contrario a la competencia leal; pero esa calificación resulta en exceso tibia, y así lo ha declarado la Decisión al principio citada, cuyo cumplimiento lleva a la introducción de un nuevo delito dedicado a la corrupción en el sector privado, tipicidad que excluye de su ámbito a las empresas públicas o a las empresas privadas que presten servicios públicos, las cuales deberán ser sometidas a la disciplina penal del cohecho obviando, por voluntad legal, la condición formal de funcionario que ha de tener al menos una de las partes” (p. 11).

El *Anteproyecto de 2008* no ha cambiado nada en cuanto al tenor del nuevo artículo 288 pero ha justificado la reforma empleando prácticamente las mismas palabras que el Anteproyecto del 2007 (Anteproyecto de 2008, p. 10 y s.).

5. RESUMEN Y PERSPECTIVAS

Se han analizado algunos ataques contra bienes jurídicos importantes del sistema de “economía de mercado”, así como la protección legal existente. Se ha comprobado que, en algunos casos, el legislador no ha sido siempre coherente pues, ante un interés, que desde la perspectiva de las ciencias económicas sería de primer orden (la “libre competencia” define incluso al sistema de economía de mercado), la protección no ha sido tradicionalmente la mejor y, muchas veces, ni siquiera se ha recurrido ni se recurre aún al Derecho penal (como en Alemania hasta 1997), o cuando ello ha ocurrido al principio (como en Chile, Perú o España), luego, de manera expresa o tácita, se ha abandonado la protección penal. Algo similar rige para la “lealtad de la competencia”, cuya protección penal, si bien ha subsistido, no deja de ser insuficiente. En este último caso recién en los últimos años se está prestando más atención a un forma de “deslealtad competitiva” como la “corrupción privada”.

Por otro lado, la revisión hecha no agota las posibilidades de ataque de los delitos económicos. Pero en este marco me parece más urgente plantear una cuestión de mayor trascendencia aún: ¿resulta todavía oportuno y efectivo recurrir al Derecho penal para luchar contra estos ilícitos (o la mayoría de ellos)? Debido a la innegable y decisiva importancia de las “empresas” en la ejecución de delitos, ¿no se hace acaso necesario un cambio de valoración legislativa de la responsabilidad de los “entes colectivos” (personas jurídicas, agrupaciones, empresas)? Como es conocido, en sentido dogmático-penal aunque pueda afirmarse que los entes colectivos tienen el “dominio del hecho” en la comisión de muchos delitos económicos (o por lo menos, tienen interés en su comisión o, como mínimo, resultan beneficiadas por ello), en la mayoría de las legislaciones no suelen ser consideradas como “autores” o “partícipes” del delito, sino, como máximo, pasibles de “consecuencias accesorias” (así, en el art. 105 C. P. peruano, art. 129, C. P. español todavía vigente). La dogmática penal tradicional ha tratado de aplicar los instrumentos penales existentes para abarcar de alguna manera a las “empresas” dentro de la represión penal, pero estas soluciones (p. ej. una autoría “mediante aparatos organizados de poder” o una aplicación del tipo de “asociación ilícita”) aparte de ser muy discutibles en la propia dogmática penal, tampoco convencen⁹⁷ porque tienen en la mira siempre a los individuos detrás de las empresas y no a la “conducta” misma de la empresa.

⁹⁷ Así, sobre la inconveniencia de emplear la teoría de la “autoría mediante aparatos organizados de poder” se ha manifestado repetidas veces el propio creador de esta teoría, ROXIN; ver últimamente, citando ejemplos jurisprudenciales que aplican erradamente la teoría (no se daban los criterios de “apartamiento del derecho”, “intercambiabilidad del ejecutor” y “elevada disponibilidad hacia el hecho”), en “Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft”, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* 125 (2007), p. 1 y ss., 17 y ss. Sobre los alcances de la aplicabilidad del tipo penal de “asociación ilícita” a los participantes en delitos económicos (que depende sobre todo de la definición del bien jurídico tutelado: ¿protección anticipada de bienes jurídicos de la parte especial? ¿protección de la seguridad pública o, de manera más amplia, la “paz social”?), ver LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, quienes favorecen la aplicación amplia del art. 129; ver los comentarios al art. 129 en Schönke/Schröder, 27ma ed. 2006, p. 1277, n. marg. 1.

Ciertamente resulta seductor (por constituir una solución rápida) buscar soluciones legales forzando figuras ya existentes, así como resulta poco popular desvelar la existencia de vacíos legales y asumir la impunidad que esto trae como consecuencia cuando los beneficiados van a ser los “poderosos” (empresarios, altos funcionarios públicos, políticos). Pero tampoco en estos casos debe dejar de respetarse los principios básicos del Derecho y del Derecho penal.

Por lo menos en el campo del Derecho penal económico se hace cada vez más necesaria una respuesta legal bien concebida, en el sentido de concepción global frente a los ilícitos cometidos por empresas, y no un simple “parchado” y una sobrecarga del Derecho penal tradicional. Esto rige tanto para la parte general como para la parte especial. En otro lugar he propuesto la creación de un “Derecho sancionador de empresas” de carácter autónomo, con principios propios (p. ej. reglas específicas sobre autoría y participación de las empresas en la comisión de ilícitos) y sanciones propias (concidentes en gran medida con las actuales “medidas o consecuencias accesorias” del Código penal).⁹⁸ En este sentido, la discusión en España en torno al actual proceso de reforma penal (que prevé la punibilidad de las personas jurídicas) resulta muy interesante y va a ser muy fructífera para el resto de los países hispanoparlantes. Pero también debería aprovecharse la ocasión para mejorar la protección penal de la libre y leal competencia, pues en cuanto a esto, la reforma española parece no haber notado necesidad de hacer grandes cambios.

⁹⁸ Ver ABANTO VÁSQUEZ, “Hacia un nuevo Derecho penal de las empresas. Más allá de la solución penal y meramente administrativa del ‘delito económico’”, *Revista Penal* N° 21 (enero 2008), pp. 3-23. Sobre el estado actual de la discusión en torno a la responsabilidad penal de entes colectivos hago también un balance y propuestas en mi trabajo “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿un problema del Derecho penal?”, que se publicará próximamente en el Libro-Homenaje a Klaus Tiedemann, Lima, 2009.

Bibliografía

ABANTO VÁSQUEZ, MANUEL: “Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas”, Lima, 1997; “El Derecho de la libre competencia”, Lima, 1997; “Derecho penal económico. Parte especial”, Lima, 2000; “Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano”, 2da. edición, Lima, 2003; “Derecho penal y libre competencia”, en De la Cuesta Aguado (ed.), “Derecho penal económico”, Mendoza, 2003, p. 79-146.

ACHENBACH, HANS: “Zur aktuellen Lage des Wirtschaftsstrafrechts in Deutschland”, GA 2004, p. 559 y ss.

BANNENBERG, BRITTA: “Korruption in Deutschland und ihre strafrechtliche Kontrolle. Eine kriminologisch-strafrechtliche Analyse”, Neuwied, 2002.

DÖLLING, DIETER: “Empfehlen sich Änderungen des Straf- und Strafprozeßrechts, um der Gefahr von Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft wirksam zu begegnen?”, en: “Verhandlungen des einundsechzigsten Deutschen Juristentages”, tomo 1, “Gutachten C”, Karlsruhe, 1996, p. C. 20.

GONZÁLEZ RUS, JUAN JOSÉ: “Manual de Derecho penal, parte especial II”, Madrid, 1991.

HERNÁNDEZ BASUALTO, HÉCTOR: “Perspectivas del Derecho penal económico en Chile”, en “Persona y sociedad”, volumen XIX (abril 2005), Universidad Alberto Hurtado, Chile, p. 101 y ss.

KUHLEN, LOTHAR: “Zum Strafrecht der Risikogesellschaft”, GA 1994, p. 347 y ss.

LUZÓN CUESTA, JOSÉ MARÍA: “Compendio de Derecho penal. Parte especial”, Madrid 1998

MARTÍNEZ-BUJÁN, CARLOS: “Derecho penal económico”, Valencia, 2002.

MOLINA BLÁZQUEZ, CONCEPCIÓN: “Protección jurídica de la lealtad en la competencia”, Madrid, 1993.

MORENO CÁNOVES, ANTONIO / RUIZ MARCO, FRANCISCO: “Delitos socioeconómicos”, Valencia, 1996.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: “Derecho Penal. Parte especial”, 16ta. ed., Valencia, 2007.

QUERALT, JOAN: “Derecho penal español. Parte especial”, 5ta. ed., Barcelona, 2008.

QUINTERO OLIVARES, GONZALO / MORALES PRATS, FERMÍN (eds.): “Comentarios al nuevo Código Penal”, 4ta. ed., 2005.

ROXIN, CLAUDIUS: “Strafrecht. Allgemeiner Teil” tomo I, 4ta. ed., Múnich, 2006; tomo 2, 1ra. ed., Munich, 2003.

SCHÖNKE, ADOLF / SCHRÖDER, HORST / otros autores: “Strafgesetzbuch”, 77ma. ed., Múnich, 2006.

TIEDEMANN, KLAUS: “Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten”, Colonia, 2004; “Schmiergeldzahlungen in der Wirtschaft – Alte und neue Reformprobleme”, L.-H. a Lampe, Berlín, 2003, p. 759 y ss.; comentarios a los artículos 263 y ss. del StGB en Leipziger Kommentar (LK), 71ra. ed., Berlín, 2000; “Kartellrechtsverstöße und Strafrecht”, Colonia, 1976; “Welche strafrechtlichen Mittel empfehlen sich für eine wirksamere Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität?”, Informe C para la 49na. Jornada de Juristas Alemanes, Múnich, 1972.

TINKL, CRISTINA: “Strafbarkeit von Bestechung nach dem EUBestG und dem IntBestG”, *Wistra* 2006, p. 126 y ss.

VORBAUM, THOMAS: “Probleme der Korruption im geschäftlichen Verkehr. Zur Auslegung des § 299 StGB”, L.-H. a F.-C. Schroeder, Heidelberg, 2006, p. 649 y ss.

III

Programas de Criminal Compliance y las instituciones financieras en la “Nueva ley de Blanqueo” – Ley N°. 12.683/2012

Por Renato de Mello Jorge Silveira ¹
Eduardo Saad-Diniz ²

¹ Profesor Titular de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo, Brasil.

