

## PERSPECTIVAS DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO EN CHILE

Héctor Hernández Basualto\*

### RESUMEN

El autor analiza el derecho penal económico chileno situándolo en el contexto del debate político-criminal comparado en torno al fenómeno de adaptación del derecho penal a la llamada “sociedad del riesgo”. Deficiencias legislativas, magros resultados prácticos y desinterés académico conspiran en Chile contra la obtención de niveles razonables de represión en este campo. Ante tal ausencia de política criminal en materia económica, son propuestas algunas tareas para el debate político.

### PALABRAS CLAVE

Política criminal - derecho penal de la sociedad del riesgo - criminalidad económica - administración desleal - uso de información privilegiada

### EL DEBATE POLÍTICO-CRIMINAL COMPARADO: DEL LAMENTO POR DEFECTO AL LAMENTO POR EXCESO

Si este trabajo se hubiese escrito en los años 80 del siglo pasado -, entre nosotros, parcialmente, hasta en los 90- la caracterización del debate político-criminal sobre la delincuencia económica podría haber exhibido una imagen bastante unitaria, con un fuerte consenso en torno a la necesidad de aumentar la efectividad de la persecución y represión de los delitos económicos. En la actualidad, sin embargo, dicho consenso dista de ser tal en los ámbitos académicos del mundo desarrollado, al menos en aquellos países que más influencia ejercen en nuestra tradición jurídico-penal.

Para comprender la situación actual del debate político-criminal en el mundo desarrollado parece conveniente considerar siquiera sintéticamente la evolución del mismo. Sobre esa base se esbozará una toma de posición que sirva de introducción y contexto para las ulteriores reflexiones sobre la situación en Chile.

\* Abogado, *legum magister* y Doctor en Derecho (Friburgo de Brisgovia), Profesor de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal de la Universidad Alberto Hurtado. E-mail: hhernand@uahurtado.cl

## Nuevos delitos y nuevos delincuentes

El interés por la delincuencia económica es de data relativamente reciente -se trata en general de un producto del siglo XX- y reconoce en lo fundamental dos fuentes. Por una parte, el nacimiento y desarrollo de una importante legislación penal económica que coincide con la irrupción del intervencionismo estatal en materia económica<sup>1</sup>. Al menos en los países europeos, este fenómeno intervencionista tiene, como se sabe, sus primeras manifestaciones durante la Gran Guerra, contexto en el cual los gobiernos de las potencias beligerantes se ven forzados a tomar el control de la economía para enderezarla hacia el esfuerzo bélico, pero es definitivamente con la gran depresión mundial iniciada a fines de los años 20 que se instala, con matices más o menos, como una constante característica de los ordenamientos económicos contemporáneos<sup>2</sup>.

La segunda fuente es, sin duda, el descubrimiento que hace la criminología a mediados del siglo XX del delito y, especialmente, del delincuente “de cuello blanco”, término que, como se sabe, fue acuñado en los Estados Unidos por Edwin Sutherland, primero en una legendaria conferencia del año 1939 y luego, definitivamente, en su libro *El delito de cuello blanco*, del año 1949. En lo esencial, Sutherland constata, de la mano del estudio de las infracciones legales atribuidas a grandes corporaciones, que también existe una delincuencia de la clase alta, sólo que con características diferentes a las que ostentan las conductas que tradicionalmente habían sido -y siguen siendo principalmente- objeto de la investigación criminológica, características especiales que estarían condicionadas por el distinto entorno social y, especialmente, profesional de los sujetos<sup>3</sup>. Como es sabido, a partir de esta constatación Sutherland aporta a la teoría criminológica una explicación general del delito que logra emanciparse del factor pobreza (teoría de las asociaciones diferenciales)<sup>4</sup>, pero indudablemente su aporte más permanente fue la propia constatación inicial, con la cual llamó la atención para siempre sobre la existencia de esta forma de delincuencia y sobre los factores sociales que explican, ya no sólo sus diferencias con la delincuencia común, sino que también, lo que es más relevante para este trabajo, el diferente trato que ambas formas reciben de parte del sistema penal.

A partir de estos elementos, enriquecidos gracias a estudios que desde entonces son parte normal de la investigación criminológica, se puede desarrollar una primera aproximación político-criminal al tema: existe una delincuencia consistente en la infracción de las regulaciones de la vida económica, tanto más relevantes en un contexto de mayor intervencionismo estatal, pero que en virtud de una serie de factores sociales no es apreciada como tal y, en consecuencia, no es reprimida efectivamente. El delito económico no genera la misma alarma pública, los responsables son vistos como ciudadanos respetables, la reac-

<sup>1</sup> No puede desconocerse que con anterioridad ya existían en muchos países leyes penales referidas al comercio y no circunscritas a la protección clásica del patrimonio (en materia de quiebras, marcas, patentes, competencia desleal, etc.), pero la explosión normativa se produce, sin duda, sólo en este nuevo contexto.

<sup>2</sup> Al respecto, panorámicamente, RIGHI, ESTEBAN: *Derecho penal económico comparado*, EDESA, Madrid 1991, p. 7 y ss., 17 y ss. (para el caso estadounidense [libre competencia]), 33 y ss. (para el caso alemán). También para el caso alemán TIEDEMANN, KLAUS: *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, Rowohlt, Reinbek bei Hamburg 1976, AT, p. 42 y ss. (citado: *Wirtschaftsstrafrecht*), y ahora El mismo: *Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil*, Heymanns, Köln - Berlin - München 2004, p. 25 y ss., así como, en castellano, LOUIS, JÜRGEN / WASSMER, MARTIN: “Tratamiento de los delitos socio-económicos - Alemania” (trad. Hernández), *Revista Penal* N° 9 (2002), 165 y ss.

<sup>3</sup> SUTHERLAND, EDWIN: *El delito de cuello blanco* (trad. Del Olmo), La Piqueta, Madrid 2000, p. 64 y ss., 87 y ss. y *passim*.

<sup>4</sup> SUTHERLAND, op. cit., p. 277 y ss.

ción penal parece injustificada y desproporcionada para los propios operadores del sistema penal, sin contar con que se trata de imputados que disponen en abundancia de medios de todo tipo para contar con defensas de primer nivel e, incluso, eludir de modo más o menos informal el hecho mismo de la persecución penal. Frente a este cuadro, no es difícil entender que aquéllos que llegaran a preocuparse del asunto concordaran en erigir como meta de política criminal en la materia un aumento relevante de los niveles de efectividad de la persecución y represión penal de los delitos económicos<sup>5</sup>.

La situación descrita permite fundar por sí sola una severa reacción frente a la delincuencia económica, aunque no sea más que por un elemental imperativo ético en orden a dotar de vigencia al principio de *igualdad ante la ley* frente a lo que representa una manifestación flagrante y escandalosa de una verdadera “justicia de clase”<sup>6</sup>. Ciertamente no es tarea del sistema penal la promoción de la justicia social, pero sí al menos cabe exigirle que no se constituya en fuente de desigualdad, que es precisamente lo que hace si persiste en ensañarse con conductas desviadas, características de las posibilidades de relación social de los sectores menos favorecidos y simplemente ignora aquéllas equivalentes en el contexto de relación de los sectores más acomodados<sup>7</sup>.

Con todo, la demanda por reacción frente a la delincuencia económica no se funda -o al menos no se funda sólo- en aspiraciones igualitarias, sino que principalmente en la constatación de los enormes perjuicios sociales que este tipo de conducta desviada acarrea, lo que ha permitido sortear con éxito cualquier intento de minimización basado en la sospecha o abierta imputación de parcialidad ideológica. En efecto, la principal herramienta de legitimación para una severa reacción frente al delito económico son las estimaciones sobre las pérdidas económicas globales que -más allá de la importante “cifra negra”- acarrearán conductas indebidas en el ámbito de la actividad empresarial. En general, se tiende a coincidir en que la magnitud económica de la delincuencia económica supera con creces la del conjunto de la delincuencia convencional contra la propiedad y el patrimonio<sup>8</sup>.

A esto debe agregarse que los efectos perjudiciales de la delincuencia económica no se circunscriben a las pérdidas económicas sino que, adicionalmente, se expresan en un deterioro creciente de las prácticas de la vida económica y comercial, en la medida en que la actividad delictiva de determinadas empresas genera una importante presión en las empresas de la competencia para emular las mismas conductas, en lo que se da en llamar

<sup>5</sup> Sin perjuicio de lo que se dice en seguida en el texto, probablemente el consenso se explicaba ya porque la instalación misma del tema “delincuencia económica” como objeto de estudio y de debate político-criminal había debido recorrer un difícil camino y sortear muchos obstáculos, lo que tal vez no hubiese sido posible sin la convicción previa de estar en presencia de un tema relevante que, sin embargo, exhibía un estado insatisfactorio.

<sup>6</sup> En esta línea, recientemente, SCHÜNEMANN, BERND: “Del derecho penal de la clase baja al derecho penal de la clase alta. ¿Un cambio de paradigma como imperativo moral?” (trad. Baza), en: El mismo: *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*, Tecnos, Madrid 2002, p. 49 (especialmente p. 53 y ss.).

<sup>7</sup> Convincentemente Schünemann, en: El mismo, *Temas actuales*, op. cit., p. 53 y ss.

<sup>8</sup> TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, op. cit., AT, p. 20 y ss.; más recientemente, para Alemania, DANNECKER, GERHARD en: Wabnitz, Heinz-Bernd / JANOVSKY, THOMAS: *Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, Beck, München 2000, p. 11 y ss.; para el ámbito anglosajón, una breve referencia en NELKEN, DAVID: “White-collar crime”, en: *Oxford Handbook of Criminology*, Oxford University Press, 2002, capítulo 23, p. 844 (846), y STRADER, J. KELLY: *Understanding white collar crime*, Lexis-Nexis, Newark et al. 2002, p. 3 y s.; una intuición para el caso español en Terradillos Basoco, Juan: *Derecho penal de la empresa*, Trotta, Madrid 1995, p. 25.

el efecto de arrastre o contagio<sup>9</sup>. Si no llega a ser ése el caso, de todos modos el delito genera una grave situación de desventaja para los competidores honrados que cumplen con la ley, situación injusta e intolerable que no puede ser amparada por el sistema de justicia criminal<sup>10</sup>. En definitiva, lo que está en juego es la vigencia de un mínimo ético en el desempeño de la actividad económica y comercial, entendiendo que dicha vigencia es presupuesto de desarrollo y progreso económico.

Con estas consideraciones y en este contexto se desarrolla una política criminal tendiente a obtener, no obstante las aludidas dificultades estructurales, grados mínimamente aceptables de efectividad en la represión de la delincuencia económica. En este contexto debe destacarse, desde la perspectiva de la tradición jurídico-penal continental, la ingente labor desarrollada por más de treinta años por Klaus Tiedemann, quien desde el que fuera su Instituto de Criminología y Derecho Penal Económico de la Universidad de Friburgo ha ejercido una notable influencia en la renovación de la legislación penal económica de su país y de otros países dentro y fuera de Europa, así como en la incipiente configuración de un derecho penal económico de la Unión Europea<sup>11</sup>.

Los principales cauces por los que discurre el desarrollo de esta política son, esquemáticamente, los siguientes:

a) Una importante *renovación de la legislación penal sustantiva*, en parte encaminada a la tipificación de conductas graves que, sin embargo, no estaban recogidas legislativamente; en parte también concentrada en una mejor tipificación de las mismas, en orden a superar las deficiencias y vacíos detectados en su aplicación práctica. Los ritmos en esta materia han sido diferentes en los distintos países. Así, por ejemplo, mientras en Alemania los pasos decisivos en esta dirección comienzan a darse en la década de los 70, en España, en cambio, se trata de un camino que comienza en los 80 y concluye, por ahora, en el Código de 1995.

b) La *renovación en materia procesal penal*, en términos de remover obstáculos injustificados a la efectiva persecución y juzgamiento de los delitos económicos, sea por vía legislativa, sea mediante la adopción de medidas de tipo organizativo o de gestión<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, op. cit., AT, p. 25 y ss.; también Wabnitz / Janovsky / Dannecker, op. cit., p. 13.

<sup>10</sup> La idea de "ventaja mediante infracción" (*Vorsprung durch Rechtsbruch*) ha sido desarrollada por la dogmática alemana sobre competencia desleal, como un caso específico de contravención de la prohibición genérica del § 1 UWG (Ley contra la competencia desleal); al respecto, por todos, Baumbach, Adolf / Hefermehl, Wolfgang: *Wettbewerbsrecht*, 20. Aufl., Beck, München 1998, § 1 UWG Rdn. 608.

