

Nuevas perspectivas en torno a la Teoría General del Derecho Penal Económico^(*)

Entrevista a Urs Kindhäuser^(**)

Por Edward Dyer Cruzado

Miembro de la Asociación Civil *ius et veritas*

1. Tomando en cuenta su concepción respecto al “comportamiento neutral”, ¿considera que este debería emplearse para imputar o no imputar objetivamente el comportamiento o el resultado?

Sostengo que el comportamiento neutral no tiene nada que ver con la imputación objetiva. Más bien, está relacionado con la idea de la complicidad en la aportación de ayuda en la realización del ilícito penal. Puede servir para poder tener una mejor aproximación en ese contexto pero de ninguna manera puede ayudar a la determinación de la imputación objetiva. Tampoco juega ningún rol en la prohibición de regreso o retroceso. Llegamos a estas conclusiones, sobre todo porque no existe un criterio objetivo que nos pueda ayudar a determinar cuándo un comportamiento es considerado neutral o no-neutral, los mandatos generales que rigen el Derecho Penal prohíben la generación o la producción de un peligro o una puesta en peligro y esa es la prohibición que se puede infringir tanto por un comportamiento de los que no se están denominando neutrales como de un comportamiento que sea neutral, la infracción de la prohibición de no generar un peligro puede infringirse por las dos vías. Un ejemplo en el que se detecta que no hay criterios objetivos para decir lo que es neutral y lo que no lo es, se da por ejemplo en el caso en el que quien está vigilando, mientras que el otro comete un delito patrimonial y quien entra a robar a una vivienda, esa vigilancia es un caso claro de complicidad. Por lo menos todo esto enmarcado

dentro del concepto de complicidad del Código Penal alemán. Un ordenamiento jurídico que no tuviera una distinción entre autoría y participación se vería sometido a analizar las pruebas de otra manera. El vigilante, ese sería un caso claro, estaría haciendo una aportación propiamente en complicidad, y sin embargo, contemplado objetivamente otros podrían decir que se trata de un comportamiento neutral porque simplemente estaría pasando por la calle, ¿dónde está objetivamente mi aportación a la realización del tipo del ilícito penal? En definitiva, el “comportamiento neutral” no juega ningún papel en el análisis de la imputación objetiva.

2. ¿Cuáles son los criterios para determinar la vencibilidad del error de prohibición en el Derecho Penal Económico?

En el ámbito del error de prohibición, como partimos de una imputación objetiva, lo importante es determinar si el sujeto tuvo efectivamente el conocimiento para poder advertir la prohibición de la conducta que realizó; y, cuándo podemos advertir que dicho sujeto no tuvo el conocimiento, aún queda la pregunta de si el sujeto es responsable por su falta de conocimiento. Ello debe responderse tomando en consideración el rol que desempeña dicha persona. No es lo mismo lo que esperamos que sepa un asesor fiscal, de un asesor particular, de alguien que participa en el “tráfico rodado”; en cada caso veremos lo que se espera de esa clase de

(*) Agradecemos al doctor Iván Meini por su asesoría en la elaboración de las preguntas para la presente entrevista y a la Dra. Nuria Pastor quien nos apoyó en la realización de la entrevista y en la traducción de gran parte de la misma, sin su ayuda la entrevista no hubiera podido realizarse. De la misma manera agradecemos al profesor Carlos Caro por su colaboración en la gestión de la presente entrevista.

(**) Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Bonn.

(1) El entrevistado utiliza el término *Surrogat*, el cual significa “sucedáneo”, en español. Sin embargo dicho término es empleado muchas veces, en el Código Penal Alemán, para referirse a “equivalente de”, como en el caso del delito de manejar en estado de ebriedad donde se sanciona la imprudencia o el dolo con el que se realice dicha conducta, de igual manera. Para el caso en mención, el término es utilizado en la acepción que le da la Real Academia Española: “Dicho de una sustancia: Que, por tener propiedades parecidas a las de otra, puede reemplazarla”.

partícipe en el “tráfico rodado”, en las actividades económicas y en las fiscales. Recién, desde que prestamos atención a las características concretas de la labor que se desempeña estaremos en aptitud de conocer lo que se esperaba y, en consecuencia, si el error se le puede atribuir o si es invencible y por tanto, no cabe atribuirle responsabilidad alguna.