² Profesor Doctor de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de Ribeirão Preto de la Universidad de São Paulo, Brasil

Introducción

El combate al blanqueo de capitales pasó por diversos momentos en la historiografía penal. Inicialmente, se verifica la visión romántica de los criminales estadounidenses de los años 1920. No se tenía percepción del crimen organizado, ni mismo en términos criminológicos. Después, el rigor penal pasó a emitir señales, que fueron perfeccionándose a lo largo del tiempo.

Constatada la preocupación penal con la criminalidad de los poderosos, no tardó mucho y ya se pasó a percibir una política de criminalización en relación al aprovechamiento del dinero proveniente del crimen. En un primer momento eso tiene como destino cierto el dinero del tráfico de drogas. Rapidamente, se amplió ese escenario, estableciéndose un rol taxativo del que se podría tener por crímenes antecedentes al lavado de activos. Así es que surge en Brasil la Ley n° 9.613, de 03.03.1998.

El cuestionamiento en cuanto al catálogo de los crímenes antecedentes siempre fue bastante intenso. Las críticas, muchas. Diversos estudios monográficos fueron escritos sobre el tema, generalmente en un sentido bastante crítico. El apelo a reformas, en ese sentido, hasta mismo para autorizar nuevas verificaciones e incidencia de blanqueo de capitales, ya anunciaba una modificación puntual en la ley.

De esa forma, y bajo el apoyo del Ministerio de la Justicia, recientemente fue aprobada la Ley n° 12.683, de 09.07.2012, que reformó diversos institutos relativos al blanqueo de capitales.

Además de poner fin al llamado rol de los crímenes antecedentes, otras innovaciones también se hacen presentes. Dando secuencia al análisis procedido en cuanto a los institutos de la criminal compliance, nos cumple ahora algunas menciones a su construcción en el nuevo escenario legal.

2. La nueva preocupación penal

El control penal de actividades financieras tiene memoria antigua. Se nota, todavía, que eso acabó reforzado por una preocupación relativa a la corrupción, en especial a partir de los años 1970. Las colocaciones de la legislación estadounidense Foreign Corrupt Practices Act, de 1977, siguiéndose a la Convención sobre el Combate de la Corrupción de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales (OCDE), son un perfeccionamiento de esa realidad.

Tras una interesante política vislumbrada a partir de los años 2000, la expansión de los programas de compliance es decisiva. La preocupación penal ya sentida en momentos anteriores sobre el tema, ahora pasa a especializarse.

El interrogante de Klaus Tiedemann – “Qué medio jurídico-penal sería el preferible para un combate eficaz de la criminalidad económica?” – es igualmente decisivo. Fue así que, aún en 1972, el autor alemán inició su parecer en el 49º Encuentro de Juristas Alemanes (Gutachten für den 49. Deutschen Juristentag).³ En esa ocasión, se inauguró un debate muy caro al Derecho Penal Económico: cuál sería la medida sancionatoria más adecuada – y

³ Cf. TIEDEMANN, Klaus. Welche strafrechtlichen Mittel empfehlen sich für eine wirksamere Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität? Gutachten für den 49. Deutschen Juristentag. München: C. H. Beck'sche, 1972, passim. Trabajo presentado en el marco del „Programa de Democracia y Más Justicia”. USAID del Pueblo de los Estados Unidos de América, CIRD – Centro de Información y Recursos para el Desarrollo, y ICED – Instituto de Estudios para la Consolidación del Estado de Derecho, en Asunción, Encarnación y Ciudad del Este, Paraguay, de 05-07 de Septiembre de 2012. Traducción revisada por Ricardo Preda del Puerto. Todas las notas en otros idiomas fueran libremente traducidas.

también proporcional – a la criminalidad económica.⁴ Las variantes que se siguieron a la problematización de Tiedemann oscilaron entre dos modelos distintos: el de las políticas criminales de mayor o menor incidencia regulatoria en el funcionamiento de los mercados y el de modelos normativos que estimulan procesos de criminalización o descriminalización. Es en este mismo escenario que Ulrich Sieber, en investigación de referencia internacional, analiza los programas de compliance en el ámbito criminal, concepto más familiar a la actividad empresarial y relativamente nuevo para los penalistas, pero que puede ofrecer interesantes alternativas a las medidas sancionatorias e incentivo al efectivo cumplimiento del derecho penal económico.⁵

Desde esfuerzos por alinearse a la legislación internacional de combate y prevención al blanqueo de capitales, las modificaciones normativas de la así llamada “Nueva Ley de blanqueo” (Ley n° 12.683/2012)⁶ ofrecen una serie de posibilidades de interacción funcional entre, de un lado, las diferenciaciones ocurridas en las

⁴ TIEDEMANN, Klaus. Op. cit., p. C90.

⁵ En detalles sobre las “estructuras de incentivo” de los programas de compliance, SIEBER, Ulrich. Compliance-Programme in Unternehmensstrafrecht. Ein neues Konzept zur Kontrolle von Wirtschaftskriminalität. In: SIEBER, Ulrich; DANNECKER, Gerhard; KINDHÄUSER, Urs; VOGEL, Joachim; WALTER, Tonio (Hrg.). Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht – Dogmatik, Rechtswegleych, Rechts-tatsachen- Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag. Berlin: Carl Heymanns Verlag, 2008, p. 460.

⁶ “Las modificaciones estructurales del sistema penal anti-blanqueo – (...) que consiste básicamente en (1) perfeccionamiento operacional del sistema de informaciones del COAF, con base en criterios de eficiencia, y en la (2) superación de la comprobación de los delitos antecedentes y revogación del catálogo taxativo del art. 1° de la Ley 9.613/98, determinando la persecución penal apenas a partir del criterio de la proveniencia de la infracción penal – reflejan las demandas por reacción penal frente a la complejidad dos flujos financieros ilícitos que componen el sistema financiero global. (...) Así es que la transición para la “tercera generación” avanza en el sentido de la procedimentalización del sistema anti-blanqueo, desde la perspectiva del reconocimiento del valor substancial de las normas de conducta que atribuyen sentido al injusto de blanqueo. De esta forma, la realización del injusto ya sería suficiente para llenar de sentido las normas de conducta, cuya procedimentalización lleva, al final, a la “subsunción de un comportamiento como ‘punible’ o ‘no-punible’”. SAAD-DINIZ, Eduardo; SILVA, Bruna Costa e; BARBOSA, Leonardo Peixoto. “Modificações estruturais do sistema penal anti-lavagem: um novo lugar para a teoria das normas penais?”. Boletim Ibccrim, n. 230, jan/2012, p. 08.

formas de organización empresarial y, de otro, los instrumentos de prevención contra la criminalidad económica. Todo indica que la interpretación de la “Nueva Ley de blanqueo” esté apta para introducir en el ordenamiento nacional lo que se podría reconocer como “tercera generación de leyes de combate y prevención al blanqueo de capitales”,⁷ estableciendo comportamientos específicos de actividad empresarial y valores de gobernanza regulatoria bastante apropiados a la estructuración de programas de criminal compliance, especialmente con relación al desarrollo de tesis actualizadas sobre autoría y atribución de responsabilidad penal de la persona jurídica, lo que ya se vislumbra en el bastante controvertido anteproyecto de Código Penal propuesto en el Senado Federal en julio de 2012.

Es verdad que ese pretendido giro dogmático tal vez sea demasiado ambicioso. Los riesgos de que acabe ocurriendo una perversión de los institutos también resultan significativos. Pero ese sería otro campo de debate, que será delineado en su momento oportuno.

De todos modos, se debe notar que, en Brasil, los proyectos anti-corrupción vuelven a tomar lugar en debates legislativos —a ejemplo del Proyecto de Ley n° 6.826/10-, que, propone una dudosa atribución de responsabilidad objetiva de las empresas que lesionaren el Estado (buscando introducir nuevos mecanismos de inhibición de los escándalos de corrupción en el sector privado, que desestabilizan la confianza en las relaciones de mercado, es decir, la garantía de los inversores y la lealtad de la vida de los

⁷ “El nuevo padrón normativo del blanqueo de capitales sitúa el País entre las Naciones que cumplen, en este aspecto, las 40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), que fueron revisadas en febrero de 2012, para exigir que los crímenes fiscales (tax crímenes) sean también delitos antecedentes. Estos fueron expresamente incluidos en la lista mínima de infracciones penales antecedentes (designated categories of offences), a que se refieren la nota interpretativa 4 de la Recomendación 3 del GAFI”. ARAS, Vladimir. “A investigação criminal na nova lei de lavagem de dinheiro”. *Boletim Ibccrim*, n. 237, ago/2012, p. 5.

negocios), sino también nuestro propio modelo de Estado de Derecho.⁸

Además de la corrupción, justamente son los efectos del “daño social del blanqueo de capitales”, según los términos de Jens Büllte⁹ (que causaran reformas como la realizada en la ley de blanqueo brasileña), que pueden ser entendidos como “base para la buena gobernanza”.¹⁰ Justamente en ese sentido es que Sieber apunta el contexto y las directrices a partir de que originalmente se desarrollaron los programas de *compliance*:

Los programas de *compliance* y las nuevas formas de regulación para la prevención de la criminalidad a él relacionadas son una reacción a los escándalos espectaculares en el ámbito de la criminalidad económica experimentados en los últimos tiempos tanto

⁸ En crítica reciente, Moisés Naím suscitó las dificultades de garantizarse el inversor frente a los escándalos de corrupción en el sector privado: “(...) Esa explosión de comportamientos empresariales abusivos y corruptos es algo nuevo o simplemente estamos más bien informados? Las dos cosas. Pero el cierto es que el principio del “caveat emptor”, frase que significa que es el comprador quien debe tomar todas las precauciones, porque el riesgo es todo suyo, y no de quien vende, es más válido que nunca. La enorme complejidad del comercio moderno coloca los consumidores en desventaja, pero ellos tienen acceso a más información que nunca sobre lo que compran y quien vende a ellos”. In: Folha de S. Paulo, 20.07.2012.