<sup>11</sup> Ha sido significativa la participación de Tiedemann, junto con otros destacados profesores europeos, tanto en el proyecto *Corpus Juris*, de normas sobre protección penal de los intereses financieros de la Unión Europea, encargado por el Parlamento Europeo (ver DELMAS-MARTY, MIREILLE [editora]: *Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union* [trad. alemana Kleinke / Tully, contiene original en francés], Heymanns, Köln – Berlin – Bonn – München 1998), como en el proyecto privado de Eurodelitos, sobre armonización del derecho penal económico de los Estados miembros de la Unión Europea (véase TIEDEMANN, KLAUS [editor]: *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union. Harmonisierungsvorschläge zum Allgemeinen und Besonderen Teil. Freiburg - Symposium*, Heymanns, Köln – Berlin – Bonn – München 2002; existe versión resumida en castellano: TIEDEMANN, KLAUS [director] / NIETO, ADÁN [coordinador]: *Eurodelitos. El derecho penal económico en la Unión Europea*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca 2003).

<sup>12</sup> Al respecto, con información de derecho comparado, HERNÁNDEZ, HÉCTOR: *Proceso penal y delincuencia económica*, Colección de Investigaciones Jurídicas N° 10, Escuela de Derecho Universidad Alberto Hurtado, Santiago 2005 (en preparación).

c) Por último, el aspecto más novedoso, en cuanto se ha producido en forma muy gradual, el *desarrollo de una dogmática* que progresivamente se va extendiendo y adaptando a las cuestiones que plantea la delincuencia no convencional, ámbito en el cual las categorías tradicionales, construidas fundamentalmente a partir de los problemas interpretativos planteados por los delitos violentos, empiezan a sufrir profundas matizaciones, cuando no abiertas alteraciones. Ejemplos significativos en esta línea son los desarrollos en el ámbito de la responsabilidad penal de los directivos o representantes de la empresa o en el de la responsabilidad penal por el producto.

Se podría decir que, al menos hasta fines de los años 80, existía un grado importante de consenso en torno a lo medular de esta política y de sus líneas de desarrollo, sin perjuicio de matices técnicos y diferencias de acento más o menos relevantes<sup>13</sup>, consenso que, sin embargo, se perdería en los años 90.

### La sociedad del riesgo, la expansión del derecho penal y la Escuela de Frankfurt

Este desarrollo del derecho penal económico en los países desarrollados ha coincidido en los últimos quince años con una tendencia mucho más amplia de *expansión del derecho penal*<sup>14</sup> y de lo que se ha dado en llamar *modernización* del mismo<sup>15</sup>, esto es, aumento de la legislación punitiva y aumento de su potencial de aplicación en virtud de la interpretación más flexible de los presupuestos de la responsabilidad penal, esto sin contar con una práctica de persecución y juzgamiento penal que también ve relajados sus principios. Las causas del fenómeno serían múltiples. Silva Sánchez las ha listado de la siguiente manera: aparición de nuevos intereses merecedores de protección, aparición de nuevos riesgos (de procedencia humana), la institucionalización de la inseguridad (creciente complejidad e interdependencia, crisis del Estado de bienestar), aumento de la inseguridad subjetiva, la configuración de una sociedad de “sujetos pasivos”, la identificación de la mayoría social con la víctima del delito, el descrédito de otras instancias de protección, las pretensiones penales bajo nuevas banderas de lucha y la transversalidad del discurso antidelincuencia<sup>16</sup>, así como una actitud “gerencialista” (desprecio por las formas) frente al delito<sup>17</sup>. Todas ellas parecen vincularse con las dificultades de adaptación

<sup>13</sup> Ejemplos de esas diferencias en la discusión española, pero todavía desde el consenso, se encuentran en MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: “Delincuencia económica: estado de la cuestión y propuestas de reforma”, en: AA.VV.: *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, BOE, Madrid 1995, 265 y ss.

<sup>14</sup> Conforme a la expresión de SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA: *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª edición, Civitas, Madrid 2001 (primera edición de 1999).

<sup>15</sup> El término *modernización* o la referencia al *derecho penal moderno* están tomados de HASSEMER, WINFRIED: “Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts”, *ZRP* 1992, 378 (hay traducción castellana con diversos títulos, de Francisco Muñoz Conde, en *Actualidad Penal* 1993, y de Elena Larrauri, en *ADPCP* 1993, así como, en versión adaptada, en HASSEMER, WINFRIED / MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia 1995, y posteriormente en HASSEMER, WINFRIED: *Persona, mundo y responsabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999).

<sup>16</sup> En rigor, Silva Sánchez se refiere en este punto a la aparición de “gestores atípicos de la moral” y a la “política criminal socialdemócrata en Europa”.

<sup>17</sup> SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, op. cit., p. 25 y ss.

frente a las profundas transformaciones que están viviendo las sociedades postindustriales y que, desde una perspectiva más específica, se expresan en la caracterización de tales sociedades como una *sociedad del riesgo*<sup>18</sup>, esto es, como un contexto social caracterizado por un *cambio en el potencial de los peligros* actuales en comparación con los de otras épocas, por la *complejidad organizativa de las relaciones de responsabilidad* y, a consecuencia de lo anterior, por una *creciente inseguridad subjetiva*<sup>19</sup>.

Esta verdadera *crisis del derecho penal* no ha dejado indiferente a nadie en el mundo académico. Por una parte, se han desatado ácidas críticas contra el fenómeno expansivo, críticas que se extienden por cierto también al derecho penal económico, siendo probablemente las más importantes las provenientes de la llamada *Escuela de Frankfurt*, esto es, del grupo de profesores vinculado actualmente o en el pasado al Instituto de Estudios Criminales de la Universidad de Frankfurt, entre cuyos miembros más significativos sobresalen Hassemer, Lüderssen, Naucke y, más recientemente, Albrecht, Herzog y Prittwitz, entre otros. Aun a riesgo de simplificaciones excesivas, los postulados de la Escuela de Frankfurt pueden resumirse en la identificación entre los presupuestos de legitimidad del derecho penal y las características del derecho penal tal como éste fue concebido durante la Ilustración. Junto con un irrestricto apego a los principios de legalidad, culpabilidad, proporcionalidad y humanidad, la Escuela de Frankfurt tiende a entender el principio de lesividad y el postulado de un derecho penal como *ultima ratio* del control social estatal en términos de exclusiva protección de los clásicos bienes jurídicos individuales (vida, salud e integridad, libertad ambulatoria, propiedad, y poco más), lo que, en otras palabras, importa mantenerlo dentro de los límites de lo que hoy llamaríamos derecho penal nuclear o derecho penal convencional, que no son más que los límites históricos del derecho penal que se impone durante el siglo XIX. Desde esta perspectiva, no puede sorprender que los actuales procesos de expansión y modernización del derecho penal sean vistos como una traición a los principios liberales del derecho penal ilustrado<sup>20</sup>.

Por otra parte, en buena medida como reacción al discurso de Frankfurt, se ha producido una importante rearticulación y la renovación -mucho más consciente- de las voces proclives a la expansión y a la modernización del derecho penal, particularmente

<sup>18</sup> La expresión, como se sabe, proviene del libro de BECK, ULRICH: *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1986 (hay traducción castellana: *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, Paidós Ibérica, Barcelona 1998).

<sup>19</sup> Se sigue la caracterización de MENDOZA BUERGO, BLANCA: *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, Civitas, Madrid 2001, p. 25 y ss.

<sup>20</sup> En justicia debe decirse que la crítica de Frankfurt no se limita a ese aspecto estructural o de principio, sino que a una serie de aspectos problemáticos y perjudiciales concretos de la política criminal expansiva. El discurso de Frankfurt puede reconstruirse a partir de los trabajos de HASSEMER, WINFRIED: "Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz", *NSiZ* 1989, 553; El mismo, *ZRP* 1992, 378; HERZOG, FELIX: *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, v. DECKER, HEIDELBERG 1991; Prittwitz, Cornelius: *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main 1993; Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (editor): *La insostenible situación del derecho penal* (edición española a cargo del Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra), Comares, Granada 1999; ARROYO ZAPATERO, LUIS / NEUMANN, ULFRID / NIETO, ADÁN (coordinadores): *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Universidad de Castilla – La Mancha, Cuenca 2003, entre otros.

del derecho penal económico. Junto con destacarse la emergencia de nuevos intereses dignos de protección penal y, en general, la necesidad y legitimidad de un cierto curso expansionista<sup>21</sup>, a los críticos se les imputa falta de realismo y se les atribuyen efectos -y hasta propósitos- discriminatorios, en cuanto tienden a privilegiar la delincuencia de los poderosos<sup>22</sup>. Desde el punto de vista específico del derecho penal económico, se llama la atención respecto de que su crítica comienza precisamente cuando empiezan a verse los primeros resultados prácticos de la política criminal precedentemente esbozada<sup>23</sup>.

En este contexto han surgido también influyentes posiciones intermedias que, por una parte, asumen -sea por convicción, por resignación o por estrategia- la imposibilidad de mantener a ultranza la extensión y los principios del derecho penal clásico, en tanto que, por la otra, intentan hacer distinciones dentro del ámbito de lo punible que permitan preservar lo más posible tales principios, al menos para el sector del derecho penal convencional, caracterizado por el uso más o menos intensivo de la pena privativa de libertad. Así, Hassemer ha propuesto un llamado *derecho de intervención* (*Interventionsrecht*), a medio camino entre el derecho penal propiamente tal y el derecho sancionatorio administrativo, y en el cual podrían asilarse las manifestaciones de “derecho penal moderno” y admitirse las denunciadas flexibilizaciones que lo caracterizan, con lo cual se lograría mantener a salvo un núcleo duro, de derecho penal mínimo, en el cual los principios regirían en toda su extensión<sup>24</sup>. Por su parte, en términos equivalentes, Silva Sánchez ha preferido hablar de un *derecho penal de dos velocidades*: en la primera velocidad se concentraría el núcleo duro del derecho penal clásico, único en el cual cabría la imposición de penas privativas de libertad y para el cual las garantías regirían sin matices de ningún tipo, en tanto que la segunda velocidad estaría reservada para las nuevas manifestaciones punitivas, con garantías más flexibles, pero a las cuales, al mismo tiempo, no serían aplicables las penas privativas de libertad<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> O bien ponerse en duda la existencia misma de la expansión, al menos respecto del derecho penal económico, como hace TERRADILLOS BASOCO, JUAN: “Globalización, administrativización y expansión del derecho penal económico”, en: Terradillos Basoco, Juan / Acale Sánchez, María (coordinadores): *Temas de derecho penal económico. III Encuentro hispano-italiano de derecho penal económico*, Trotta, Madrid 2004, p. 219 y ss.

<sup>22</sup> Así, polémicamente, MARINUCCI, GIORGIO / DOLCINI, EMILIO: “Derecho penal ‘mínimo’ y nuevas formas de criminalidad” (trad. Carnevali), *Revista de Derecho (UCN)*, N° 8 (2001), 231 (242 y ss.), con críticas a Hassemer, Baratta y Ferrajoli, se lee: “Los más ‘rigurosos’ dicen ‘no a la cárcel’ y ‘sí a las penas interdictivas’. Una propuesta de este género provocaría, probablemente, un vibrante aplauso en una asamblea de dirigentes industriales de todos los países, felices de evitar los riesgos de la cárcel y conscientes de que (sic) la empresa para cuyos intereses han cometido los delitos no les faltará -en el caso de que fuesen condenados a penas interdictivas- para pagar lo obrado con lucrativos contratos de asesoría. No parece que la pena privativa que amenaza a los ‘cuello blanco’ esté privada de eficacia disuasiva, todo lo contrario. La experiencia italiana de estos años, caracterizada por un número importante de procedimientos penales en contra de altos dirigentes de las más grandes empresas, habla en el sentido totalmente opuesto” (244).

<sup>23</sup> Así SCHÜNEMANN, BERND: “Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft”, *GA* 1995, 201; también Marinucci / Dolcini, *Revista de Derecho (UCN)* N° 8 (2001), 231 (244): “Y no es quizás casual que se haya iniciado una campaña de opinión -que de por sí merece consideración- en contra de la pena privativa de libertad, en el momento en que se ha perfilado el riesgo de que las puertas de la cárcel podrían abrirse no sólo para las clases más débiles, sino que, inesperadamente, también para los exponentes del mundo de la economía y de las finanzas”.

<sup>24</sup> HASSEMER, *ZRP* 1992, 378.

<sup>25</sup> SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, op. cit., p. 159 y ss.

Como era fácil de suponer, estas propuestas de relativo compromiso no han conseguido aplacar el debate. Ellas mismas han sido objeto de importante crítica<sup>26</sup>, de suerte que forman parte del escenario de un debate que no termina y frente al cual parece ineludible tomar una posición antes de avanzar en un diagnóstico propositivo para el derecho chileno. A continuación se ensayan, preliminarmente, las líneas de una toma de posición.