La idea o criterio determinante para establecer si el error es o no es evitable es preguntarnos si el autor podía y debía saber la prohibición de la conducta. Esta formulación es un sucedáneo⁽¹⁾ del conocimiento efectivo; la afirmación que cumpliendo las exigencias de cuidado el autor podía y debía conocer que su comportamiento llevaba a la configuración del tipo objetivo. Es pues, el sucedáneo del conocimiento efectivo que poseen quienes llevan a cabo también el tipo objetivo. En el ámbito del error de prohibición ocurre lo mismo, el contenido esencial de la parte subjetiva, lo que se considera el conocimiento de la antijuricidad, es el efectivo conocimiento por parte del autor de la prohibición. Si falta ese conocimiento, el sucedáneo posible que permitiría imputarle el error de prohibición vencible es que el autor pueda o deba haber conocido de la antijuricidad de la conducta.

3. En su concepto, ¿los delitos cometidos por funcionarios públicos son delitos de infracción de un deber?

Creo que eso depende del delito. La clase de responsabilidad del funcionario debe tener relación con el tipo de actividad de que se trate. Por ejemplo, en el caso de los delitos contra el medio ambiente, en Alemania, si el funcionario competente para proteger el aprovechamiento del agua, otorga una autorización para contaminar aguas, en este caso se diría que el funcionario ocupa una función de garante. Lo mismo ocurre con el director de una prisión, quien es garante del cuidado y protección de la vida (bien jurídico) de los reclusos, de tal manera que asume la responsabilidad de tutelar que, durante su permanencia en la prisión, no les pase nada. Sin embargo, lo mismo no ocurriría respecto del funcionario que tiene a su cargo la regulación del tráfico en las calles. En este caso, existe responsabilidad si, en el diseño de las señales de tráfico, coloca algunas de tal forma que provoca accidentes. Entonces, no podrá ser responsable de cualquier daño perpetrado contra cualquier bien jurídico. Su posición de garantía se circunscribirá a su actividad y no se extenderá a toda su vida, concluye en el momento en que se retira del cargo de representante del sector público.

4. ¿Considera posible que la autoría mediata se pueda realizar en virtud del dominio de la organización en los apartados de poder?

Me encuentro en contra de esa postura. Lo propio de la autoría mediata es que el “hombre de adelante” sea un instrumento. Es decir, que posea un déficit que no necesariamente debe ser absoluto, pero debe constituir un impedimento para considerarlo como autor del delito y que este déficit sea de responsabilidad del mismo “hombre de adelante”. Es más, a pesar de que Roxin propusiera, hace ya algún tiempo atrás, la autoría mediata a través del dominio de los aparatos de poder, los tribunales reestablecieron los requisitos claros de que solo podemos hablar de autoría mediata cuando el “hombre de adelante” presenta un déficit y podemos hacerlo responsable del delito al “hombre de atrás”. Entonces, cuando Roxin sostiene que puede darse la figura de la autoría mediata, aun cuando el “hombre de adelante” es responsable, está diciendo que si el “hombre de adelante” no presenta ninguna clase de déficit, entonces el “hombre de atrás” deviene o en coautor (si se dan los elementos necesarios para definirlo como tal) o en inductor; pero no puede ser autor porque lo propio de la autoría mediata es justamente utilizar a otro como instrumento.

Ahora bien, desde la sentencia de los cuidadores del muro de la antigua República Democrática Alemana, los que estaban apostados en el muro cumpliendo órdenes y disparando a los que intentaban huir a la República Federal Alemana, el Tribunal aceptó la autoría mediata a través de la autonomía para ejercitar el poder. Es decir, aceptó la autoría mediata aun en el caso de que la persona que actúe en concreto sea una persona en la que no haya un déficit por el que le pueda ser atribuida la autoría de dicha conducta.

El problema de este planteamiento es el peligro de que se vaya extendiendo; por ejemplo, en el caso de una organización mafiosa, al jefe de la organización, le imputarán como autoría actos que realicen los que trabajan para él y lo mismo podría ocurrir con una empresa donde quienes realizan la acción tienen pleno dominio sobre la situación y saben lo que hacen; pero a pesar de ello son considerados autores mediatos (como si tuvieran algún déficit que les impida ser considerados autores del delito). La aceptación por parte de la jurisprudencia de esta concepción laxa de autoría mediata, donde el instrumento no es propiamente un instrumento, se da porque tiene un peligro muy grande de expansión, y muchas conductas pueden quedar eximidas de su verdadera responsabilidad.