⁹ Büllte, en síntesis, sitúa algunas ideas para comprensión de lo que sería el “daño social del blanqueo”: financiamiento a asociaciones ilegales, criminales o terroristas; pérdida de confianza en el ordenamiento, por el “incentivo” a la práctica de crímenes, dados los beneficios del blanqueo de capitales; debilitamiento del Estado de Derecho, por el “incentivo” a instituciones políticas de cuestionable legitimidad; perjuicio al Fisco; inestabilidad económica; y precarización de la vida social, BÜLLTE, Jens. “Rechtspolitische und strafrechtliche Grundlagen der Geldwäsche-Compliance”. In: DANNECKER, Gerhard; LEYTNER, Roman (Hrsg.). *Handbuch der Geldwäsche-Compliance für die rechts- und steuerberatenden Berufe*. Wien: Linde, 2010, pp. 81 e ss.

¹⁰ “Cuando se atesta el daño puesta en el blanqueo de activos, se tiene a idea de que el blanqueo, en verdad, acaba por cuestionar la capacidad de regulación estratégica del Derecho penal en relación a determinados sectores de la sociedad, se debe, o no, el campo criminal alcanzar padrones de represividad un tanto más afectos a la dinámica de la sociedad, retomando la ya clásica provocación de Günther Jakobs a la auto-comprensión del derecho penal actual: un “Derecho penal iluminista” frente a una “sociedad no-iluminista”. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. “*Criminal compliance e lavagem de dinheiro: a criminalização entre a infração de dever e o elemento subjetivo*” (no prelo).

en los EUA cuanto en Europa: con la bancarrota empresarial, por ejemplo, de la *WorldCom*, *Enron*, *Parmalat*, y *Flowtex*, que desde entonces ya indicaban la fundamentación de que la criminalidad económica podría llevar tanto a la bancarrota cuanto a considerables daños a la sociedad como un todo. Y por eso las empresas y también el legislador en todo el mundo desarrollaron en la práctica nuevos conceptos para el incremento de la coyuntura de conducción de las empresas: el “programa de compliance”, “gerenciamiento de riesgo” (*Risk management*), “gerenciamiento de valores” (*value management*) y “gobernanza corporativa” (*corporate governance*), así como “ética de los negocios” (*business ethics*), “códigos de integridad” (*integrity codes*), “códigos de conducta” (*codes of conduct*) y “responsabilidad social corporativa” (*corporate social responsibility*) son los conceptos más recurrentes.¹¹

Es bien posible que la novedad legislativa estimule la implementación de los resultados promisorios sugeridos por los programas de *compliance*, principalmente por sus impactos en la gestión de las instituciones financieras. El debate sigue bastante actual, tanto en nivel internacional, a ejemplo de la agitación en el mercado causada por las denuncias de *non-compliance* envolviendo la institución financiera HSBC Holdings.¹² En Brasil, eso también es

¹¹ SIEBER, Ulrich. Op. cit., pp. 449-450. De grande valía para la comprensión en el ámbito comparatístico, Sieber describe aún: “En el ámbito legislativo, especialmente la Sarbanes-Oxley Act norte-americano de 2002, como consecuencia de los escándalos de la WorldCom y Enron, normativizó los deberes generales y especiales de la organización de las empresas. Para incentivar la creación de las medidas de prevención correspondientes, el derecho penal empresarial norte-americano, de la misma forma que el derecho penal empresarial italiano, providenció la disminución de la pena, a los programas de compliance adecuados y aprobados desde el año 2001. Ahora también se encuentran reflexiones sobre concepciones semejantes en la Reforma del derecho penal empresarial en Japón. En Alemania existen deberes legales de organización para determinados ámbitos de acción y la cuestión sobre los controles de la criminalidad económica con los principios de la compliance es bastante evidente, desde la comunicación del caso de corrupción en Siemens en 2007”. SIEBER, Ulrich. Op. cit., pp. 449-450.

¹² Las acusaciones consistieron básicamente en: “Directores de la HSBC Holdings PLC ignoraron, durante años, alertas de que las operaciones extranjeras del banco británico estaban siendo usadas para blanqueo de capitales y posiblemente para financiar terroristas, según una investigación del Senado de los Estados Unidos”,

muy evidente en lo que dice respecto a las expectativas sobre la definición del sentido normativo y efectos que se deducen de estos programas de compliance en la decisión final del juicio de la Acción Penal n° 470 por el Supremo Tribunal Federal.¹³

3. La nueva ley de blanqueo de capitales

La Nueva Ley de blanqueo no escapa a la tendencia mencionada. Ahí se anuncian situaciones aún a ser delimitadas. Ejemplo de eso, como se vio, sería la política criminal específica que vincula medidas esencialmente preventivas a la criminalidad económica, centradas en el problema de atribución de responsabilidad penal de la persona jurídica y la gestión de riesgos con base en las directrices de gobernanza regulatoria. Asimismo, la cuestión ahora pasa a ser más direccionada al refinamiento de las normas pertinentes a los crímenes económicos.

Impera, sin embargo, cierto sentido común que aleja la comprensión del Derecho penal brasileño desde tesis alineadas al normativismo. Hay quien lo defiende, y hasta no sin elegancia.

“Senado de los EUA dijo que HSBC ignoró irregularidades”. In: Valor Económico, 17.07.2012. Luego de eso: “El responsable por la área de compliance del HSBC, David Bagley, dejó el cargo ayer en la investigación del Senado de los Estados Unidos haber revelado que la unidad del banco en el país se transformó en un hilo conductor para el blanqueo de capitales. Gulliver acrecentó que el banco debe crear “un conexo padrón global de procedimientos” para los negocios, debido a su reputación y a la relevancia del dólar como moneda internacional”. “HSBC está comprometido con la rectificación de compliance, dice CEO”. In: Valor Económico, 18.07.2012. En otra materia, los problemas de compliance del HSBC fueran traducidos en el daño al sector financiero: “El HSBC Holdings reportó en lunes una queda de 8,2% del lucro líquido en el primero semestre del año, para US\$ 8,2 mil millones, por causa de provisiones en valor de US\$ 2 mil millones para cobertura de acciones judiciales y la venda inadecuada de productos financieros. En el mismo período del año anterior, el daño líquido fue de US\$ 8,93 mil millones. (...) “Los acontecimientos regulatorios y de compliance en los primeros seis meses del año ofuscaron el desempeño financiero. Y eso generó más preocupación pública y desconfianza en el sector bancario”, dijo el presidente del consejo del HSBC Douglas Flint en comunicado. In: Valor Económico. “HSBC separa US\$ 2 bilhões em provisões e lucro cai no 1º Semestre”. 30.07.2012.

¹³ Cfr. en detalles SAAD-DINIZ, Eduardo. “Compliance, corrupção e lavagem de dinheiro”. In: *Valor Económico*, 09.08.2012, p. A6.

Conviene, todavía, dar atención a la aclaración de Silva Sánchez, según quien el problema, en verdad, debe ser investigado bajo otra postura: “el recurso a una metodología normativista, que en absoluto implica per se una ampliación del ámbito de lo punible, tampoco tiene necesariamente el efecto opuesto de limitación de la responsabilidad”.¹⁴

Puede que la orientación normativa de la Nueva Ley de blanqueo sea interpretada también de esa forma, rechazándole el carácter innovador o condenándole por dedicar poco respecto a la protección de las libertades individuales. Pero eso se deja explicar por la consecuencia lógica y natural que apunta el mismo Silva Sánchez: “resulta obvio que la creación legislativa o jurisprudencial de posiciones de deber antes inexistentes, o la ampliación de las existentes, produce efectos de ampliación de la responsabilidad”.¹⁵

Conforme las nociones desarrolladas por Sieber, el compliance trajo para el Derecho penal la posibilidad de introducir mecanismos de cumplimiento de deber inducidos por las normas jurídicas, por medio de sus “estructuras de incentivo”.¹⁶ Cabe también al Derecho penal buscar el entendimiento de esas nuevas modalidades de institucionalización y regulación de la prevención de la criminalidad económica,¹⁷ a pensarse que las normas prohibitivas

¹⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Tiempos del derecho penal*. Madrid: B de F, 2009, pp. 161-162.

¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria. *Op. cit.*, pp. 161-162. Por obvio que Silva Sánchez no se refiere al “exceso y la banalización”, como bien puntuado en el Editorial del Boletim del Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, “Editorial: Nova lei de lavagem de dinheiro: o excesso e a banalização”. In: *Boletim Ibccrim*, n° 237, ago/2012, p. 01.

¹⁶ SIEBER, Ulrich. *Op. cit.*, p. 460.

¹⁷ “Ella (la compliance) vá más allá de eso: se muestra como una aceptación institucionalizada, que combina las variadas posibilidades de comportamiento decisorio en el ámbito empresarial. Se orienta, en verdad, por la finalidad preventiva, por medio de la programación de una serie de conductas (conducción de cumplimiento) que estimulan la disminución de los riesgos de la actividad. Su estructura es pensada para incrementar la capacidad comunicativa de la pena en las relaciones económicas, al combinar estrategia de defensa de la competencia leal y justa con las estrategias de prevención de peligros futuros”. SILVEIRA, Renato de Mello

repercuten muy sensiblemente en la dinámica de las instituciones financieras.

Una de las principales áreas de concentración de la investigación de Sieber fue justamente la recepción de esos deberes de compliance y el rol ejercido por las instituciones de crédito en el ámbito de la prevención al blanqueo de capitales:

“Los programas de *compliance* de prevención a la criminalidad se encuentran en Alemania especialmente en las instituciones de crédito, en el desarrollo de los “sistemas de seguridad y control adecuados”, con la finalidad de prevención al blanqueo de capitales, exigidos en el § 14 Abs. 2 Nr. 2 de la Ley de blanqueo de capitales. A eso pertenece la implementación de las exigencias de que quien esté envuelto sea confiable (§ 14 Abs. 2 Nr. 4) y de que sea determinada una persona responsable y con poder de dirección para asumir la responsabilidad frente a las autoridades de persecución penal (§ 14 Abs. 2 Nr. 1). Un deber de organización de largo alcance es mantenido también por el § 25a de la Ley de Crédito (Kreditwesengesetz). Las instituciones de crédito deben demostrar una “organización de negocios conforme al ordenamiento”, que preserve la manutención de las determinaciones legales. Pertenece a semejante organización de negocios, por ejemplo, un “sistema adecuado de seguridad contra el blanqueo de capitales y contra acciones fraudulentas referenciado al negocio y a sus consumidores” (§ 25a Abs. 1 S. 6 Nr. 3), pero también una “documentación completa de la actividad de negocios” (§ 25a Abs. 1 S. 6 Nr. 2), así como un “gerenciamiento de riesgo adecuado y efectivo” con orientación a los “procedimientos de control interno” (§ 25a Abs. 1 S. 3).¹⁸

El manejo práctico que se impone al moderno penalista debe necesariamente pasar por la capacidad de planeamiento funcional y

Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. “Criminal compliance: os limites da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro”. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, v. 56, 2012, p. 293-338.