## Toma de posición

### *Expansiones legítimas y expansiones ilegítimas*

Un punto de partida razonable para una toma de posición en esta materia parece ser el reconocimiento, históricamente fundado, de que no toda expansión del derecho penal es *per se* un desarrollo objetable<sup>27</sup>. Desde luego no es objetable dicha expansión si simplemente expresa la medida en la que el ordenamiento punitivo se adapta a las nuevas condiciones sociales para *asegurar la vigencia de decisiones valorativas fundamentales previas*. Esto debería ser evidente en un primer grupo de casos, probablemente el más sencillo de todos, caracterizado por el propósito de captar en las tipificaciones vigentes objetos, instrumentos o formas de ejecución del todo equivalentes a las tradicionales, pero que hasta ahora eran inexistentes<sup>28</sup>. Por mencionar un solo ejemplo, no se aprecia cómo podría objetarse la necesidad de tipificar como delito las intromisiones indebidas en la esfera de intimidad a través de medios tecnológicos antes desconocidos y que, consecuentemente, no pudieron ser tenidos en cuenta por el legislador histórico.

La cuestión es, sin embargo, más discutible cuando, más allá de estas adecuaciones, que bien podrían calificarse de meros retoques técnicos, se trata de la protección penal de *nuevos intereses*, hasta ahora inexistentes o no considerados en la misma medida, o, desde otra perspectiva, de hacer frente con el derecho penal a nuevas amenazas para intereses relevantes que antes no requerían tal protección. Se puede poner en duda que en este caso la expansión punitiva se funde realmente en decisiones valorativas previas. En principio puede admitirse que se trata de decisiones valorativas inéditas, que a lo más pueden calificarse de congruentes o equivalentes a las tradicionales, conforme a un criterio de legitimación externo. Sobre esto se discutirá en seguida. Cabe preguntarse, sin embargo, si esta aparente novedad de fondo es realmente tal, lo que implica revisar los términos en que se define el contenido de las decisiones valorativas previas del ordena-

<sup>26</sup> TERRADILLOS BASOCO, en: TERRADILLOS BASOCO / ACALE SÁNCHEZ, op. cit., p. 236 y ss.; Mendoza Buergo, op. cit., p. 183 y ss.; GORRIZ NÚÑEZ, ELENA: "Posibilidades y límites del derecho penal de dos velocidades", en: Terradillos Basoco / Acale Sánchez, op. cit., p. 339 y ss.; MARINUCCI / DOLCINI, *Revista de Derecho (UCN)* N° 8 (2001), 231.

<sup>27</sup> SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, op. cit., p. 26; Terradillos Basoco, en: Terradillos Basoco / Acale Sánchez, op. cit., p. 225.

<sup>28</sup> Si bien se mira, esta necesidad no debería surgir si se emplea una técnica legislativa genérica, no vinculada a objetos o medios determinados, lo que, sin embargo, podría resentir principios tan importantes como el de tipicidad. En algunos casos, el empleo de una técnica de esas características no ofrece dificultades, como ocurre, por ejemplo, con el homicidio, delito respecto del cual es altamente improbable que el cambio tecnológico imponga la necesidad de modificar la tipificación; en cambio, no parece que pudiera regir lo mismo en el ámbito de la protección de la intimidad, por mucho que se intente la mayor "neutralidad tecnológica" posible.

miento punitivo. Una manera -ciertamente razonable- de definir tal contenido es a partir de las tipificaciones mismas del derecho vigente, identificando los propósitos del legislador con los alcances concretos de los tipos penales, con lo cual, salvo en el ámbito ya mencionado de la simple adecuación técnica, todo tipo penal nuevo, aunque vinculado con el mismo ámbito de relación social, importa un cambio valorativo. Sin embargo, el asunto puede verse de otra manera si el análisis se sitúa en un nivel algo más abstracto, desde el cual las tipificaciones particulares se ven más bien como expresiones concretas e históricamente condicionadas de una valoración más general, que es la realmente decisiva.

Es probable que el mejor ejemplo de lo que se intenta decir sea precisamente el del derecho penal referido a la actividad económica. La cuestión es si las valoraciones del ordenamiento penal en esta materia se limitan a expresar lo intolerable que resultan determinados atentados contra determinadas configuraciones históricas de los intereses económicos como son la propiedad o el patrimonio, o si, por el contrario, tales tipificaciones, precisamente por su historicidad, no son más que expresiones concretas, *entre otras posibles*, de la verdadera valoración determinante, que podría formularse, por ejemplo, como la censura de cualquier atentado contra los intereses económicos -individuales o colectivos- indispensables para el desarrollo de las personas, cualquiera que sea su configuración histórica. Un buen ejemplo de esto y con larga tradición -y, por tanto, poco sospechoso a la luz del debate actual- es el de la protección penal del *derecho de autor* o *propiedad intelectual*, cuya vertiente económica, en rigor, no es reconducible ni a la propiedad ni al patrimonio.

La objeción espontánea será que no cualquier afección de un interés económico justifica la imposición de una pena, lo que es ciertamente correcto pero no pertinente, porque no se trata de poner en duda el principio de *ultima ratio*, sino de abogar porque el examen respectivo se haga sin privilegios ni discriminación, esto es, con la misma vara tanto para los delitos tradicionales como para los de última generación. En este punto se puede ver una línea directa con la crítica criminológica que denuncia la práctica discriminatoria no ya sólo del aparato de justicia criminal, sino de la propia legislación, la que en la selección de las conductas punibles tiende a excluir las conductas propias -exclusivas- de los sectores más acomodados, lo que exige una justificación muy fuerte. En concreto, para decirlo con un ejemplo inequívoco: la pregunta a la hora de tipificar delitos económicos debe ser si se justifica que una determinada vulneración de las regulaciones económicas sea punible *tal como lo es el hurto*.

El primer criterio en este examen debería ser el del *merecimiento de pena*, orientado fundamentalmente por la *gravedad* de la conducta en cuestión. En seguida debería verificarse que no existan otros mecanismos idóneos y menos gravosos que la reacción penal para el control social de la misma. En este punto, sin embargo, merece recalcar la exigencia de utilizar el mismo criterio valorativo a la hora de responder -con fundamento legítimo- por qué esos mecanismos extrapenales han de aceptarse como suficientes *si no se aceptan como tales respecto del hurto*.

Es sabido que para contestar esta pregunta de modo aparentemente no discriminatorio

existe un arsenal de argumentos técnicos que en este contexto, sin embargo, requieren un mínimo examen crítico. Lo que a primera vista distingue al hurto, por ejemplo, del uso de información privilegiada en el mercado de valores, es que en el primero se aprecia directa y concretamente una afección de la propiedad de una persona determinada, en tanto que en la segunda conducta no se ve ningún efecto, menos aún un efecto negativo o perjudicial. El uso de información privilegiada es, entonces, un *delito de peligro abstracto*, que es casi lo mismo que decir un delito de mera desobediencia y, como tal, susceptible de las más feroces críticas. Sin embargo, existen pocas dudas en cuanto a que resulta intolerable para el adecuado funcionamiento del mercado de valores el que operadores en posición de privilegio puedan aprovecharse del mismo en desmedro del resto de los inversionistas, tan intolerable que, para muchos, se justifica la imposición de sanciones penales, como por lo demás lo demuestra su amplia criminalización en el derecho comparado<sup>29</sup>. Y ciertamente no ha parecido menos intolerable por el hecho de que ningún inversionista determinado haya perdido dinero -al menos no en forma demostrable- como consecuencia de la conducta.

Desde luego puede discutirse intensamente si el uso de información privilegiada ostenta una gravedad equivalente a la del hurto, pero lo que no parece demasiado razonable es que en esa discusión deba desempeñar un papel decisivo la circunstancia de haberse comprobado un efecto concreto y directo de la conducta, efecto concreto que, con todo, puede ser mucho menor que el que se le atribuye, si bien de modo no verificable en el caso concreto, a otras conductas. Si bien se mira, ese proceder no implica más que erigir en criterio de legitimación del derecho penal, lo que no es más que la expresión de una tipología de atentado históricamente condicionada, pues, en efecto, el resultado material es precisamente un elemento central de la tipología de atentado propia de una determinada época histórica, en la cual, por las comparativamente limitadas posibilidades de relación existentes, el atentado contra el orden social se canaliza fundamentalmente a través del atentado físico contra personas y cosas. En otro contexto social, sin embargo, con otro potencial de relación y daño, en el cual esas formas de atentado ciertamente se mantienen pero tienden a perder su sitial, no parece sensato mantener que sólo las conductas que respondan a esa tipología merecen ser objeto del derecho penal<sup>30</sup>.

Si el derecho penal es más que un monumento histórico -y todo indica que nos acompañará por mucho tiempo-, necesariamente el criterio que define la legitimidad de su intervención debe ser independiente de la peculiar tipología de atentado que define cada momento del desarrollo social. Debe tratarse de un criterio capaz de superar la contingencia histórica, que sea igualmente válido para analizar la legitimidad de la represión

<sup>29</sup> Para el derecho europeo, por todos, FOFFANI, LUIGI: "Delitos bancarios y bursátiles", en TIEDEMANN / NIETO, op. cit., p. 109 (113 y ss.); para el derecho estadounidense Strader, op. cit., p. 93 y ss.

<sup>30</sup> Ni aun es sostenible históricamente, pues desde siempre han existido disposiciones penales que protegen instituciones sociales con independencia de la producción de perjuicios a las personas o reprimen actividades sociales que sólo potencial y, en todo caso, mediatamente, conducen a resultados materiales. Tal suele ser el caso, por ejemplo, de muchas falsedades documentales o de los delitos contra la salud pública.

penal tanto del hurto como de la más sofisticada vulneración de las regulaciones económicas. En mi opinión, ese criterio debe estar dado por la *gravedad* de la conducta, medida, naturalmente, no -o no sólo- en términos de perjuicio económico para personas determinadas, sino que en términos de alteración del buen funcionamiento de un sistema económico enderezado por las regulaciones económicas hacia el bienestar común.

Si esto es así, es decir, si efectivamente hay conductas que, por su gravedad para el funcionamiento del sistema económico, merecen ser sancionadas penalmente aunque en ellas no sea posible las más de las veces verificar la producción de un resultado material con significado utilizable, evidentemente no queda sino prescindir de la exigencia de resultado material en la tipificación penal, por una sencilla imposibilidad estructural. Si con esto se trata de un *adelantamiento de la barrera de protección* de bienes jurídicos individuales (delitos de peligro abstracto) o del reconocimiento de *bienes jurídicos supraindividuales, colectivos o institucionales* o, en fin, de cualquier otra figura conceptual<sup>31</sup>, es una cuestión que aquí puede quedar pendiente y que, en todo caso, parece de menor importancia una vez que se acepta que no es más que la consecuencia ineludible de la necesaria adaptación del sistema penal a un nuevo entorno social.

Esto no puede significar, sin embargo, el abandono de la labor crítica en el análisis de la legislación penal económica. Como debe ocurrir con cualquier tipo penal, la legitimidad de los tipos penales económicos debe ser analizada con rigor y sana desconfianza. Aquí simplemente se ha recalcado que este análisis debe hacerse sin cambiar de vara en cada ocasión, sin atribuirle a accidentes históricos más valor que el que merecen y sin legitimar conceptualmente, de paso, lo que no es más que una administración socialmente discriminatoria del castigo. Las tipificaciones deben ser rigurosamente necesarias y su técnica debe satisfacer las exigencias de los principios de legalidad (tipicidad), culpabilidad y proporcionalidad. En este contexto, deberían preferirse redacciones que no representen un adelantamiento *injustificado* del momento consumativo, y en ese sentido, tratándose de conductas que tienden a un resultado material, preferir en principio una tipificación que se construya a partir del mismo, pero aceptando que esto no debe -y no puede- ser necesariamente así.

Con esta precaución, se puede tomar partido en la controversia político-criminal. Naturalmente no es tarea del derecho penal gestionar riesgos ni pretender voluntaristamente restablecer cuotas de seguridad objetiva o subjetiva irremediablemente perdidas por el cambio social. Desde esta perspectiva, una expansión del poder punitivo impulsada exclusivamente por propósitos de ese tipo es indudablemente ilegítima y merece la crítica más acerba. Por el contrario, nada puede objetarse cuando se trata de adaptar el derecho punitivo al nuevo contexto social con criterios de gravedad e igualdad, y con escrupuloso respeto, en el nuevo contexto, de los principios básicos de la disciplina. Específicamente en lo que dice relación con la denunciada *flexibilización o manipulación*

<sup>31</sup> Al respecto, entre muchos otros, CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU: *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999, con referencias.

de las categorías dogmáticas, sin perjuicio de lo que más abajo se dice respecto de la normativización de la dogmática de los delitos económicos, se puede ser categórico en cuanto a que la construcción de un derecho penal económico no puede dar pie a maniobras que atenten contra el marco conceptual que da legitimidad al trabajo dogmático, y que está dado fundamentalmente por los principios de garantía del derecho penal, racionalmente entendidos en la permanente tensión de fines que lo caracteriza.