5. ¿Considera que la diversidad cultural (socialización exótica) puede ser tratada como causa de error de prohibición? De ser así, ¿esta se contradeciría con el principio de igualdad?

En el ámbito del Derecho Penal nuclear, no entra en consideración la diversidad cultural como error de prohibición porque se tratan de prohibiciones penales tan básicas que todos las conocen, y que no necesariamente deben estar inscritas en una ley penal; ya que no cabe duda acerca de que las conocen porque son normas básicas que constituyen parte esencial de la sociedad. En cambio en el ámbito del Derecho Penal que no es nuclear, existe la probabilidad de un error de prohibición basada en la diversidad cultural. Por ejemplo en el ámbito de la Unión Europea, quien viaja a otro país dentro de la Comunidad, y desconoce ciertas disposiciones que no están en el núcleo del Derecho Penal, puede sostener, con justa razón, que desconocía de la antijuricidad de la conducta para atenuar su responsabilidad penal o incluso eliminarla. Ahora bien, lo que dice el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, es que cuando una empresa tiene una cierta cantidad de tiempo trabajando dentro de un país de la Comunidad Europea desaparece la posibilidad de sostener el error de prohibición en base a la diversidad cultural. No se establece una cantidad específica de meses o años pero, en algunos casos esto puede parecer obvio; por ejemplo, no es lo mismo argumentar el error de prohibición por diversidad cultural un mes después de haber llegado a un país miembro de la Comunidad Europea, que hacerlo luego de varios años. Es posible, por otro lado, que la “socialización exótica” determine que una persona que, por ejemplo, no cumpla con determinados aspectos regulados en la legislación alemana para el asesinato, como que la muerte se realice por “motivos bajos o perversos”, sí pueda generar una situación de error por tratarse de aspectos que pueden variar considerablemente de una cultura a otra, e inclusive llegar a ser considerados como un “motivo noble”. Por ejemplo, en un país podría considerarse que matar a alguien en defensa del honor es digno de considerarse como “motivo noble”, mientras que en otros países esto estaría lejos de adquirir esa connotación. Sin

embargo, creo que existen ciertos comportamientos que no pueden caer dentro de este supuesto de error de prohibición, por ejemplo el matar a tu hija porque realizó una conducta determinada que mancha el honor de la familia o que el marido golpee a su mujer porque dentro de un contexto social “está permitido”, son comportamientos que atentan contra ese núcleo esencial que protege el Derecho Penal, del cual hablé al inicio. Esas prohibiciones de no matar a la hija o golpear a la mujer son tan básicas que pertenecen a la esencia de lo que para nuestra sociedad constituye un error imperdonable.

6. En el caso de la Unión Europea, ¿considera necesario otorgar una suerte de “plazo” para conocer de las normas esenciales que no pertenecen al núcleo del Derecho Penal a las empresas transnacionales que normalmente invierten fuertes sumas de dinero en recabar información financiera, económica y jurídica?

Eso, nuevamente depende de la naturaleza de la norma, de si es elemental o no lo es. Igual en ese caso, podríamos decir que existen normas que por su especialidad no son de fácil conocimiento aun para los grandes y sofisticados inversores. Existen por ejemplo, disposiciones del Derecho de la Competencia que todos conocen y que no pueden pretender ser ignoradas por las empresas transnacionales, pues son condiciones muy básicas como la prohibición del monopolio. Se debe partir de la base, en esos casos, de que la empresa tiene conocimiento explícito de esas disposiciones y en todo, de ser cierto que lo ignoraba, tendrá que probarlo. Pero de otro lado, la Unión Europea regula la cantidad de ciertos componentes que algunos productos deben contener; en estos casos estamos frente a un disposición que claramente escapa al núcleo central del Derecho Penal y se le otorga cierto lapso de tiempo para que adecue su conducta a las nuevas exigencias que le impone la Comunidad. De nuevo, debemos distinguir este supuesto de manera cuidadosa ya que no es admisible que una empresa sostenga que desconocía que el pactar un precio fijo con las demás empresas del mismo rubro, estaba prohibido en cualquier país de la Unión Europea. ¹²