¹⁸ SIEBER, Ulrich. Op. cit., p. 457.

de evaluación del riesgo regulatorio de la conducta criminal. Y en la evaluación de los costos de los programas de compliance no es diferente. De esa forma, la investigación de los límites penales de los programas de compliance y gobernanza regulatoria permiten identificar beneficios de dos naturalezas distintas en la Nueva Ley de blanqueo: (1) consecuencias en el plan del establecimiento de deberes y (2) conocer las consecuencias de aplicación práctica, especialmente en relación a las alternativas institucionales a las prácticas preventivas contra el crimen de blanqueo de capitales, además del combate a la corrupción en el sector empresarial y estabilización de las reglas de competencia, confrontándose las principales formulaciones teóricas y su aplicación en el ordenamiento jurídico brasileño. Se nota, sin embargo, que el peligro real del establecimiento de tales deberes es utilizarlos más allá de la idea preventiva, como un instrumento meramente punitivista.

Así, la noción de los deberes, tal cual prevista en el art. 11 de la Nueva Ley, preserva los cuestionamientos sobre las posibilidades de equiparación y atribución de responsabilidad penal, a la diferencia de la simple responsabilidad administrativa. En el art. 11, fueran recibidos los deberes de comunicación al COAF, añadiéndose la redacción siguiente:

“Art. 11. II - deberán comunicar al Coaf, absteniéndose de dar ciencia de tal acto a cualquier persona, incluso aquella a que se refiera la información, en el plazo de 24 (veinte y cuatro) horas, la propuesta o realización: a) de todas las transacciones referidas en el inciso II del art. 10, acompañadas de la identificación de que trata el inciso I del mencionado artículo; y b) de las operaciones referidas en el inciso I; III - deberán comunicar al órgano regulador o fiscalizador de su actividad o, en su falta, al Coaf, en la periodicidad, forma y condiciones por ellos establecidas, la no ocurrencia de propuestas, transacciones o operaciones pasibles de ser comunicadas en los términos del inciso II. § 3º El Coaf disponibilizará las comunicaciones recibidas con base en el inciso II del caput a los respectivos órganos responsables por la regulación o fiscalización de las personas a que se refiere el art. 9º”.

La generalización del deber de comunicación, eligiéndose técnica legislativa no-tipológica, puramente conceptual, y no taxativa, genera dudas en cuanto a la extensión de su aplicación. Qué actividades profesionales aquí se encuadrarían? Para que se tenga una idea, el problema, ya bastante conocido en el campo de la responsabilidad del agente bancario, va más allá de eso. Ya hay, de hecho, diversas inquietudes de las entidades profesionales, sobre todo la “Ordem dos Advogados do Brasil” (nuestro Consejo de Abogados). Sería, pues, de preguntarse si el deber de comunicar sería extendido a la figura del abogado?¹⁹

El tema no es de todo nuevo en Brasil. Aún en 2005 ya se encuentran investigaciones a ese respecto. Las posiciones son de toda suerte. Se afirma, por ejemplo, la escisión del rol del abogado entre “garante del Estado” o “defensor de los intereses del cliente”. Para tanto, Carlos Gómez-Jara Díez sugiere algunos criterios de verificación de responsabilidad del abogado (verificación de la razonabilidad de los honorarios cobrados en vista de la práctica de mercado, con exclusión de la responsabilidad; grado de conocimiento sobre el origen de los honorarios; que la verificación de este conocimiento por parte de la acusación esté conforme a la ley).²⁰ Recomendación confiable es la puesta por Silva Sánchez, para quien “que tiendan (los abogados) a incorporar a sus protocolos de actuación cláusulas de exoneración (disclaimers) que salvaguarden su responsabilidad caso el cliente decida utilizar la información proporcionada, o al asesoramiento prestado para la comisión de actos de blanqueo de capitales”.²¹

¹⁹“(…) la mayor preocupación ciertamente es la posible inclusión de los abogados que presten servicios de asesoría, consejo, auditoría o asistencia en transacciones comerciales y financieras (...). La preocupación deriva, evidentemente, de la estrecha relación (o fricción?) entre los nuevos deberes y el deber de sigilo profesional, impuesto por el Estatuto de la OAB”. ESTELLITA, Heloísa; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. op. cit., p. 02. Desde la óptica de las acciones neutrales, SÁNCHEZ VERA GÓMEZ TRELLES, Javier. “Blanqueo de capitales y abogacía: un análisis crítico desde la teoría de la imputación objetiva”. In: Indret, 1/2008, pp. 04 e ss.; GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. “Lavagem de dinheiro e advocacia: uma problemática das ações neutras”. In: Boletim Ibccrim, n° 237, ago/2012, p. 13.

²⁰ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. “El rol del abogado frente al blanqueo de capitales: garante del Estado o defensor del cliente? In: Boletim Ibccrim, n° 237, ago/2012, p. 12.

²¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Op. cit., p. 184.

4. El camino de las nuevas medidas

El incremento de las medidas de control de las operaciones sospechosas²² en el ordenamiento fue otra de las inclusiones de la Nueva Ley de blanqueo, buscando promover el perfeccionamiento institucional, adoptando políticas, procedimientos y controles internos con la finalidad de elaboración y manutención del sistema de comunicación con el COAF – Consejo de Control de Actividades Financieras (órgano creado por la antigua Ley 9.613/98), previsto expresamente en su art. 10, III e IV:

“Art. 10. III - deberán adoptar políticas, procedimientos y controles internos, compatibles con su porte y volumen de operaciones, que les permitan atender al dispuesto en este artículo y en el art. 11, en la forma disciplinada por los órganos competentes; IV – deberán registrarse y mantener su registro actualizado en el órgano regulador o fiscalizador y, en su falta, en Consejo de Control de Actividades Financieras (COAF), en la forma y condiciones por ellos establecidas”.

El tema merece mayor atención, como ya anunció el actual Presidente del COAF, Antonio Gustavo Rodrigues, al comentar la Nueva Ley de blanqueo: “la mayor dificultad deberá estar en otra función principal del COAF, la de órgano regulador. Además de definir las normas para las empresas de los nuevos sectores obligados que no tengan órgano supervisor propio, el COAF deberá promoverlas, cuidar para su cumplimiento y aplicar penalidades por medio de procesos administrativos.”²³

²² Muy interesante desde la perspectiva comparada, el análisis del alcance normativo del deber de informar en las resoluciones peruanas de control de las operaciones sospechosas de blanqueo de capitales en CARO-JOHN, José Antonio. “Sobre el deber de informar a la Unidad de Inteligencia Financiera de determinadas operaciones sospechosas”. In: CARO-JOHN, José Antonio. *Dogmática Penal Aplicada*. Peru: Ara, 2010, pp. 171-179.

²³ Y así complementó: “Esas actividades requieren intensiva mano de obra calificada, pues envuelven la orientación y supervisión de innumerables personas y procedimientos rigurosos y burocráticos, sujetos a recursos administrativos y judiciales”, RODRIGUES, António Gustavo. “O COAF e as mudanças na Ley 9.613/1998”. *Boletim Ibccrim*, nº 237, ago/2012, p. 15.

Heloísa Estellita y Pierpaolo Bottini ponderan que esa política de prevención “implica necesidad de capacitación técnica y constante supervisión interna por parte de las personas jurídicas afectadas.”²⁴ La precisa identificación de los problemas de implementación de los programas de compliance, con base en “investigación de implementación” (*Implementationsforschung*),²⁵ servirá para el perfeccionamiento de los modelos nacionales de responsabilidad penal de la persona jurídica en desarrollo. La investigación de implementación viabilizará establecer los vínculos entre los avances de la teoría de las normas penales con sus instituciones (públicas e privadas) de aplicación y control esas normas.

Las innovaciones aportadas por la Ley 12.683/2012 integran un movimiento más amplio de reforma estructural del sistema brasileño anti-blanqueo, no apenas en la procedimentalización del sistema de comunicaciones con el COAF – que, como se ha dicho, sigue la misma línea de la Resolución n° 020 emitida por él –, pero también la Resolución n° 2.554/98 del Consejo Monetario Nacional, las Cartas Circulares del BACEN (n° 3.461, de 23.07.2009 y n° 3.542, de 12.03.2012) y la Resolución n° 020, COAF, además de la reciente Instrucción Normativa n° 523, de 28.05.2012, da CVM.²⁶

Las principales críticas que se pueden oponer a los programas de compliance podrían ser identificadas de determinadas formas. La primera de ellas dice respecto a la determinación de las finalidades del propio compliance. Es cierto que se disminuyen los casos de adscripción de responsabilidad por la introducción del

²⁴ ESTELLITA, Heloísa; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. “Alterações na legislação de combate à lavagem: primeiras impressões”. Boletim Ibccrim, n° 237, ago/2012, p. 02.

²⁵ Referencia en estudios de gobernanza regulatoria e investigación de implementación, MAYNTZ, Renate. “Governance Theory als fortentwickelte Steuerungstheorie?”. In: MPIfG Working Paper, 04/1, mar/ 2004. Disponible en: <http://www.mpiifg.de/pu/workpap/wp04-1/wp04-1.html> Acceso: 01.08.2012.

²⁶ El análisis de la normativa pertinente al sistema brasileiro anti-blanqueo en SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. “Criminal compliance: os limites da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro”. In: Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, v. 56, 2012, p. 293-338.

elemento “confianza” en las relaciones de negocios, una vez que la actividad empresarial se orienta con base en las directrices establecidas por la gobernanza regulatoria. Pero también es cierto que la institucionalización de estos padrones de comportamiento anticipa el juicio sobre la punibilidad de la conducta, algo poco aceptable desde el modelo brasileño de Estado de Derecho. Se indaga, así, ¿como sería posible atribuirse, aún en estado previo, la reprobación de un comportamiento? Y desde ¿cuales parámetros procesales? Y, en el ámbito de la empresa, ¿como se haría eso, está ausente el tradicional modelo de regulación penal estatal?