Ante la posible objeción en cuanto a que en este esquema se ha despachado de un plumazo un principio tan relevante como es el de *lesividad*, simplemente cabe poner en duda que el principio agote sus alcances en una determinada forma de tipificación, como es la de los llamados delitos de daño o lesión. Más bien parece plausible sostener que la dañosidad social de las conductas puede referirse a la perturbación -incalculable- de instituciones y sistemas, como por lo demás ha sido tradicional en el derecho penal desde sus orígenes, como atestiguan, por ejemplo, los viejos delitos funcionarios o aquéllos contra la administración de justicia, entre muchos otros.

En este contexto no parece superfluo mencionar que una mirada cuidadosa, que se adentre por debajo de las caracterizaciones generales del asunto, permite ver que el material que principalmente sirve para ilustrar los problemas de legitimación del derecho penal moderno no está dado tanto por la legislación penal económica -ámbito en el cual es bastante plausible la imagen de un simple *aggiornamento* del marco punitivo que refuerza las reglas del juego en materia económica-<sup>32</sup> sino que mucho más por las tipificaciones que pretenden hacerse cargo de nuevos riesgos tecnológicos, ámbito en el cual los *delitos ambientales* son el ícono indiscutido, sin contar con otras expresiones que presentan problemas mucho más agudos de legitimación, en cuanto pretenden resolver problemas sociales complejos directa e indiferenciadamente con el derecho penal, como es el caso de las demandas de criminalización surgidas al amparo de viejas o nuevas banderas de lucha social, como son la protección de los animales, la emancipación de las mujeres, la protección de los niños, la promoción de los derechos humanos, etc.<sup>33</sup>, sin contar con el notorio endurecimiento de la respuesta represiva frente a la delincuencia común en los últimos años, cuestión que se aborda con más detalle más abajo.

Vista así la situación del derecho penal económico, problemática pero no inmanejable, no parece necesario acoger las propuestas intermedias de un derecho de intervención o un derecho penal de dos velocidades. Además, no parece conveniente hacerlo, por dos órdenes de razones. En primer lugar, porque al renunciar al carácter de derecho penal o, al menos, al carácter de derecho penal “propiaamente tal” o “en serio”, renuncian a límites de garantía que, aunque sometidos a mucha presión en la actualidad, mantienen un importante nivel de rendimiento, mientras que nadie puede asegurar que las flexibilizaciones admitidas desde ya en el seno de estas nuevas manifestaciones del control social estatal no darán lugar a muchas otras, sin mayores límites. Nada asegura, por lo

<sup>32</sup> Así lo pone de relieve Terradillos Basoco, en: TERRADILLOS BASOCO / ACALE SÁNCHEZ, op. cit., p. 225 y ss.

<sup>33</sup> Al respecto SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, op. cit., p. 67 y ss.

demás, que no obstante este aislamiento del derecho penal nuclear no se llegue a la modernización también en ese ámbito, incluso más rápido y con mayor intensidad por el camino abonado por este derecho penal de segunda clase<sup>34</sup>. Desde otro punto de vista, no hay que ser demasiado agudo para interpretar la renuncia anticipada a la principal expresión del poder punitivo estatal, esto es, la pena privativa de libertad -que, en cambio, campea con excelente salud en el contexto de la delincuencia convencional-, como perpetuación de la odiosa doble vía criminológica de “tipos de autor”: los destinados a la cárcel y los destinados a estar fuera de ella<sup>35</sup>. Naturalmente no puede atribuirse a ninguna de estas aproximaciones un propósito discriminatorio, pero no puede dejar de advertirse que, en sus efectos, tienden a ir en esa dirección. Sobre este punto se volverá en el apartado siguiente.

### *Los riesgos para el derecho penal convencional*

Ya se mencionó que el fenómeno de expansión y modernización del derecho penal ha coincidido con un significativo endurecimiento del tratamiento de la delincuencia común, aspecto cuya valoración desde la óptica de este trabajo no resulta fácil. Por un lado un contexto más represivo para los sectores sociales menos favorecidos debería vigorizar la demanda igualitaria por una equivalente represión de los sectores acomodados, pues ciertamente resulta escandaloso que convivan procesos de verdadera fiebre represiva contra la delincuencia callejera, con amplios programas de descriminalización en el sector financiero<sup>36</sup>. Sin embargo, también se puede intuir un aporte involuntario al empeoramiento de la situación de la delincuencia común por la vía de una legitimación de los excesos represivos. Es imposible no recordar la advertencia dirigida desde el abolicionismo por Hulsman en cuanto a que, en último término, la pretensión de castigar al delincuente de cuello blanco no es más que una forma de “cebar la máquina” represiva que se cierne sobre los pobres diablos<sup>37</sup>. Por sectorial que sea el origen de la expansión, ésta debería terminar incidiendo en el conjunto del derecho penal, el que, por lo demás, seguirá sin dudas afectando mayoritariamente a la delincuencia común<sup>38</sup>. Ahora bien, si esto se discute en Europa, puede imaginarse lo que puede representar en contextos de extrema mayor segregación social como el nuestro. Como ha planteado Miguel Soto, mientras en el mundo desarrollado el ideario de la expansión puede insertarse en un discurso racional y equilibrado, en los países “emergentes” probablemente devenga irracional y sólo acentúe la desigualdad de la persecución penal<sup>39</sup>.

<sup>34</sup> Así también, MENDOZA BUERGO, op. cit., p. 183 y ss.; TERRADILLOS BASOCO, en: TERRADILLOS BASOCO / ACALE SÁNCHEZ, op. cit., p. 236 y ss.

<sup>35</sup> La expresión es de Donini, Massimo: “¿Una nueva edad media penal? Lo viejo y lo nuevo en la expansión del derecho penal económico” (trad. Méndez Rodríguez), en: TERRADILLOS BASOCO / ACALE SÁNCHEZ, op. cit., p. 197 (213 y s.).

<sup>36</sup> Es el fenómeno que, para Italia, denuncia BERNARDI, ALESSANDRO: “La evolución de la política criminal italiana entre opciones represivas y soluciones minimalistas”, *Cahiers de defense sociale* 2003, 71 (74 y ss.).

<sup>37</sup> HULSMAN, LOUK / BERNAT DE CELIS, JACQUELINE: *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa* (trad. Politoft), Ariel, Barcelona 1984, p. 111.

<sup>38</sup> En ese sentido SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, op. cit., p. 57 y s., con nota 122. Desde una perspectiva más general, véase ahora Díez Ripollés, José Luis: “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, REPCPC 07-01 (2005).

<sup>39</sup> Citado por LASCANO, CARLOS JULIO: “La insostenible ‘modernización del derecho penal’ basada en la ‘tolerancia cero’ desde la perspectiva de los países ‘emergentes’”, *Cahiers de defense sociale* 2003, 157 (165).

Los temores, como se ve, apuntan a dos riesgos complementarios, como son el de mayor represión y menores garantías para la delincuencia común a consecuencia de una supuesta mayor severidad y rebaja de garantías para con la delincuencia económica, la que, sin embargo -y éste es el segundo riesgo-, no pasa de ser un mero símbolo legitimante de cualquier exceso.

El primer temor es, en principio, fundado. Sin embargo, no es evidente que exista entre nosotros una ligazón entre el discurso peligrosista respecto de la delincuencia común, especialmente en el ámbito de los delitos contra la propiedad, y una eventual política de efectiva persecución de los delitos económicos. Desde luego, la ausencia de una tal política no ha representado nunca una contribución a la moderación del sistema penal tradicional, de suerte que no hay nada que, al menos directamente, pueda perderse por esa vía, en tanto que las razones para la exacerbación de la represión de los robos y hurtos parecen provenir de otras consideraciones y no de una comparación entre ambos sectores. Por lo demás, como se ha dicho, aquí sólo se trata de justificar la relevancia jurídico-penal de la conducta desviada en materia económica y de abogar por su efectiva persecución, pero en ningún caso de abandonar los principios básicos del derecho penal.

En cuanto al riesgo de un derecho penal económico exclusivamente “simbólico”, en la connotación más negativa del término<sup>40</sup>, esto es, como una legislación penal destinada de antemano a no recibir aplicación y a servir de mero testimonio de la “preocupación” del legislador, quien, una vez promulgada la ley, ya no necesita hacerse cargo realmente del problema social que motivó el acto legislativo, también es real. Ciertamente la observación de los magros resultados prácticos de la introducción de muchos tipos penales económicos siembra la duda sobre si responden a las reconocidas dificultades que enfrenta la persecución penal en este ámbito o si, más bien, son la consecuencia de un ejercicio de *gatopardismo* legislativo, posibilidad esta última que viene sugerida muchas veces por las propias redacciones legales. Para este problema no existen, empero, soluciones ideales. El riesgo sólo se puede eludir renunciando absolutamente al control jurídico-penal de ciertas infracciones graves en la vida económica, lo que, sin embargo, no parece admisible. Sólo queda tenerlo presente y procurar fórmulas legislativas técnicamente adecuadas y medios que hagan practicable un razonable grado de eficacia en la persecución penal de estas infracciones. La denuncia de la mala legislación y la preocupación concreta por los problemas de la administración de justicia en este ámbito y por las posibles vías de superación son tareas indispensables en ese sentido. No es mucho más lo que se puede hacer.

#### *Excursus: Globalización y derecho penal económico*

En la discusión sobre la expansión y la modernización del derecho penal, se suelen poner en relación estos procesos con el fenómeno de la *globalización*. Si bien los contornos

<sup>40</sup> Sobre las diversas acepciones de la llamada función simbólica del derecho penal, por todos, Terradillos Basoco, en: Terradillos Basoco / Acale Sánchez, op. cit., p. 219 (234 y s.).

de este concepto de moda -que se quiere ver en el trasfondo de cuanto cambio social sea imaginable- distan de ser precisos, puede asumirse convencionalmente como elemento característico del mismo la existencia de un inédito y muy intenso intercambio de bienes, servicios e información a escala mundial, favorecido por la revolución tecnológica de las telecomunicaciones y la apertura de los mercados, con una dinámica propia que trasciende las estructuras estatales nacionales y, consecuentemente, sus posibilidades de dirección y control<sup>41</sup>.

La pregunta en este contexto es si, en efecto, es posible atribuirle a la globalización efectos expansivos en el derecho penal, cuestión que, más allá de ciertos lugares comunes, no muestra una imagen unívoca. Pues una de las características de la globalización como fenómeno es precisamente la elusión de las regulaciones del legislador estatal-nacional, entre ellas las penales, para dar paso al dominio de “soberanos privados supraestatales difusos” (cuyo paradigma es la empresa transnacional)<sup>42</sup>, dotados de un poder de hecho que no emana del acuerdo entre Estados<sup>43</sup>, tanto en cuestiones de fondo como en materia de procedimientos de resolución de conflictos. Más aun en un contexto de desigual distribución internacional del poder de negociación económico, la globalización tiende más bien a la *inhibición* de reacciones penales en las economías de menor desarrollo relativo y no a la expansión del derecho penal<sup>44</sup>. Así visto, las regulaciones económicas a escala internacional con dimensiones penales representan más bien una reacción contra la globalización, un intento por someterla a reglas, más que un efecto perseguido por la misma<sup>45</sup>. Sólo en ese sentido se puede hablar de un efecto expansivo de la globalización.

Este efecto reactivo tiene diversas manifestaciones que responden a la globalización como contexto. Por una parte, se intenta hacer frente a las formas *extraterritoriales* de delincuencia a que ha dado lugar la globalización, impulsando a los legisladores nacionales a ampliar las pretensiones de extraterritorialidad de sus respectivos sistemas penales, si bien, muchas veces, no se trata más que de reglas interpretativas para determinar el lugar de comisión del delito<sup>46</sup>. Por otra parte, se intenta hacer frente a la enorme *movilidad* de la delincuencia en la globalización, impidiendo la aparición de paraísos de impunidad, a través del desarrollo de una legislación internacional con alcances penales en diferentes materias, con el objeto tanto de asegurar el castigo, como -no menos importante- de evitar factores distorsionadores en la competencia entre distintas economías. Tal es el

<sup>41</sup> Elementos para la definición en Donini, en: Terradillos Basoco / Acale Sánchez, op. cit., p. 198; Terradillos Basoco, en: Terradillos Basoco / Acale Sánchez, op. cit., p. 222 y ss.; Silva Sánchez, *La expansión*, op. cit., p. 85 y ss.

<sup>42</sup> Sobre las dificultades de abordar la actividad criminal de empresas transnacionales por los medios tradicionales del derecho penal, ya a fines de los 70, TIEDEMANN, KLAUS: *Multinationale Unternehmen und Strafrecht*, HEYMANNS, KÖLN – Berlin – Bonn – München 1980.

<sup>43</sup> TERRADILLOS BASOCO, en: Terradillos Basoco / Acale Sánchez, op. cit., p. 222 y ss.

<sup>44</sup> Como certeramente ha apuntado Terradillos Basoco, en: Terradillos Basoco / Acale Sánchez, op. cit., p. 224.

<sup>45</sup> Decididamente en ese sentido, refiriéndose a la armonización del derecho europeo como una respuesta “democrática” frente a la globalización, Donini, en: Terradillos Basoco / Acale Sánchez, op. cit., p. 199.

<sup>46</sup> Es lo que ocurre, por ejemplo, con la difusión de material prohibido mediante internet y respuestas a la misma, como las del art. 374 ter CP, introducido mediante Ley N° 19.927, de 14 de enero de 2004.

caso, desde luego, de los delitos internacionales tradicionales (piratería, tráfico de drogas y de armas, trata de personas, etc.) y del moderno derecho penal internacional de los Derechos Humanos, pero también, crecientemente, del derecho penal económico<sup>47</sup>. Ejemplo paradigmático de esto último a nivel multilateral es la tipificación prácticamente universal del lavado de dinero<sup>48</sup>.

Cuál ha de ser la valoración de esta forma de expansión, dependerá del punto de partida que se asuma. Desde una perspectiva general, los detractores de la globalización deberían en principio aplaudir estos mecanismos de contención de la misma. Si esto, sin embargo, no ocurre o no ocurre siempre, se debe presumiblemente a que la única respuesta en verdad satisfactoria para ese grupo sería la supresión de las condiciones que han hecho posible la globalización, esto es, la ampliación y apertura de la economía de mercado. Desde una perspectiva estrictamente penal, la situación es similar, en términos de que la valoración de la legislación internacional dependerá de la valoración previa sobre el propio modelo económico y, consecuentemente, del tipo de regulaciones penales que parecen indispensables para el aseguramiento de la convivencia y el desarrollo de las personas en ese modelo económico. Si existe adhesión al modelo de economía de mercado y, consecuentemente, al menos a un núcleo de regulaciones penales a su respecto, la internacionalización de esa adhesión debería ser *en principio* inobjetable. Más aun, debería ser valorada como un intento de obtener reglas del juego parejas.

Las objeciones posibles, entonces, deben versar sobre los alcances específicos de las regulaciones internacionales, lo que, sin embargo, conecta directamente con las condiciones bajo las cuales éstas se acuerdan. Nadie puede abrigar dudas respecto de cuál de las partes ostenta el mayor poder de negociación en la celebración de estos acuerdos, especialmente cuando se trata de acuerdos bilaterales, lo que implica que unos países pueden imponer a otros la adopción de determinadas decisiones legislativas en materia penal, especialmente -o incluso en exclusiva- las que son de su propio interés. Así, por ejemplo, es conocida la influencia que tuvieron las negociaciones del Tratado de Libre Comercio entre Chile y los Estados Unidos en las modificaciones sufridas -también en materia penal- por la Ley N° 17.336 de Propiedad Intelectual<sup>49</sup>. Los riesgos de la situación son evidentes, y tienen que ver fundamentalmente con la introducción en bloque de decisiones o técnicas legislativas que quiebran los principios o el sistema del derecho penal nacional.

Sin embargo, no parece haber muchas alternativas viables ante este estado de cosas,

<sup>47</sup> TERRADILLOS BASOCO, en Terradillos Basoco / Acale Sánchez, op. cit., p. 224 y s., agrega, con tono crítico y como único efecto expansivo atribuible directamente a la globalización, el fomento de la represión de “desviaciones” de los sectores más deprivados en cuanto ponen en riesgos el normal funcionamiento del modelo económico.

<sup>48</sup> Debe recordarse el origen internacional que para la mayoría de los países tiene el tipo penal de lavado de dinero, específicamente en la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, suscrita en Viena el 20 de diciembre de 1988 (promulgada en Chile mediante Decreto Supremo [Relaciones Exteriores] N° 543, de 31 de mayo de 1990, publicado el 20 de agosto de 1990).

<sup>49</sup> Mediante Ley N° 19.914, de 19 de noviembre de 2003; la referencia no implica una opinión crítica acerca de las modificaciones de la ley, sino simplemente la constatación de un fenómeno en sí discutible.

en la medida en que la globalización parece haber llegado para quedarse, que ciertamente resulta preferible una globalización con reglas que una sin ellas y que el menor poder negociador de las economías pequeñas es un hecho probado de la causa. Con todo, el habitual grado de generalidad de los instrumentos internacionales, al menos en lo que a cuestiones penales concierne, debería permitir un campo de maniobra en defensa de lo que se considere valioso del propio ordenamiento punitivo. Para poder utilizarlo fructíferamente, sin embargo, se hace indispensable contar con una dogmática desarrollada sobre el propio derecho penal económico, en los términos esbozados.

### *Desarrollo dogmático del derecho penal económico*

Ahora bien, en lo que dice relación con el *desarrollo dogmático* de los delitos económicos, siempre en el contexto de la controversia entre partidarios y detractores de la expansión del derecho penal, se produce un fenómeno curioso. Una de las características más acusadas de la modernización del derecho penal sería, como se ha dicho, la flexibilización de las categorías dogmáticas tradicionales y con ello, se dice, de las garantías que llevan envueltas, todo lo cual se explicaría por un intento de hacerlas calzar con los nuevos propósitos represivos. Lo curioso es que este fenómeno ha tenido como principal escenario mucho más el ámbito de aplicación del derecho penal nuclear que el de los delitos no convencionales, particularmente los económicos. En efecto, probablemente la expresión más nítida del progresivo abandono de categorías de larga tradición dogmática con el inequívoco objeto de darle cauce jurídico-penal a situaciones completamente inéditas, sea la aceptación de la llamada “causalidad estadística” como fundamento suficiente de la imputación de resultados lesivos contra la vida o la salud -esto es, contra los bienes jurídicos individuales por antonomasia- en el contexto de la llamada *responsabilidad penal por el producto*<sup>50</sup>. Como se ve, no se trata de la protección de nuevos intereses sino que del resguardo de bienes jurídicos personalísimos, respecto de los cuales, sin embargo, se debe abordar la aparición de fuentes de peligro hasta ahora desconocidas. Con todo, no puede dejar de advertirse que el desarrollo concreto en este punto se inserta coherentemente en un proceso mucho más amplio de *normativización* de la teoría del delito, específicamente de los clásicos delitos de resultado, que se hizo patente a partir de la refundación por Roxin de la teoría de la *imputación objetiva* (del resultado)<sup>51</sup> y que se ha ido extendiendo prácticamente a todas las categorías dogmáticas.

Por lo mismo, no es del todo claro cuál haya sido la influencia del debate político-

<sup>50</sup> La literatura al respecto se ha hecho inabarcable. Con todo, un muy buen panorama de la evolución jurisprudencial en Alemania y en el ámbito anglosajón puede verse en EICHINGER, HARALD: *Die strafrechtliche Produkthaftung im deutschen im Vergleich zum anglo-amerikanischen Recht*, Peter Lang, Frankfurt et al., 1997. En español, entre muchos otros, HASSEMER, WINFRIED / MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: *Responsabilidad*, op. cit.; MIR PUIG, SANTIAGO / LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL (coordinadores): *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, J.M. Bosch, Barcelona 1996; ÍÑIGO CORROZA, ELENA: *La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos*, J.M. Bosch, Barcelona, 2001.

<sup>51</sup> Al respecto, punto de partida es ROXIN, CLAUDIUS: “Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht”, en: *Festschrift für Richard Honig zum 80. Geburtstag*, Schwartz, Göttingen 1970, p. 133 y ss.

criminal en torno a la expansión del derecho penal en este proceso, salvo, tal vez, en el ya mencionado ámbito de la responsabilidad por el producto o, especialmente, en el de la autoría y la participación, donde la organización de la empresa como contexto de actuación marcado por jerarquías y competencias múltiples, división del trabajo, compartimentalización de la información, decisiones colegiadas, etc., ha servido indudablemente de acicate para la discusión tanto teórica como práctica sobre los límites de la responsabilidad penal<sup>52</sup>.

Lo que sí debería ser claro, en cambio, es que el tratamiento dogmático de la delincuencia no convencional no puede sino *confirmar* y potenciar dicho proceso de normativización de los conceptos dogmáticos, por la sencilla razón de que a su respecto simplemente no es posible desarrollar una dogmática “naturalista” por falta de base. Entonces, lo que en el ámbito de los delitos convencionales puede parecer una simple opción metodológica, en el ámbito del derecho penal moderno viene a ser una imposición del objeto. Como ha sostenido recientemente Silva Sánchez, “son varias las razones por las que parece posible afirmar que precisamente este ámbito [el de los fraudes patrimoniales y, en general, el de los delitos económicos] puede constituir uno de los más aptos para la normativización que propone la doctrina de la imputación objetiva. En primer lugar, el alejamiento de los ‘delitos de sangre’ permite obviar con mayor facilidad algunos de los obstáculos emocionales que el dogma causalista (y el complementario dogma subjetivista) oponen, en el homicidio o las lesiones, a una mayor normativización. En segundo lugar, el conflicto entre esferas patrimoniales (‘libertades’ económicas) característico de estos delitos constituye, por su menor anclaje naturalístico, un espacio idóneo para la reflexión normativista sobre cuáles han de ser las fronteras entre las libertades jurídico-penalmente irrelevantes de los sujetos activos y las libertades jurídico-penalmente garantizadas de los sujetos pasivos. En donde los papeles de sujeto activo y sujeto pasivo se ven, por lo demás, constantemente intercambiados en las diversas interacciones económicas. En tercer lugar, buena parte de los delitos patrimoniales fraudulentos tienen lugar en contextos ya de por sí fuertemente normativizados por la existencia de regulaciones jurídicas extrapenales que definen con cierta precisión las respectivas esferas de competencia”<sup>53</sup>. Lo que realmente llama la atención de todo esto es que recién en los últimos años, con bastante rezago, esté avanzando la normativización de la dogmática de los delitos económicos, comenzando con los delitos patrimoniales clásicos<sup>54</sup>.

<sup>52</sup> A lo que deben agregarse, naturalmente, los nuevos bríos del debate sobre la responsabilidad penal propia de las personas jurídicas.

<sup>53</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA: “Introducción”, en: El mismo (director): *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*, Marcial Pons, Madrid – Barcelona 2003, p. 12.

<sup>54</sup> En el caso de la estafa, destacan las aportaciones de KINDHÄUSER, URS: “Täuschung und Wahrheitsanspruch beim Betrug”, *ZStW* 103 (1991), p. 399 y ss.; El mismo: “Betrug als vertyppte mittelbare Täterschaft”, en: *Festschrift für Günther Bommert zum 70. Geburtstag*, Nomos, Baden-Baden 1997, p. 339 y ss.; PAWLIK, MICHAEL: *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, Heymanns, Köln – Berlin – Bonn – München 1999. En España, las de Pérez Manzano, Mercedes: “Acerca de la imputación objetiva en la estafa”, en: AA.VV.: *Hacia un derecho penal económico europeo*, op. cit., p. 285 y ss. y recientemente Pastor, Nuria: *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, Marcial Pons, Madrid – Barcelona 2004. En Chile, PIÑA, JUAN IGNACIO: *Fraude de seguros. Cuestiones penales y de técnica legislativa*, Universidad de los Andes, Santiago 2004, p. 41 y s.

Concluido este apretado panorama del debate comparado y de los términos de la discusión se puede ahora dirigir la mirada a la situación del derecho penal económico en Chile.

## LA SITUACIÓN EN CHILE: ¿EXPANSIÓN?

### Escasos resultados y sólo moderado interés

Cuando hace un par de años Winfried Hassemer dictó en Santiago una importante conferencia sobre la modernización del derecho penal y su crítica, pudimos decir con ironía en nuestro comentario a la misma que el insigne profesor de Frankfurt podía estar tranquilo y contento, porque en Chile teníamos “a raya” todo atisbo de modernización y que nuestros problemas no tenían que ver tanto con preservar los caracteres del viejo derecho penal ilustrado sino que, más bien al contrario, en muchos ámbitos, con alcanzar siquiera el estadio de la Ilustración.