Otra de esas críticas parece no agradar mucho a los lucros empresariales. Eso porque se corre el riesgo de pérdida de flexibilidad frente a la dinámica de mercado – ¿no sería tanto más lucrativo un negocio cuanto más arriesgado fuera él? –, de tal forma que vincular la actividad empresarial a un programa estricto de cumplimiento podría serle, al revés, dañoso. A esta objeción, sin embargo, se contrapone el hecho de que los programas de *compliance* representan capacidad de agregar valor, ya que la valoración global de los negocios no prescindiría de negociaciones que manifiesten negligencia a la gobernanza regulatoria.

Todavía, el estado de cosas entre los investigadores brasileños aún no pudo acceder con mayor amplitud a la dinámica de los programas de *compliance*. Y no solo en relación a las directrices de elaboración, falta también mayor conocimiento de los mecanismos de cumplimiento de los programas. Por eso, el trabajo se propone a conocer los “mecanismos de cumplimiento” y los informes de las experiencias internacionales de *compliance*. Ese conocimiento es esencial para que la aplicación de la técnica de *compliance* no genere la elaboración interna de programas imprecisos, que luego vienen acompañados de indiscriminada atribución de responsabilidad. Parece cierto el innegable potencial que

la quiebra del deber de *compliance* puede acabar por generar una nueva realidad de imputación penal, y, justamente por eso, necesaria se hace una aproximación al problema penal.²⁷

De hecho, las modificaciones estructurales parecen haber afectado las dimensiones normativas del sistema brasileño anti-blanqueo. Discusiones más puntuales y que envuelven las complejas tramas de difusión de responsabilidad en las estructuras jerárquicas empresariales, bien como el problema de los whistleblowers, las modalidades de protección de los stakeholders y shareholders o la atribución de responsabilidad a los compliance officers son aún poco debatidos en el escenario nacional.²⁸ Necesaria, además, la evaluación de impacto de los programas de compliance en el mercado y en la gestión empresarial, con destaque para la orientación de las políticas de seguridad de información de las instituciones financieras, a ejemplo del Banco del Brasil. Todo eso vendría, así, a ajustar la normativa brasileña pertinente a los deberes de *compliance* y prevención a la práctica de blanqueo de capitales, algo que la Nueva Ley, al menos en tesis, pretendió estimular.

²⁷ En ese mismo sentido, el desarrollo científico de la teoría de la imputación científica aún tiene mucho que informar al penalista, sobre todo cuanto a la inserción del problema del método en la dinámica de la vida social: "(...) la teoría de la imputación objetiva representa el más significativo rendimiento (Leistung) de la teoría del delito. Si es el caso de una descriminalización de las acciones que se mueven en torno de un riesgo permitido, si se trata de un principio de la confianza o aún de una quiebra de las relaciones de imputación en los casos de mediación (Dazwischentreten) con otra persona auto-responsable – todas esas concepciones ‘señalan las esferas de responsabilidad para la construcción de la forma del mundo social’; su punto de referencia no es el curso causal peculiar al naturalismo, sino una realidad social pre-formada por estructuras de percepción”. PAWLIK, Michael. “Teoria da ciência do derecho penal”. p. 30. In: SAAD-DINIZ, Eduardo (org. e trad.) Teoria da ciência do derecho penal, filosofia e terrorismo. São Paulo: Liberars, 2012, p. 30.

²⁸ En profundidad, reciente, ROTSCH, Thomas. “Wider die Garantienpflicht des Compliance-Beauftragten”. In: SCHULZ, Lorenz; REINHART, Michael; SAHAN, Oliver (Hrg.). Festschrift für Imme Roxin, Heidelberg: C.F. Müller, 2012, pp. 485-500.

IV

La Prejudicialidad en la Evasión de Impuestos. Un retroceso legislativo del Paraguay

Por Ricardo Preda del Puerto

1. Planteamiento del problema

Tanto los artículos 2 y 3 de las leyes 4064 y 4673 expresan cuanto sigue: “La acción penal publica en hechos punibles de evasión de impuestos, en los términos del art 261. de la Ley 1160/97 CODIGO PENAL, no podrá ser ejercida sin que exista una resolución previa dictada por la autoridad administrativa competente, y en caso de que dicha resolución sea recurrida a la instancia jurisdiccional competente, se hayan agotados todos los procesos ordinarios. Cuando la acción penal se basare en hecho punibles autónomos como la producción de documentos de contenido falso prevista en el Art., 246 de la Ley 1160/97 CODIGO PENAL, el Ministerio Publico tendrá expedita vía para la persecución”.

Esta regla es la triste materialización de un proyecto presentado por la FEPRINCO al Congreso Nacional, el 18 de marzo de 2010. Al mismo dediqué un artículo, el cual fue publicado en el Seminario Judicial de ABC Color, en las ediciones del 19 y el 26 de abril de 2010.¹

En el mismo, sentencí lo siguiente: Si la Honorable Cámara de Senadores acepta la propuesta de la FEPRINCO, al final de la jornada del jueves, el Estado Paraguayo tendrá una regla que le da derecho a percibir un nuevo impuesto y otra que le imposibilita perseguir a quienes evaden, no sólo ese nuevo impuesto, sino todos los otros que forman parte de su sistema impositivo. Por

¹ La crítica había tenido algún tipo de influencia, pues el tratamiento del proyecto fue aplazado luego de la publicación. Incluso luego de su sanción, el Poder Ejecutivo lo vetó por el decreto 4912 del 16/08/2010. Sin embargo, el Congreso rechazó el veto y lo convirtió en ley en noviembre de ese año.

tanto, una vez más, daremos un paso adelante, pero al sólo efecto de retroceder dos pasos hacia atrás en la lucha contra la evasión y la informalidad.

Finalmente, el paso para adelante no se dió, pues ni siquiera el impuesto a la renta personal se aprobó en aquel marco, sino apenas en julio de 2012. Es decir, quedé corto en mi predicción, pues no dimos el paso para adelante, pero si los dos para atrás. En todo caso, a través de la ley 4673 volvimos un paso para adelante, sin embargo, en su artículo 3 se ratificaron los dos pasos para atrás dados con la ley 4064, art. 2.

La prejudicialidad absoluta ordenada por la ley, carece del más mínimo fundamento teórico y práctico. Esta decisión legislativa, no resiste ningún análisis desde el punto de vista constitucional, doctrinal o jurisprudencial, por lo que corresponde en la brevedad excluirla del sistema jurídico, fundados en los argumentos que a continuación se desarrollan.

2. La Prejudicialidad es excepcional y debe versar sobre cuestiones jurídicas y no fácticas

La prejudicialidad constituye un caso especial de conexión de materias penales y materias jurídicamente heterogéneas, que se produce cuando la resolución de una cuestión de derecho privado (civil o mercantil) o público (constitucional, internacional, administrativo) ejerce influencia sobre la decisión de una cuestión penal, dando lugar en este caso a la existencia de una cuestión prejudicial en el proceso penal. Entre la cuestión heterogénea y la penal existe un nexo lógico que obliga a resolver aquélla –como antecedente necesario- para dar solución a la cuestión penal. Finalmente, además de tratarse de materias jurídicamente heterogéneas, las cuestiones prejudiciales se caracterizan por la posibilidad de constituir el objeto de un proceso autónomo no penal.²

² Véase GÓMEZ ORBANEJA, E. “Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, Vol I, Barcelona 1947, pp. 136 y ss.; MANZINI, Vincenzo, “Le questioni pregiudiziali di diritto civile, commerciale ed amministrativo nel processo penale”, Firenze, 1899, pp. 67 y ss. citados por VALVUENA GONZÁLEZ, Félix. “Las cuestiones prejudiciales en el proceso penal”, Edit. Lex Nova, Valladolid-España, 2004, pp 215 y 216

Es así que la prejudicialidad apenas se limita a cuestiones jurídicas que se presenten en el curso del proceso penal e influyan sobre la decisión de éste, cuya resolución correspondería, según las normas ordinarias de la competencia, a otro órgano jurisdiccional.³

El artículo 327 del Código Procesal Penal, en su primer párrafo establece: “La cuestión prejudicial procederá cuando sea necesario determinar por un procedimiento extrapenal la existencia de uno de los elementos constitutivos del hecho punible” en la norma es utilizada la palabra “necesario”, de lo que se infiere el carácter extraordinario o excepcional de una declaración de prejudicialidad.

Tal posición también es sostenida por Llobet Rodríguez, quien es partidario de que la declaración de prejudicialidad es una cuestión extraordinaria, en coincidencia con el Tribunal de Casación de su país, tal como lo expone en sus obras^{4,5}. De igual manera se expide Claría Olmedo, para quien la cuestión prejudicial es sólo aquella expresamente prevista en la ley, con la exigencia de que sea resuelta por el Juez no penal, y cuya decisión causa estado con respecto a la existencia o inexistencia de algún elemento del delito al cual se refiere.⁶

Entonces, la prejudicialidad debe ser declarada sólo cuando fuese indispensable determinar por un proceso extrapenal alguno de los elementos del tipo penal, dicho de otra forma, que el Juez Penal

³ TOLOMEI, Alberto Domenico, *Sulla pregiudizialità nel processo penale*, Padova 1917, p. 7; ODERIGO Mario, *Prejudicialidad civil en el Proceso Penal*, Edit. Ideas, Buenos Aires, p. 43. En el mismo sentido, el Tribunal Supremo Español, en sus sentencias del 1-2-1973 y 25-03-1994 define a la cuestión prejudicial como “esencialmente de carácter sustantivo y no procesal, supone una cuestión de derecho material íntimamente ligada a la cuestión penal, que debe ser resuelta, bien por la jurisdicción competente o por la propia punitiva...”

⁴ LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Proceso Penal Comentado*. Editado por la UCI. San José Costa Rica, 1998, p. 155.

⁵ LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Proceso Penal en la Jurisprudencia*. Edit. Jurídica Continental. San José Costa Rica, 2001, p. 81.

⁶ CLARIA OLMEDO, Jorge A. *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Edit. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires 1998, p. 80.

no pueda, aún valiéndose de las normas de la otra materia, resolver la cuestión. Pues debe tenerse en cuenta que no todo empleo de conceptos jurídicos pertenecientes a ramas del derecho ajenas a la penal, utilizados comúnmente para integrar los tipos penales origina la existencia de cuestiones prejudiciales.⁷

Así por ejemplo, en los delitos contra la propiedad, un elemento común a ellos es el de la “ajenidad”, concepto propio del derecho civil. Sin embargo, ello no significa que en todos los casos de hurto, el Juez Penal requiera una sentencia civil que declare que la cosa sustraída es propiedad de una persona distinta al acusado y por ende ajena a él.

Ahora bien, en el proceso penal los hechos se acreditan a través de las pruebas, en nuestro sistema procesal –art. 173 del CPP⁸– rige la denominada libertad probatoria, la cual se define expresando que, en materia penal, todo hecho, circunstancia o elemento contenido en el objeto del procedimiento y, por tanto, indispensable para la decisión final, puede ser probado por cualquier medio de prueba.⁹

Cuando resulte necesario determinar la realización de un hecho, con el fin de verificar si se subsume en alguno de los elementos del tipo penal de evasión de impuestos, o cualquier otro previsto en la legislación penal, deberá procederse a la verificación de las pruebas existentes. Es decir, los problemas fácticos se solucionan con las pruebas. Y las pruebas se obtienen, producen y valoran en el marco del proceso penal.

⁷ VALBUENA GONZÁLEZ, Félix. “Las cuestiones prejudiciales en el proceso penal”, Edit. Lex Nova, Valladolid-España, 2004, p. 252.

⁸ Artículo 173 Libertad probatoria. Los hechos y circunstancias relacionados con el objeto del procedimiento podrán ser admitidos por cualquier medio de prueba, salvo las excepciones previstas por las leyes.

Un medio de prueba será admitido si se refiere directa o indirectamente, al objeto de la investigación y es útil para el descubrimiento de la verdad. El juez o tribunal limitará los medios de prueba ofrecidos cuando ellos resulten manifiestamente excesivos.”

⁹ MAIER, Julio B., Derecho Procesal Penal I. Fundamentos. Edit. Del Puerto. Bs As. 2004, p. 864.

Sostener que los hechos subsumibles en un tipo penal deben ser necesariamente establecidos en un proceso extra-penal, sería restablecer el decimonónico régimen de prueba tasada, lo cual no se compadece con lo establecido en nuestro sistema procesal, que como vimos, adoptó el de la libertad probatoria.

Resumiendo hasta aquí, podemos señalar que la declaración de prejudicialidad aparte de versar sobre una cuestión jurídica, tiene carácter excepcional. Esto significa que debe acudir a ella, cuando no exista otro medio expresamente establecido para determinar la existencia de uno de los elementos constitutivos del hecho punible. En el caso de los problemas fácticos, la solución se encuentra en las pruebas, conforme a lo establecido expresamente en el Código Procesal Penal.

Se concluye consecuentemente que la necesidad de demostrar hechos no puede resultar fundamento válido para suspender un proceso penal, a las resultas de un procedimiento tramitado en otro fuero. Pues el proceso penal es el que tiene por misión, precisamente, averiguar el suceso histórico y darle una solución jurídico-penal.¹⁰

3. Determinar el déficit o el beneficio impositivo es privativo del Tribunal Penal

Según Maurach, en lo que corresponde a las consecuencias jurídicas, el derecho penal es independiente, es decir, utilizará las penas o las medidas preventivas sin considerar que las mismas circunstancias de hecho causan o no otro tipo de consecuencias jurídicas de acuerdo a las normas vigentes para otras ramas del derecho. Los juicios de otros organismos llamados a aplicarlo (autoridades administrativas, tribunales civiles, etc.) son básicamente no vinculantes para los órganos encargados de la aplicación del derecho penal.¹¹ Por tanto, a decir de los italianos Fiandaca y

¹⁰ MAIER, Julio B., Derecho Procesal Penal II. Parte General Sujetos Procesales. Edit. Del Puerto. Bs As. 2004, p. 23.

¹¹ MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz. Derecho Penal Parte General, Tomo 1, Traducción de la 7ª edición alemana (1987) por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Edit. Astrea, Buenos Aires 1994, pp 36-37.

Musco, de ninguna manera debe sostenerse que el Derecho Penal sea accesorio a otras ramas del derecho.¹²

En cuanto a esta independencia del Derecho Penal en el ámbito de la Evasión de impuestos, vale lo señalado, no justamente por un penalista, sino por un ilustre profesor español de derecho financiero y tributario, el Dr. Perez Royo, quien afirma:

*Una importante cuestión, en relación con la determinación de la cantidad defraudada, es que la misma corresponde establecerla al juez penal. La Administración, cuando encuentre indicios de delito, deberá abstenerse de seguir el procedimiento de liquidación y se remitirán las actuaciones a la jurisdicción penal, en la cual corresponderá establecer entre los hechos probados la existencia efectiva de una deuda (o de una devolución), cuya evasión (u obtención indebida, en el caso de devoluciones) integra el tipo penal. Para ello los órganos judiciales podrán recurrir al auxilio de los órganos de la Administración tributaria, pero la presencia de éstos en el proceso penal tendrá la condición de peritos, cuyo dictamen puede ser contrastado con el de otros, propuestos por la defensa o requeridos por el propio juzgador.*¹³

El Tribunal Supremo Español, a través de copiosa jurisprudencia (Entre otras, Sentencias del 9-02-1991; 5-11-1991; 3-12-1991; 24-02-1993; 9-03-1993; 25-02-1998) ha sostenido de manera uniforme, que no se precisa determinación administrativa para el Delito Fiscal. Uno de sus últimos pronunciamientos al respecto (sentencia del 31-10-2001) el TS afirmó: “*no se requiere liquidación, ni siquiera provisional de carácter administrativo, porque tal liquidación corresponderá a los órganos judiciales en fase de enjuiciamiento, los cuales determinarán el alcance de la cuantificación eludida por el acusado...*”.

¹² FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo. Derecho Penal Parte General, Traducción de la 4ª edición italiana (2001) por Luís Fernando Niño, Edit. Temis, Bogotá, 2006, pp. 62 y 63.

¹³ PEREZ ROYO, Fernando. Derecho Financiero y Tributario. Parte General 18ª Edición. Editorial Thomson-Civitas, Pamplona-España, año 2008, p 433. En el mismo sentido, se expide otra exponente del Derecho Tributario de aquel país. RIBES RIBES, Aurora. Aspectos Procedimentales del Delito de Defraudación Tributaria. Edit. Iustel, Madrid, 2007, pp. 57-58.

En el sistema alemán,¹⁴ el juez penal determina los hechos según las reglas del proceso penal, sin que resulte vinculado por la liquidación previa que, incluso de carácter firme, hubiera dictado la Administración o el Tribunal Financiero, de haberse discutido en esta sede la liquidación tributaria.¹⁵ Esto se debe principalmente a que las reglas tributarias sobre las pruebas no siempre son aplicables al ámbito penal, dado el mayor rigor que se exige en este fuero.¹⁶

Sobre esta base, debemos necesariamente coincidir con el destacado jurista nacional Ramírez Candia,¹⁷ quien claramente señala que no existe prejudicialidad del procedimiento de determinación tributaria para la configuración del hecho punible de evasión de impuestos, previsto en el Art. 261 del Código Penal.

4. Una prejudicialidad administrativa absoluta es inconstitucional

La regla contenida en los arts. 2 y 3 de las leyes 4064 y 4673 respectivamente, establece que la Administración, en su proceso de determinación tributaria, ya fijaría todas las circunstancias fácticas (qué actividad gravada realizó, qué declaró al fisco, qué sabía al momento de declarar). Por tanto, el Proceso Penal se limitaría prácticamente a homologar esta decisión y establecer las consecuencias jurídicas.

Tal conclusión riñe abiertamente con principios constitucionales. En primer lugar, los artículos 266 y 268 de la Constitución establecen las facultades del Ministerio Público para el ejercicio de

¹⁴ Sobre un sucinto desarrollo de este sistema, ver: TIEDEMANN, Klaus. Manual de Derecho Penal Económico Parte General y Especial, traducción de las ediciones alemanas (PG 2007- PE 2008). Edit. Tirant lo Blanch, Valencia-España, 2010, pp. 263-279.

¹⁵ CORDERO GONZÁLEZ, Eva María. El Delito Fiscal en el Ordenamiento Alemán, en la revista Crónica Tributaria N° 123/07 (pp 69-96), Madrid, p. 94

¹⁶ Al respecto, ver las sentencias del Tribunal Supremo Alemán del 1 de marzo de 1953 y la del 25 de septiembre de 1959.

¹⁷ RAMÍREZ CANDIA, Manuel Dejesús, Derecho Administrativo 2ª Edición, Asunción 2009, pp. 593-594.

la acción penal pública, en virtud del cuál goza de la potestad de requerir a los órganos jurisdiccionales y de erigirse en director de la investigación, recolectando las evidencias que permitan fundar la solicitud de apertura de un Juicio Oral y Público.¹⁸ La declaración de prejudicialidad obligatoria en la Evasión de impuestos, vulnera esta facultad Constitucional, en cuanto establece que la determinación del posible monto de lo adeudado o la falsedad o no de lo declarado, deben ser dilucidadas en esfera administrativa. Por tanto, no será el Ministerio Público quien investigará los hechos determinantes –declaración falsa y déficit– sino un órgano administrativo.

En segundo lugar, al ser la Evasión de impuestos un hecho punible, es la Justicia Penal quien tiene competencia exclusiva para entender en el control de la investigación, juzgamiento y ejecución de sus decisiones. La competencia deriva de forma clara e incuestionable del artículo 31 del Código Procesal Penal, éste reglamenta la jurisdicción que otorga la Constitución Nacional en los preceptos contenidos en el segundo párrafo del artículo 247 y el primero del art. 248. La norma prohíbe expresamente prorrogar la jurisdicción penal, es decir, se impide el conocimiento, en cuanto a los hechos fácticos de los hechos punibles, a otras esferas judiciales distintas a la penal y menos aún a un órgano administrativo.

5. La jurisprudencia nacional no sostuvo la prejudicialidad absoluta

Hasta antes de la ley 4064, tuvieron mucha difusión los acuerdos y sentencias N° 128 del 17 de marzo de 2005 (Caso Pasex) y el N° 1343 del 10 de noviembre de 2006 (Caso Southern Cross), ambos dictados por la Sala Constitucional y en el que se rechazaban acciones de inconstitucionalidad planteadas por el Ministerio Público contra resoluciones de los Tribunales de Apelación en lo Criminal, Tercera Sala de Asunción (Caso Pasex) y Ciudad del Este (Caso Southern Cross) que habían establecido que a los

¹⁸ Ver artículos 18, 52 y demás concordantes del Código Procesal Penal.

efectos de la determinación del resultado del tipo penal de Evasión de impuestos es necesario que exista determinación firme del monto evadido en la esfera administrativa.