Más allá de la ironía, la primera parte de la afirmación, que es la que importa en el contexto de este trabajo, no parece susceptible de refutación. En efecto, en nuestro país no se aprecia ni interés ni, menos, esfuerzo por adaptar el instrumentario del derecho penal a nuevas demandas de protección, con independencia de que éstas se consideren legítimas o no. Es particularmente llamativa la inexistencia, por ejemplo, de una genuina legislación penal ambiental<sup>55</sup>, en tanto que en el ámbito más general de los delitos de peligro común prácticamente no se encuentran innovaciones dignas de mención. En lo que respecta a la práctica jurisprudencial -avalada al menos por el silencio de la doctrina- en materia de delitos contra la vida y la salud, no existe ningún desarrollo importante en materia de tratamiento de las consecuencias perjudiciales del funcionamiento de nuevas fuentes de peligro, las que, por regla general, y no obstante la vocación comprensiva de los tipos penales clásicos, suelen considerarse *a priori* como meros ilícitos civiles. En general, todo lo que escape a las formas convencionales de lesionar, fuertemente condicionadas por la *cercanía física* entre sujeto activo y sujeto pasivo, no se logra concebir como un posible asunto penal.

Probablemente los únicos bolsones nítidos de modernización en el derecho penal chileno estén dados por la regulación penal del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, que, como bien se sabe, responde a los dictados de la legislación internacional, así como por el derecho penal político, en buena medida heredado de la dictadura militar, ámbitos respecto de los cuales, más que de derecho penal moderno bien puede hablarse de *derecho penal del enemigo*<sup>56</sup>. Una tendencia similar se observa, curiosa-

<sup>55</sup> Al respecto, puede verse un diagnóstico en MATUS, JEAN PIERRE (editor): *Derecho penal ambiental*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2004, p. 205 y ss.

<sup>56</sup> Al respecto SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, op. cit., p. 163 y ss.; JAKOBS, GÜNTHER / CANCIO MELIÁ, MANUEL: *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid 2003.

mente, en ámbitos del derecho penal nuclear proclives a la explotación populista, como ocurre en materia de delitos sexuales o -si bien con una tradición de al menos cincuenta años- contra la propiedad<sup>57</sup>.

En lo que respecta al derecho penal económico propiamente tal, la situación no es muy diferente. Desde el punto de vista legislativo, si bien existen muchas normas penales económicas -la mayor parte de ellas dispersa en leyes comerciales y económicas-, el panorama exhibe importantes vacíos y serios problemas técnicos que conspiran de antemano contra la efectividad de la represión de la delincuencia económica, aspectos que se abordan con algo más de detalle en el apartado siguiente. Sin embargo, probablemente el aspecto más llamativo de la situación sea la ausencia de resultados prácticos relevantes en la represión de este tipo de delitos. Las estadísticas muestran una escasa incidencia de estas conductas, que confirma una percepción relativamente generalizada en cuanto a las falencias de persecución en la materia. En efecto, la participación de los delitos económicos en los ingresos y, especialmente, en las condenas es muy menor<sup>58</sup>, sin contar con la “cifra negra”, que se estima muy considerable. Coincidentemente con este cuadro, debe destacarse que los delitos económicos no forman parte del grupo de *delitos de mayor connotación social*, concepto clave en la política de seguridad ciudadana del Ejecutivo, de suerte que en general no se les considera en las estadísticas periódicas que prepara el Ministerio del Interior ni tampoco en el Anuario de Estadísticas Criminales preparado por la Fundación Paz Ciudadana.

Por último, puede decirse que la preocupación académica por los delitos económicos en nuestro país ha sido relativamente escasa, como lo demuestra la reducida literatura disponible al respecto<sup>59</sup>. El interés se ha canalizado más bien a través de reuniones científicas dedicadas al tema, entre las que destacan el Segundo Congreso Latinoamericano de Criminología celebrado en Santiago el año 1941, cuyo tema décimo estaba dedicado precisamente a los delitos económicos<sup>60</sup>, seguido dos décadas después, en octubre de

<sup>57</sup> Sobre esta tendencia, HERNÁNDEZ, HÉCTOR: “El derecho chileno en el cambio de siglo. Ensayo de balance y perspectivas”, *Persona y Sociedad*, Vol. XVIII, N° 2 (2004), 213 (227 y ss.).

<sup>58</sup> Como se desprende de las cifras por delitos que arrojan los Anuarios de Justicia preparados por el INE (2001 y 2003) y, ahora, de los Anuarios Estadísticos Interinstitucionales de la Reforma Procesal Penal.

<sup>59</sup> Véase, además de las Actas citadas en las notas siguientes y prescindiendo de memorias de prueba, NOVOA, EDUARDO: “La legislación penal en materia económica”, en: AA. VV.: *La nueva legislación y el desarrollo económico de Chile*, Universidad Católica de Chile, Santiago 1962, p. 151 y ss.; El mismo: “Reflexiones para la determinación y delimitación del delito económico”, *ADPCP* 1982, 57 y ss.; CURY, ENRIQUE: “El decreto-ley N° 280 sobre delito económico”, *RChD Vol. I* (1974), 650 y ss.; LLANOS, HUGO: “El decreto-ley N° 280, sobre delito económico”, *RChD Vol. I* (1974), 100 y ss.; BOSSELIN, HERNÁN / BRIONES, RAMÓN: *Delito económico: dos ensayos*, ICHEH, Santiago 1987; SOTO, MIGUEL: “Presupuestos para la determinación de la objetividad jurídica de los llamados delitos económicos”, *Derecho y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, N° 1 (1988), 56 y ss.; AVILÉS HERNÁNDEZ, VÍCTOR: *Orden público económico y derecho penal*, ConoSur, Santiago 1998; ORTIZ, LUIS: “Delincuencia económica”, en: AA. VV.: *Problemas actuales de derecho penal*, Universidad Católica de Temuco, Temuco 2003, p. 191 y ss.; GUERRERO, JORGE: “Concepto y características del derecho penal económico”, *Revista Entheos, Año 2, Vol. 1* (2004), 13 y ss. En perspectiva criminológica GONZÁLEZ BERENDIQUE, MARCO AURELIO: *Criminalidad económica: el delito como negocio*, Ediar-ConoSur, Santiago 1989.

<sup>60</sup> *Actas del Segundo Congreso Latino Americano de Criminología*, Santiago 1941, T. II, p. 7 y ss.

1962, por las Quintas Jornadas de Ciencias Penales organizadas por el Instituto de Ciencias Penales<sup>61</sup> y luego, también dos décadas después, en mayo de 1981, por el Segundo Encuentro de Profesores de Derecho Penal, realizado en Concepción y dedicado a abordar los “Aspectos penales del cheque”<sup>62</sup>. En materia de programas académicos específicamente orientados al tema destaca el Programa de Magister en Derecho Penal Económico ofrecido por la Universidad de Chile en los años 80 y el Diplomado en Derecho Penal Económico que actualmente imparte la Universidad Alberto Hurtado.

### El aspecto legislativo

La legislación penal económica chilena tiene sus primeras manifestaciones, aunque tímidas y muy limitadas, en el propio Código Penal de 1874. En ese contexto, y sin contar con las defraudaciones más tradicionales, destaca el tratamiento penal de la insolvencia en el § 7 del Título IX del Libro Segundo (arts. 463 y ss. CP)<sup>63</sup>, el tipo penal de usura (art. 472 CP) y, especialmente, los delitos del § 7 del Título VI del Libro Segundo, sobre “Crímenes y simples delitos relativos a la industria, el comercio y a las subastas públicas” (arts. 284 y ss. CP). Particularmente a partir de las décadas del 20 y del 30 del siglo pasado comienza a desarrollarse una legislación económica de corte intervencionista en cuyo seno se encuentran también disposiciones penales. Cabe mencionar las primeras normas penales en materia de control de cambios internacionales<sup>64</sup>, las primeras normas penales tributarias<sup>65</sup>, entre otras. Si hubiese que hacer una caracterización gruesa de la legislación penal chilena hasta mediados de los años 70, se podría decir que, más allá de ser expresión de una importante presencia del Estado en las actividades económicas cotidianas, las disposiciones penales tienen un aire de respuesta ante coyunturas (crisis de abastecimiento, por ejemplo) y de mediación en conflictos sociales<sup>66</sup>. En esa línea destaca de modo paradigmático el célebre Decreto-Ley N° 520, de 1932, por el cual se crea el Comisariato General de Subsistencia y Precios, y que, como se sabe, tuviese luego una renovada aplicación durante el gobierno de la Unidad Popular. La misma orientación puede encontrarse, sin embargo, todavía, ya en dictadura, en el Decreto-Ley N° 280, de 1974, sobre delito económico<sup>67</sup>.

<sup>61</sup> Las Actas de las Quintas Jornadas de Ciencias Penales (17 a 20 de octubre de 1962) sobre “El delito económico” pueden verse en *RCP T. XXI N° 1 (1962)*.

<sup>62</sup> Las Actas de las Jornadas pueden verse en *RCP T. XXXVII N° 1 (1978-1981)*.

<sup>63</sup> Los arts. 463 a 465 CP fueron derogados por la Ley N° 4.558, de 4 de febrero de 1929, primera Ley de Quiebras.

<sup>64</sup> Una visión del desarrollo de la legislación a partir de 1931 puede verse en ETCHEBERRY, ALFREDO: “Las normas del Banco Central de Chile sobre operaciones de cambios internacionales: recursos, infracciones y sanciones”, *Estudios Jurídicos, Vol. I (1972) N° 2*, 63 (64 y ss.).

<sup>65</sup> Al respecto, una visión en KOGAN, OLGA / FIGUEROA, JAIME: *El delito tributario en la legislación y en la jurisprudencia*, Imprenta Chile, Santiago s/f, p. 10 y ss.

<sup>66</sup> Una visión del estado de la legislación -así como de los esfuerzos por ampliarla- a comienzos de los años 60 puede verse en Novoa, en: AA. VV., *La nueva legislación*, op. cit., 156 y ss.

<sup>67</sup> El texto puede verse en DEL VILLAR, WALDO: *Decretos leyes en materia penal*, EDEVAL, Valparaíso 1975, p. 38 y ss. (sus comentarios en p. 20 y ss.). Comentarios al mismo de Cury y Llanos en la citada *RChD Vol. I (1974)*. De la misma época es el Decreto-Ley N° 211 de 1973 o Ley Antimonopolios, vigente hasta hoy, si bien sus disposiciones penales fueron derogadas por sustitución mediante la Ley N° 19.911, de 14 de noviembre de 2003.

Precisamente la suerte de este Decreto-Ley -derogado y sustituido por una ley de protección del consumidor de corte muy diferente-<sup>68</sup> testimonia el cambio de orientación que, desde mediados de los 70 y definitivamente desde los 80, experimenta la política económica chilena, la legislación que la sustenta y, en particular, las disposiciones penales económicas. En la medida en que la legislación económica va configurando una economía de mercado, las normas penales que la acompañan van adoptando características similares a las que son propias del derecho penal económico en economías de mercado, destacando en ese contexto, como ejemplo, los tipos penales de la Ley de Mercado de Valores. Recuperada la democracia en el país, la legislación mantiene la misma orientación.

Resultado de esta evolución es la existencia de una gran cantidad de disposiciones penales dispersas en leyes comerciales y económicas<sup>69</sup>, pero que en algunas áreas son insuficientes y suelen ser técnicamente muy deficientes. Abundan los tipos penales ininteligibles, reiterativos, contradictorios, excesivamente vagos o excesivamente casuísticos, así como muchas superposiciones de normas. Desde un determinado punto de vista podría verse en estas deficiencias técnicas una verdadera confirmación de los excesos imputados a la modernización del derecho penal, pero una mirada a la aplicación práctica de los preceptos en cuestión demuestra que esto no pasa de ser una apariencia y que muchas veces las normas sólo tienen existencia simbólica. Las posibles razones de este estado de cosas son variadas, muchas referidas a las dificultades especiales que enfrenta la persecución penal en materia de delitos económicos, pero también a cuestiones de técnica legislativa y, en último término, a la política criminal que aquélla expresa. A continuación se proponen algunos ejemplos al respecto.

### *Vacios permanentes*

En primer lugar puede ponerse el ejemplo de un vacío legal conocido, de comprobados efectos perjudiciales y que, sin embargo, no ha sido resuelto hasta hoy por la legislación chilena. Como se recordará, a comienzos de los años 80, Chile vivió una de las crisis económicas más importantes de su historia. Uno de los efectos más perjudiciales de la misma fue la virtual quiebra del sistema bancario nacional, que debió ser intervenido por el gobierno de la época, con secuelas que se extendieron por varios años<sup>70</sup>. Pues bien, existen muchos antecedentes que indican que en la época constituía una práctica

<sup>68</sup> Ley N° 18.223, de 10 de junio de 1983, la que, a su vez, fue derogada casi íntegramente por la Ley N° 19.496, de 7 de marzo de 1997.