No obstante, tal posición no fue la sostenida por la jurisprudencia nacional. Es así, que luego de las resoluciones antes citadas, la misma Sala Constitucional, en los interlocutorios N° 1930 del 28 de diciembre de 2007 y N° 886 del 9 de junio de 2009. (Caso Safadi Issan Tawfic s/ Evasión de impuestos), ha rechazado in limine planteamientos de la defensa que pretendían la declaración de una cuestión prejudicial, de ambos fallos se deduce que no hay violación de un principio o garantía constitucional.

En cuanto a la Sala Penal, la cuestión fue aún más uniforme. Y la doctrina de la misma, podría resumirse en el siguiente voto del Ministro Sindulfo Blanco, que en un caso donde no había decisión administrativa previa, afirmó:

*Se verificó que las Declaraciones Juradas acercadas a la administración en los ejercicios fiscales de 1999, 2000 y 2001 no fueron exactas, teniendo en cuenta la comprobación durante esos periodos de giros de dinero al exterior. Esto implicó para la propia Administración la existencia de utilidades no declaradas provenientes del ejercicio del comercio y la evasión del tributo a cuyo pago se hallaba obligado el encausado./// **Lo que castiga la norma penal es la proporción de datos falsos o incompletos sobre hechos relevantes para la determinación del tributo, y del cual surjan diferencias entre lo ingresado al fisco y lo que debería haber ingresado. Esto resulta así a partir de que los impuestos son determinados y recaudados por el método de declaración jurada./// Del caso concreto surge la existencia de una relación jurídicotributaria determinada entre el encausado (obligado tributariamente) y la Administración del Estado (sujeto pasivo de esa relación)./// El encausado ha incumplido las prestaciones jurídicotributarias a las que estaba obligado, proporcionando datos falsos en los formularios utilizados para la determinación de los impuestos de los años 1999, 2000 y 2001.***

Estos hechos fueron relevantes en el contexto de su correspondencia con el tipo penal estudiado. Los demás presupuestos de punibilidad fueron igualmente correctamente analizados. Por lo tanto, el recurso de casación deviene improcedente. Ver Acuerdo y Sentencia N° 53 del 02 de marzo de 2005. Causa “Recurso extraordinario de casación interpuesto en la causa Assad Ahmad Barakat s/ Evasión de impuestos” (Pucheta, Blanco y Rienzi, fallo unánime).

En esta misma Sala se conocen otros cinco fallos en igual sentido: a) Ac. y Sent. N° 2129 del 14 de noviembre de 2003; b) Ac. y Sent. N° 1631 del 2 de noviembre de 2004. (Caso Megacontrabando); c) Ac. y Sent. N° 495 del 4 de julio de 2006; d) Ac. y Sent. N° 1446 del 27 de noviembre de 2006, y e) Ac. y Sent. N° 30 del 26 de febrero de 2007.

Sobre esta base, podemos afirmar que nuestra Corte Suprema de Justicia, salvo fallos aislados cuyas posiciones han sido superadas por otros posteriores, estableció que la existencia de un hecho punible de Evasión de impuestos no requiere de un proceso administrativo previo, como finalmente se terminó introduciendo por la regla aquí criticada.

6. El procedimiento de determinación tributaria es incompatible con las reglas de un debido proceso penal

El proceso de determinación tributaria regulado en la ley 125/91 contiene reglas que si bien podrían ser consideradas aptas para establecer una acreencia a favor de la administración, serían inaceptables para determinar la responsabilidad penal de un sujeto.

Por ejemplo, el art. 211 inc. 2, establece, refiriéndose a la determinación sobre base presunta, “Entre otros hechos y circunstancias podrá tenerse en cuenta...los promedios, índices, coeficientes generales y relaciones sobre ventas, ingresos, utilidades u otros factores referentes a explotaciones o actividades del mismo género”; según esta regla, a una persona le pueden determinar que

la venta que debía haber declarado es de Gs. 100.000.000 porque ese es el promedio de un negocio del mismo ramo. Por tanto, si declaró en su formulario de IVA ventas por Gs. 50.000.000, entonces mintió.

Obviamente que no se necesita ser un conspicuo constitucionalista para entender que esto trasgrede el principio de inocencia establecido en el art. 17, inc. 1° de nuestra Carta Magna (norma que se operativiza, entre otros, a través de los arts. 5 y 52 del CPP), pues bastaría ser un estudiante de derecho y tener un mínimo de sentido común para comprender que ese tipo de afirmaciones no se pueden hacer en un proceso penal, pues éste, tiene como objeto el descubrimiento de la verdad material y no el de la verdad formal o aparente.¹⁹

Nótese que en este procedimiento administrativo las posibilidades de producir prueba son sensiblemente menores que en el proceso penal, y donde existe un entramado de normas que consagran la posibilidad de utilizar presunciones legalmente tasadas para, ficticiamente, tener por acaecidos los hechos imponibles.²⁰

Debemos concluir al igual que Spolansky, que el procedimiento de determinación tributaria establece un régimen por el cual para cierto tipo de demostración de hechos funciona un sistema de presunciones irrevocables y que el organismo recaudador fiscal, puede en ocasiones intimar la presentación de documentación o producción de nuevas declaraciones que pueden resultar autoincriminatorios, lo que ambos casos es inadmisibles a la luz de los principios que gobiernan nuestro derecho penal y procesal penal.²¹

¹⁹ RIQUERT, Marcelo A. Cuestiones de Derecho Penal y Procesal Tributario 2da. Ed. Ediar Buenos Aires 2004, p 110, citándolo a Spolansky.

²⁰ LÓPEZ BISCAYART, Javier y DECARLI, Enrique. Determinación de oficio y Proceso Penal en Galván Greenway (Coordinador) Derecho Penal Tributario. Cuestiones críticas, Edit. Rubinzal Culzoni, Santa Fe-Argentina. 2005. pp. 118-119.

²¹ RIQUERT, Marcelo A. Op. cit., p 109, citándolo a Spolansky.

7. La determinación tributaria no es un requisito del hecho punible de Evasión de impuestos²²

En el hecho punible de Evasión de impuestos del Art. 261 de nuestro CP, puede apreciarse la tipificación de tres conductas²³ y su combinación con dos resultados. De esta manera puede afirmarse que el artículo contiene seis tipos penales, seis leyes penales completas o seis variantes típicas.

En cuanto a los resultados previstos hay que diferenciar *la evasión de un impuesto* por un lado y por el otro, *el logro de un beneficio impositivo indebido*. Directamente vinculados a estos elementos se encuentran los incisos 4º al 6º, que complementan el tipo. Estas disposiciones vienen a constituir un complemento de los tipos contenidos en el inciso primero, ya que definen los resultados. Es decir, se define qué se entiende por *evasión*²⁴ y qué se entiende por *beneficio impositivo indebido*,²⁵ en el sentido del Art. 261 del CP.

La evasión de impuestos es propia de la fase de liquidación –se practique esta por la administración o sea producto de una auto-declaración–; en cambio, el beneficio impositivo indebido resul-

²² Sobre el tipo penal de Evasión de impuestos, ver: PREDAL DEL PUERTO, Ricardo. La tipicidad de la Evasión de impuestos en el Código Penal Paraguayo, en Revista de Derecho Penal Económico, Edgardo Alberto Donna (Director) Edit. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2010 pp. 179 al 196 y en Apuntes de Derecho Penal Económico, Javier Contreras y Ricardo Preda (Coordinadores), ICED, Asunción, 2012, pp. 187-204.

²³ Art. 261.- Evasión de impuestos.

1º) El que:

1. proporcionara (...) datos falsos o incompletos ...;
2. omitiera (...) proporcionar datos... , o
3. omitiera (...) el uso de sellos y timbres impositivos ...

²⁴ 4º) Se entenderá como evasión de impuesto todo caso en el cual exista un déficit entre el impuesto debido y el impuesto liquidado parcial o totalmente. Esto se aplicará aun cuando el impuesto haya sido determinado bajo condición de una revisión o cuando una declaración sobre el impuesto equivalga a una determinación del impuesto bajo condición de una revisión.

²⁵ 5º) Se entenderá también como beneficio impositivo recibir indebidamente devoluciones de impuestos.

6º) Se entenderá como logrado un beneficio impositivo indebido cuando éste haya sido otorgado o no reclamado por el Estado, en contra de la ley.

ta mas común en el marco del procedimiento de recaudación y ejecución forzosa, cuando se logra una minoración de la deuda ya liquidada o se obtiene un tratamiento beneficiosos de forma individualizada.²⁶

Ahora bien, en los impuestos que se gestionan a través de la autoliquidación

(IVA, IRACIS), la evasión se consuma al momento en que la misma es presentada a la administración, o en caso de omisión, al vencimiento del plazo establecido para presentarla. Respecto a los impuestos que son liquidados por la Administración (ver art. 62 ley 125/91) con la presentación de la declaración falsa o incompleta y en caso de omisión tras la finalización del plazo para declarar, sólo habrá una tentativa;²⁷ la consumación en tanto, se producirá cuando la Administración emita la liquidación.

Es importante destacar, que todas estas conductas deben ser realizadas dolosamente, pues la Evasión de impuestos no castiga la acción u omisión culposa.²⁸ Es decir, quien olvida declarar un ingreso o se equivoca al consignar sus egresos, no incurrirá en una Evasión de impuestos por falta del tipo subjetivo.

Otro punto que debe considerarse, es que en nuestro país la Evasión de impuestos no requiere de un monto evadido para configurar el hecho punible (como sí ocurre en países como España o Argentina, que incluso con ese requisito no admiten la prejudicialidad en la determinación del mismo). En ese contexto, el inc. 7° del art. 261 del CP establece: *“Lo dispuesto en los incisos 4° al 6° se aplicará aun cuando el impuesto al cual el hecho se refiere hubiese tenido que ser rebajado por otra razón o cuando el beneficio impositivo hubiese podido ser fundamentado en otra razón”*.

²⁶ CORDERO GONZÁLEZ, Eva María. El Delito Fiscal en el Ordenamiento Alemán, op.cit, p. 84.

²⁷ Ibidem, p. 83. Con citas de las sentencias del Tribunal Supremo Alemán (BGH) del 16 de mayo de 1984 y la del 7 de noviembre de 2002.

²⁸ En nuestro Código Penal existe una regla general en el art. 17 inc. 1°, por la cual los tipos penales deben entenderse como dolosos, salvo que expresamente se prevea la conducta culposa.

La Evasión de impuestos, en su tipo objetivo, depende del previo nacimiento de la obligación tributaria. Ésta a su vez nace con el acaecimiento del hecho imponible, y no con la determinación tributaria.

También coinciden con esta posición, connotados juristas nacionales como Peña Villamil, Villagra Maffiodo y Ramírez Candia, al sostener que la obligación tributaria nace de la ley al producirse el hecho gravado y no como consecuencia del proceso de determinación del tributo.²⁹ Es decir, el acto determinativo no es necesario para la vigencia de la obligación tributaria; no es un elemento constitutivo de ella, ni siquiera una etapa de la vida de aquélla ni tampoco un acto necesario para su existencia; por lo cual, debemos concluir que no tiene efecto vinculante respecto de la obligación tributaria. Por el contrario, su eficacia y finalidad es meramente declarativa y formal.³⁰

Así por ejemplo, se puede verificar que todos los impuestos de nuestro sistema tienen diversas circunstancias que hacen nacer la obligación tributaria y en ninguno de ellos la obligación nace con la determinación tributaria, es más, el mismo artículo 209 de la ley 125/91 expresa que el efecto de la determinación es apenas el de “declarar” y no el de constituir. [Sobre el nacimiento de la obligación tributaria, entre otros, ver: IRACIS (art. 6 ley 125/91), Rentas de las Actividades Agropecuarias (art. 29 ley 125/91, modificado por el art. 4 de la ley 2421/04), Impuesto Inmobiliario (art. 56 ley 125/91), IVA (art. 80 ley 125/91, modificado por el art. 6 de la ley 2421/04), Selectivo al Consumo (art. 102 ley 125/91)].

Tampoco se debe perder de vista, tal como lo identifica Villegas en Argentina, que la determinación tributaria no se comporta como un acto general que se verifica en todos los casos, sino que

²⁹ PEÑA VILLAMIL, Manuel. Derecho Tributario Tomo II. Edit. Universidad Católica. Asunción 1995, p. 237; VILLAGRA MAFFIODO, Salvador. Principios de Derecho Administrativo, Revisado y Actualizado por Javier Parquet Villagra, Edit. Servilibro. Asunción 2007, pp. 356-357; RAMÍREZ CANDIA, Manuel Dejesús, op.cit., p. 593.

³⁰ LÓPEZ BISCAYART, Javier y DECARLI, Enrique. op.cit. p. 99.

tiene carácter supletorio y eventual en razón del incumplimiento, el cumplimiento defectuoso o parcial que el contribuyente o responsable haya dado a sus obligaciones fiscales;³¹ al respecto, puede apreciarse en el art. 210 de la ley 125/91 cuándo procede la determinación tributaria.

En esa inteligencia, la existencia del delito de evasión es independiente de la determinación de oficio. Repárese que si la maniobra evasiva nunca se descubriera, no habría determinación de oficio por tales hechos. El delito se hubiera consumado de todas formas en el momento en que debía ingresar al Fisco la suma correspondiente y no lo hizo. Queda claro entonces que la existencia del hecho punible de Evasión de impuestos no depende en absoluto de la realización de la determinación tributaria.³²

Por tanto, si la determinación tributaria no es un elemento constitutivo del hecho punible de Evasión de impuestos, mal podría entonces declararse la prejudicialidad a la espera de una decisión sobre ese asunto.

8. La prejudicialidad ha sido abandonada en las legislaciones modernas

El tipo penal de Evasión de impuestos tiene como antecedente inmediato el § 370 de la Ordenanza Tributaria Alemana, sistema donde desde inicios del siglo pasado siempre se delimitó las competencias de cada órgano, quedando en la esfera de los Tribunales Penales establecer la existencia de una evasión dolosa.

En otros países con culturas jurídicas parecidas a la nuestra, ha habido en el pasado una prejudicialidad absoluta; sin embargo, esta ha sido abandonada. Tal como nos los explican autores como Edwards, Borinsky, Macchi o Riquert, con respecto a la experiencia Argentina, afirman que el fundamento de la eliminación de la prejudicialidad administrativa radica en la eficacia que se preten-

³¹ VILLEGAS, Héctor, Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario, Edit. Astrea, Buenos Aires, p 488, citado también por LÓPEZ BISCAYART, Javier y DECARLI, Enrique. Op. cit. p. 100.

³² *Ibidem*, p. 117.

de del régimen penal tributario, el cual carecería de celeridad si se mantuviera una instancia administrativa.³³ De hecho, se reconoce en aquél país la carencia absoluta de condenas por Evasión de impuestos antes de 1990, año en que se abandonó la prejudicialidad.

Sobre la experiencia española, Bajo Fernández y Bacigalupo, afirmaban que el delito fiscal había fracasado hasta 1985 por un obstáculo procesal que establecía que se agote la vía administrativa para proceder por dicho hecho punible. De ahí que el Real Decreto 2631/1985 disponía que no se deba esperar a la incoación del acta para remitir el expediente al Ministerio Fiscal, sino proceder a ello en cuanto se aprecie la posible existencia de un delito contra la Hacienda Pública, siempre que el inspector entienda que se tienen ya elementos probatorios suficientes.³⁴

Ahora bien, en nuestro país, donde justamente la Evasión de impuestos es identificada como uno de los mayores problemas que contribuye a la informalidad y al atraso, resulta que la adoptamos en pleno siglo XXI, a pesar de que -por la nefasta experiencia- había sido abandonada (hace 25 años en España y 20 años en Argentina) por favorecer a la impunidad de este tipo de hechos.

9. La prejudicialidad en la evasión de impuestos, tal como esta regulada, favorece aun más a la impunidad, y por ende, la informalidad

Cualquiera que haya participado de una investigación penal, conoce que uno de sus mayores enemigos es el transcurso del tiempo; ya que resulta sumamente difícil hallar evidencias para reconstruir el pasado. En la hipótesis de la regulación actual, se debe esperar la culminación del proceso administrativo y la eventual sustanciación de los recursos en el ámbito jurisdiccional. Todo esto podría llevar fácilmente unos 5 años de proceso.

³³ EDWARDS, Carlos Enrique. Régimen Penal Tributario, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1991, p. 78; RIQUERT, Marcelo A. Cuestiones de Derecho Penal y Procesal Tributario 2da. Ed. Ediar Buenos Aires 2004, p 109, citándolo a Spolansky; BORINSKY, Mariano. Derecho Penal Económico y de la Empresa, Edit. Ad-Hoc, Buenos Aires 2004, p. 98.

³⁴ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y BACIGALUPO, Silvina. Derecho Penal Económico, Edit. CEURA, Madrid, 2001, p 207.

Sólo ahí quedará habilitada la persecución penal; las preguntas que subyacen a tal solución serían por ejemplo: ¿Habrá aún evidencias incriminatorias? ¿Seguirá el imputado residiendo en nuestro país? Sumémosle a ello que si el caso puesto en manos del Ministerio Público, se basa en determinaciones sobre base presunta, el Fiscal no lo podrá presentar a un Tribunal, pues como dijimos antes, esto resultará incompatible con el régimen de Proceso Penal de un Estado de Derecho. Por lo que no le quedará más remedio que solicitar el sobreseimiento o la desestimación según el estado procesal de la causa.

Así también, debe reconocerse el restringido campo de investigación que tienen los órganos administrativos, que no cuentan con facultades coercitivas propias para realizar sus diligencias; limitándose en consecuencia a las constataciones puramente formales. Asimismo, en el ámbito de la determinación tributaria sólo importa quién es el contribuyente o su representante formal. Por este tipo de cuestiones, no dirigirá su investigación en determinar quién es la persona que está detrás del contribuyente y con ello se favorece a las empresas de fachada, donde el directorio está compuesto por unos simples testaferros y no por los verdaderos dueños.

Ejemplo: *“Victor crea Vtor S.A. con Gs. 10.000.000 de capital y utiliza a su chofer y otros empleados como miembros del Directorio. Compra mercaderías por US\$ 1.000.000 y las vende todas en el mismo mes, al llegar el momento de la declaración del IVA, consigna en el formulario “sin movimientos”. Obviamente que la empresa no cuenta con documentos legales”.*

En este caso, la administración se preocuparía más por Vtor S.A. y los miembros del Directorio; la empresa tiene un capital que representa apenas el 0,2% de las transacciones gravadas y el patrimonio de sus Directivos no se alejarían tanto de ese porcentaje. En vista a la falta de documentos, la administración practicaría una determinación sobre renta presunta, cuya decisión quedaría firme y ejecutoriada, con suerte, luego de unos cinco años.

Tal como vimos antes, el Ministerio Público no podrá utilizar la determinación sobre base presunta y cuándo pretenda recolectar evidencias para fundar alguna solicitud de apertura de juicio, ya habrá pasado mucho tiempo, tornándose fútil su tarea.

En cambio, si se deroga la prejudicialidad absoluta, la investigación podrá ser llevada conjuntamente entre la Administración y el Ministerio Público, pudiendo echar mano de figuras penales como la coautoría, la instigación o el comiso especial, e ir, no sólo contra los testaferros, sino contra el mismo Víctor, e incluso los beneficios obtenidos por él serán susceptibles de ser decomisados.

10. Reflexiones finales

Debemos hacer notar que ya la inclusión de la prejudicialidad fue un planteamiento fuera de contexto, pues la discusión en las leyes 4064 y 4673 versaban sobre la implementación del IRP, y sin embargo lo que se terminó introduciendo fue un asunto que afecta al orden penal y procesal penal, en la persecución no sólo en las evasiones del IRP, sino de todos los demás impuestos.

Al día de hoy, sólo resta esperar que esa regla sea derogada o en todo caso, el Ministerio Público promueva acciones de inconstitucionalidad contra la misma, pues como vimos antes, ella atenta contra reglas básicas de la Carta Magna.

¹⁹MEMORIA DE LA FGE, Asunción, 1997-98, p. 148.

²⁰MEMORIA DE LA FGE 1996, Asunción, p. 55.