<sup>69</sup> En ese contexto pueden mencionarse las disposiciones penales del Código Tributario, de la Ordenanza de Aduanas, de la Ley de Quiebras, de la Ley de Sociedades Anónimas, de la Ley General de Bancos, de la Ley de Mercado de Valores, de las leyes de Propiedad Intelectual e Industrial, etc. No existen hasta ahora exposiciones de conjunto del derecho penal económico chileno, sin perjuicio de lo cual puede consultarse el ensayo sistemático de Avilés Hernández, op. cit.

<sup>70</sup> Una explicativa visión económica de la crisis, en MELLER, PATRICIO: *Un siglo de economía política chilena (1890-1990)*, Andrés Bello, Santiago 1996, p. 198 y ss.; una visión periodística puede verse en CAVALLO, ASCANIO / SALAZAR, MANUEL / SEPÚLVEDA, ÓSCAR: *La historia oculta del régimen militar*, Grijalbo, Santiago 1997, capítulos 34, 36 y 37 (con un cuadro de cifras en p. 340).

relativamente usual la gestión de los bancos con extralimitación de poderes e infracción de las regulaciones legales de prevención de riesgos financieros y conflictos de intereses por parte de directivos con facultades de administración sobre los mismos, forma de gestión que, se cree, habría agudizado los efectos de la crisis en las entidades financieras. Por estas conductas se incoaron sendos procesos criminales, algunos de los cuales -por increíble que parezca- duran hasta el día de hoy. Naturalmente, no es éste el lugar para dilucidar la efectividad de las imputaciones ni los efectos que se les asignan, ni mucho menos para hacer un juicio histórico sobre la situación en su conjunto y su trasfondo político. Más bien lo que interesa destacar es cuál era entonces -y es actualmente- el *status* jurídico-penal de las conductas imputadas, en el evento de haber sido efectivas.

Esquemáticamente, puede decirse que la conducta imputada consistía en realizar disposiciones patrimoniales en nombre del banco, en virtud de poderes legítimos de administración, pero con extralimitación de esos poderes e infracción de regulaciones legales del giro bancario, particularmente las limitaciones en materia de concentración de créditos y operaciones con personas relacionadas, todo esto con perjuicio del banco.

Pues bien, tales conductas no son en general subsumibles en los tipos patrimoniales clásicos del Código Penal. No son aplicables los tipos de *estafa*, porque no se obtuvo ninguna disposición patrimonial mediante engaño, y esto por la sencilla razón de que la disposición patrimonial fue realizada por los propios imputados en el ejercicio de sus poderes de administración, quienes naturalmente no estaban engañados, y si bien es posible que hayan realizado alguna conducta engañosa para no ser descubiertos, de esa forma de autoencubrimiento no se derivó ninguna disposición patrimonial por parte de quienes la sufrieron<sup>71</sup>. Tampoco es aplicable -al menos no siempre- el tipo de *apropiación indebida*, figura que desde luego no tiene cabida, por ejemplo, en operaciones que versen sobre inmuebles o en casos de aumento de pasivo, sin contar con que en la mayoría de las operaciones se trataba de colocaciones inherentes al giro y debidamente registradas, en las que se reconocía en todo momento el crédito del banco, aspecto que no parece compatible con la noción de apropiación indebida. Esto no significa, sin embargo, que las conductas de abuso o extralimitación de los poderes de administración sean aceptables, sino más bien todo lo contrario, razón por la cual, en mayor o menor medida, suelen constituir delito en el derecho comparado<sup>72</sup>.

Si el viejo Código Penal, conforme a la tradición española<sup>73</sup>, no contiene un tipo penal general de administración fraudulenta o desleal, podría haberse esperado que la estricta regulación legal de la administración de ciertas formas societarias sí hubiese contenido remedios penales para las hipótesis más graves. Pero no era el caso. En lo que respecta a la Ley General de Bancos, el art. 84 LGB establecía -y establece- rigurosas

<sup>71</sup> Sobre la imposibilidad de apreciar una estafa en casos con esta estructura HERNÁNDEZ, HÉCTOR: "Aproximación a la problemática de la estafa", en: AA. VV.: *Problemas actuales de derecho penal*, op. cit., p. 154 y ss.

<sup>72</sup> Al respecto, por todos, FOFANI, LUIGI: "Delitos concursales y societarios", en: Tiedemann / Nieto, op. cit., p. 99 (105 y s.).

<sup>73</sup> Que en España fue superada, al menos para el ámbito societario, con el Código de 1995 (art. 295 CP).

limitaciones de crédito -referidas al máximo de concentración de créditos, al máximo de operaciones con personas relacionadas, etc.-, cuya infracción, sin embargo, sólo daba lugar a la imposición de las multas administrativas que el propio precepto señalaba, sin consecuencias penales<sup>74</sup>. Por su parte, la Ley N° 18.046, de Sociedades Anónimas, establecía -y establece- en su art. 42 una serie de prohibiciones para los directores (aplicables también a los gerentes, de acuerdo con el art. 50), todas encaminadas a resguardar el interés social frente al interés personal del director o gerente<sup>75</sup>. Pues bien, la infracción a dichas prohibiciones sólo daba lugar a responsabilidad civil, sin perjuicio de las sanciones administrativas que pudiera aplicar la Superintendencia de Valores y Seguros. En cuanto al caso especial y particularmente extremo de las infracciones a las normas sobre autocontratación previstas en el art. 44 de la Ley N° 18.046<sup>76</sup>, el mismo artículo se limita a hacer una vaga referencia a “las sanciones administrativas en su caso y penales que correspondan”, pero sin establecer estas últimas, las que, sencillamente, no se ven por ningún lado. Este verdadero ejercicio de misterio se repite luego en el solemne art. 133, que reitera que todas las infracciones a la ley que producen daño obligan a indemnizar, “sin perjuicio de las demás sanciones civiles, penales y administrativas que correspondan”.

Como se ve, la normativa sectorial vigente en la época de la crisis no contenía normas que realmente complementaran las disposiciones del Código Penal en esta materia, al punto que se podía hablar sin exageración de *vacío legal*. Lo realmente asombroso, sin embargo, es que, desde un punto de vista penal, la situación actual, más de veinte años después de la crisis y de sus traumáticas consecuencias, sigue siendo esencialmente la misma. En efecto, la única reacción legislativa en materia penal frente a prácticas que habrían contribuido a

<sup>74</sup> Sólo si en ese contexto se hubiesen hecho, además, declaraciones falsas sobre la propiedad y conformación del capital de la empresa, aprobado o presentado balances adulterados o falsos, o disimulado su situación, o bien si se hubiesen alterado o desfigurado datos o antecedentes con base documental o que se hubiesen ocultado o destruido tales documentos “con el fin de dificultar, desviar o eludir la fiscalización que corresponde ejercitar a la Superintendencia de acuerdo con la ley”, los directivos podrían haber sido sancionados, por esa vía indirecta, conforme a los antiguos arts. 26 y 26 bis LGB (actuales arts. 157 y 158 LGB), pero no por el hecho mismo de la administración abusiva.

<sup>75</sup> “Art. 42. Los directores no podrán: 1. Proponer modificaciones de estatutos y acordar emisiones de valores mobiliarios o adoptar políticas o decisiones que no tengan por fin el interés social, sino sus propios intereses o los de terceros relacionados; 2. Impedir u obstaculizar las investigaciones destinadas a establecer su propia responsabilidad o la de los ejecutivos en la gestión de la empresa; 3. Inducir a los gerentes, ejecutivos y dependientes o a los inspectores de cuentas o auditores, a rendir cuentas irregulares, presentar informaciones falsas y ocultar información; 4. Presentar a los accionistas cuentas irregulares, informaciones falsas y ocultarles informaciones esenciales; 5. Tomar en préstamo dinero o bienes de la sociedad o usar en provecho propio, de sus parientes, representados o sociedades a que se refiere el inciso segundo del artículo 44, los bienes, servicios o créditos de la sociedad, sin previa autorización del directorio otorgada en conformidad a la ley; 6. Usar en beneficio propio o de terceros relacionados, con perjuicio para la sociedad, las oportunidades comerciales de que tuvieren conocimiento en razón de su cargo, y 7. En general, practicar actos ilegales o contrarios a los estatutos o al interés social o usar de su cargo para obtener ventajas indebidas para sí o para terceros relacionados en perjuicio del interés social. Los beneficios percibidos por los infractores a lo dispuesto en los tres últimos números de este artículo pertenecerán a la sociedad, la que además deberá ser indemnizada por cualquier otro perjuicio. Lo anterior, no obsta a las sanciones que la Superintendencia pueda aplicar en el caso de sociedades sometidas a su control”.

<sup>76</sup> Inciso primero del art. 44: “Una sociedad anónima sólo podrá celebrar actos o contratos en los que uno o más directores tengan interés por sí o como representantes de otra persona, cuando dichas operaciones sean conocidas y aprobadas por el directorio y se ajusten a condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado. Los acuerdos que al respecto adopte el directorio serán dados a conocer en la próxima junta de accionistas por el que la presida, debiendo hacerse mención de esta materia en su citación”.

agrar los efectos de una de las mayores crisis económicas sufridas por el país se limitó a señalar que en estos casos -pero sólo en la medida que se trate de infracciones reiteradas- la eventual quiebra del banco dentro del año siguiente a las mismas puede considerarse fraudulenta y, como tal, punible<sup>77</sup>. Esto es lo que dispone el nuevo art. 141 LGB, N° 8 y N° 9, en tanto que el nuevo art. 142 LGB prevé para estos casos la responsabilidad penal de los “directores, gerentes u otras personas que hayan participado a cualquier título en la dirección o administración del banco”, artículos introducidos, conjuntamente con todo el nuevo Título XV sobre medidas para regularizar la situación de los bancos y sobre liquidación forzosa de los mismos, mediante Ley N° 18.576, de 27 de noviembre de 1986.

En otras palabras, frente a un nuevo escenario de crisis, la situación del derecho penal chileno en materia de administración abusiva sería la misma de hace veinte años y no sería posible reprimirla, tal como no es posible hacerlo cotidianamente en casos menos espectaculares. Como es sabido, la mayoría de los procesos penales iniciados en esa época han terminado, después de muchos años, con absolucón o sobreseimiento. No puede olvidarse, por cierto, que esto no fue obstáculo entonces -como no lo es tampoco, a veces, hoy en casos cotidianos- para encarcelar por un tiempo considerable a prominentes imputados, y que algunos incluso fueron condenados en alguna de las instancias, pero tampoco puede dejar de verse en ese hecho el simple tributo a una opinión pública que debía ser apaciguada, una manifestación más del abuso de la prisión preventiva de que hace gala hasta hoy el modelo inquisitivo y, en último término, una muestra de desprecio por el derecho. No parece ser ésa, sin embargo, la forma de “justicia” que el país merece.

### *Normas temibles sin aplicación*

Por otra parte, nuestra legislación exhibe ejemplos de normas temibles que parecen confirmar todos los excesos denunciados por los críticos de la expansión, pero que, vistas con más detenimiento en su aplicación efectiva, se revelan más bien inofensivas. Un buen ejemplo de esto lo daba el texto original del Decreto-Ley N° 211 de 1973, que fija normas para defensa de la libre competencia, más conocido como “Ley Antimonopolios”, cuyo art. 1° reprimía con presidio menor en cualquiera de sus grados -hasta cinco años de privación de libertad- al que “ejecute o celebre, individual o colectivamente, *cualquier hecho, acto o convención que tienda a impedir la libre competencia* dentro del país en las actividades económicas, tanto en las de carácter interno como en las relativas al comercio exterior”, aumentándose en un grado la pena “(c)uando el delito incida en artículos o servicios esenciales tales como los correspondientes a alimentación, vestuario, vivienda, medicina o salud”. Para ilustración de los alcances del tipo penal, el art. 2° del mismo cuerpo normativo daba algunos ejemplos de conductas típicas, aunque algunas con un nivel de indeterminación aun mayor que el del tipo mismo, como era el caso notable de la letra b), donde se incluían como atentados “(l)os que se refieran al transporte”, para terminar luego, en la letra f), haciéndose cargo, en general, de “cualquier otro arbitrio

<sup>77</sup> Siendo bastante dudoso, además, que el agregado realmente sea un aporte a las tradicionales hipótesis de quiebra punible previstas por la ley del ramo (Ley N° 18.175, arts. 219 y 220).

que tenga por finalidad eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia”.

Naturalmente, disposiciones como éstas no resisten el menor análisis desde el punto de vista de los principios cardinales del derecho penal -clásico o moderno-, pero no cabe tampoco engañarse imaginando una represión feroz de empresarios inermes ante un tipo penal indeterminado, cuando en realidad el tipo penal no se aplicó jamás en treinta años de vigencia. Ciertamente esto guarda relación con un especial régimen procesal, conforme al cual el proceso penal estaba supeditado a la denuncia o querella del Fiscal Nacional Económico, quien, además, sólo podía ejercer la acción penal por orden de la Comisión Resolutiva (arts. 32, 17 letra a) N° 5 y 27 letra i)), lo que, sin embargo, no sólo deja en evidencia cuál fue la actitud de las autoridades competentes hacia las infracciones en cuestión, sino que, además, permite intuir, para el caso que hubiese tenido la posibilidad de intervenir, una actitud similar por parte de una judicatura intimidada -con toda razón- por una redacción insostenible. Pero más allá de conjeturas, bien cabe preguntarse si el legislador realmente, más allá de las declaraciones, estaba interesado en reprimir penalmente ciertos atentados relevantes contra la libre competencia, y todo parece sugerir una respuesta negativa.

En ese contexto, los tipos penales sólo podían cumplir funciones simbólicas en el peor de los sentidos, esto es, al servicio del enmascaramiento de la realidad. Por lo mismo, la reciente derogación por sustitución del tipo penal del DL N° 211, mediante la Ley N° 19.911, de 14 de noviembre de 2003, que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, resulta preferible, en cuanto viene a transparentar la valoración de fondo. Con todo, deja de paso una reflexión: ciertamente la relevancia jurídico-penal de los atentados contra la libre competencia es una cuestión opinable y muy debatida en el derecho comparado<sup>78</sup>, de modo que la última decisión legislativa, según el punto de vista que se adopte, perfectamente podría valorarse como un acierto. Lo que llama la atención es, más bien, la ausencia de un debate propiamente *penal* al respecto, en contraste con la abundancia y pasión con que se discutió, por ejemplo, acerca de la imposición de penas ejemplarizadoras en materia de hurtos de bagatela en supermercados<sup>79</sup>. Al margen de la opinión que este contraste pueda merecer, es indiscutible que aquí no puede hablarse de un genuino derecho penal moderno o expansivo.

### *Normas temibles poco aplicables*

Por otra parte, existen ámbitos en los cuales la ausencia de resultados prácticos no se explica -o, más bien, no se explica *sólo*- por una determinada actitud de los órganos de persecución penal, sino que, adicionalmente, por *tipificaciones poco adecuadas*, que, aun

<sup>78</sup> En los Estados Unidos, el tratamiento penal a nivel federal proveniente de la *Sherman Act* de 1890 se encuentra previsto en las secciones 1 y ss. del Título 15 del US Code (15 USC 1), si bien en la práctica prima el tratamiento civil. En Alemania, en cambio, el grueso de la represión corre por vía administrativa, aunque hace algunos años, mediante la 6ª Ley de Reforma del Derecho Penal, de 1998, se incorporó en el Código Penal el delito de celebración de acuerdos limitativos de la competencia en materia de licitaciones públicas (§ 298 StGB). Para un tratamiento penal de los atentados más graves contra la libre competencia, fundamental y ya clásico, TIEDEMANN, KLAUS: *Kartellrechtsverstöße und Strafrecht*, Heymanns, Köln – Berlin – Bonn – München 1976.

<sup>79</sup> Mediante la Ley N° 19.950, de 5 de junio de 2004; al respecto HERNÁNDEZ, *Persona y Sociedad*, Vol. XVIII N° 2 (2004), 213 (229).

cuando se adoptara la determinación de perseguir implacablemente las infracciones en cuestión, conducirían a resultados más bien modestos. Es lo que ocurre, a nuestro juicio, con las disposiciones penales sobre uso indebido de *información privilegiada o reservada* contenidas en la Ley N° 18.045, de Mercado de Valores.

La ley original de 22 de octubre de 1981 no contenía normas sobre la materia, siendo las primeras las que se incorporaron mediante la Ley N° 18.660, de 20 de octubre de 1987, a propósito del sistema de clasificación de riesgo que dicha ley introdujo (Título XIV). Así, se agregó una nueva letra d) al art. 60 de la ley, conminando con pena de presidio menor en cualquiera de sus grados (61 días a cinco años de encierro) a “(l)os socios, administradores y, en general, cualquier persona que en razón de su cargo o posición en las sociedades clasificadoras, tenga acceso a información reservada de los emisores clasificados y revele el contenido de dicha información a terceros”. Asimismo, conforme a la modificada letra e) del art. 59, se sancionaría con presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo (541 días a diez años de encierro) al que infringiera la prohibición contenida en el nuevo art. 85 inciso primero, según la cual a los “socios, administradores, miembros titulares y suplentes del consejo de clasificación, y en general a cualquier persona que en razón de su cargo o posición tenga acceso a información reservada de las sociedades clasificadas” les está vedado “valerse de dicha información para obtener para sí o para otros, ventajas económicas de cualquier tipo”. Sólo con la Ley N° 19.301, de 19 de marzo de 1994, se introduce en la ley una regulación más sistemática en materia de información privilegiada (Título XXI)<sup>80</sup>. En ese contexto, junto con establecerse las prohibiciones de aprovechamiento y divulgación (art. 165), se introdujo una nueva hipótesis delictiva como letra e) del art. 60, del siguiente tenor: “Las personas a que se refiere el artículo 166 [personas de quienes se presume tienen acceso a información privilegiada]<sup>81</sup> que al efectuar transacciones u operaciones de valores de oferta pública,

<sup>80</sup> El inciso primero del art. 164 LMV dispone: “Para los efectos de esta ley, se entiende por información privilegiada cualquier información referida a uno o varios emisores de valores, a sus negocios o a uno o varios valores por ellos emitidos, no divulgada al mercado y cuyo conocimiento, por su naturaleza, sea capaz de influir en la cotización de los valores emitidos, como asimismo, la información reservada a que se refiere el artículo 10 de esta ley”, en tanto que el inciso segundo agrega: “También se entenderá por información privilegiada, la que se tiene de las operaciones de adquisición o enajenación a realizar por un inversionista institucional en el mercado de valores”.

<sup>81</sup> Conforme al inciso primero del art. 166 LMV “(s)e presume que tienen acceso a información privilegiada, las siguientes personas: a) Los directores, gerentes, administradores y liquidadores del emisor o del inversionista institucional, en su caso; b) Las personas indicadas en la letra a) de este artículo, que se desempeñen en una sociedad que tenga la calidad de matriz, coligante, filial o coligada de la emisora de cuyos valores se trate, o del inversionista institucional en su caso, y c) Los directores, gerentes, administradores, apoderados, asesores financieros u operadores, de intermediarios de valores [sólo respecto de la información señalada en el inciso segundo del art. 164 y aquella sobre la colocación de acciones de primera emisión que les hubiere sido encomendada]”, en tanto que el inciso tercero reza: “También se presume que tienen información privilegiada, en la medida que puedan tener acceso directo al hecho objeto de la información, las siguientes personas: a) Los auditores externos e inspectores de cuenta del emisor, así como los socios y administradores de las sociedades de auditoría; b) Los socios, administradores y miembros de los consejos de clasificación de las sociedades clasificadoras de riesgo, que clasifiquen valores del emisor o a este último; c) Los dependientes que trabajen bajo la dirección o supervisión directa de los directores, gerentes, administradores o liquidadores del emisor o del inversionista institucional; d) Las personas que presten servicios de asesorías permanente o temporal al emisor; e) Los funcionarios públicos dependientes de las instituciones que fiscalicen a emisores de valores de oferta pública o a fondos autorizados por ley, y f) Los cónyuges o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, de las personas señaladas en la letra a) del inciso anterior”.

de cualquier naturaleza en el mercado de valores o en negociaciones privadas, para sí o para terceros, directa o indirectamente, usaren deliberadamente información privilegiada”<sup>82</sup>. Además, se extendió el ámbito de aplicación de la letra e) del art. 59 a la infracción por parte de sociedades administradoras de fondos fiscalizados por la Superintendencia, entre otras, de las prohibiciones de las letras d) y e) del nuevo art. 162, esto es, las referidas a “la utilización en beneficio propio o ajeno, de información relativa a operaciones por realizar por el fondo, con anticipación a que éstas se efectúen”, así como a “la comunicación de información esencial relativa a la adquisición, enajenación o mantención de activos por cuenta del fondo, a personas distintas de aquellas que estrictamente deban participar en las operaciones respectivas, en representación de la administradora o del fondo”. Finalmente, mediante la Ley N° 19.705, de 20 de diciembre de 2000, se introdujeron al art. 60, entre otras, las nuevas hipótesis delictivas de las letras g) y h), referidas, respectivamente, al “que valiéndose de información privilegiada ejecute un acto, por sí o por intermedio de otras personas, con objeto de obtener un beneficio pecuniario o evitar una pérdida, tanto para sí como para terceros, mediante cualquier tipo de operaciones o transacciones con valores de oferta pública” y al “que revele información privilegiada, con objeto de obtener un beneficio pecuniario o evitar una pérdida, tanto para sí como para terceros, en operaciones o transacciones con valores de oferta pública”.

Como se ve, no puede decirse que falten en Chile disposiciones penales para hacer frente al uso indebido de información privilegiada o reservada<sup>83</sup>. Más bien, al contrario, se asiste a una desusada abundancia normativa. Sin embargo, no es evidente que la técnica legislativa empleada sea funcional a la efectiva represión del *insider trading*. Dicha represión es de por sí difícil, fundamentalmente por razones probatorias, lo que es bastante claro tratándose de los *tipos de revelación* de la información de los arts. 59 letra e) (en relación con el art. 162 letra e)), 60 letra d) y 60 letra h), de suerte que no se logra entender por qué el legislador quiere complicar aún más las cosas exigiendo, en el último caso, que es la figura genérica, determinados fines subjetivos, concretamente que la revelación se efectúe “con objeto de obtener un beneficio pecuniario o evitar una pérdida, tanto para sí como para terceros, en operaciones o transacciones con valores de oferta pública”.

Ahora bien, en lo que a los tipos de aprovechamiento concierne, parece razonable que, al menos tratándose de los llamados *insiders primarios*, esto es, aquéllos que tienen una determinada posición institucional en la sociedad emisora<sup>84</sup>,

<sup>82</sup> La letra e) contenía un inciso segundo sobre penas accesorias que fue posteriormente eliminado por la Ley N° 19.705, de 20 de diciembre de 2000.

<sup>83</sup> Un panorama de la regulación puede verse en ONFRAY, ARTURO: “Ilícitos contra la información en las transacciones de valores”, *Revista de Derecho (CDE)*, N° 5 (2001), p. 73 y ss.

<sup>84</sup> En cambio, es muy discutible el hecho mismo de que existan sanciones penales para los *insider secundarios* (*tippees*), es decir, personas desvinculadas de la sociedad que han recibido la información de un *insider primario*, por la sencilla razón que es discutible en sí que deba pesar sobre ellos algún tipo de deber al respecto. Con todo, la tendencia internacional va en esa línea, si bien con penas reducidas; al respecto puede verse, para el derecho europeo, FOFANI, LUIGI: “Delitos bancarios y bursátiles”, en Tiedemann/Nieto, op. cit., p. 109 (115); para el derecho norteamericano Strader, op. cit., p. 101 y ss. En el derecho chileno es posible, aunque discutible, que los *tippees* sean punibles conforme a las letras g) y h) del art. 60 LMV, pero con igual pena.

la ley imponga prohibiciones absolutas a cuya infracción se asocie directamente la sanción penal. No es ése, sin embargo, el camino seguido por la ley. El art. 60 letra e) no reprime derechamente las operaciones sobre valores de quienes poseen información privilegiada sobre los mismos, sino que más bien exige que en tales operaciones -las que, consecuentemente, son en principio atípicas- estas personas “usen deliberadamente información privilegiada”. Esta redacción trae aparejado un importante problema interpretativo que puede tener perniciosas consecuencias prácticas.

Desde luego se debe tener en cuenta que la aplicación práctica del tipo debe lidiar antes que nada con significativas dificultades probatorias, toda vez que la presunción del art. 166 respecto de los llamados *insiders primarios* es simplemente legal, de modo que de todos modos debe probarse que, por ejemplo, el director, gerente, administrador o liquidador de la empresa efectivamente contaba con información privilegiada al momento de efectuar la transacción, sin que siquiera sea posible afirmar una inversión de la carga de la prueba, en virtud de la presunción de inocencia consagrada en los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos vigentes con rango constitucional en Chile. El art. 166 sirve, en cuanto expresión de sentido común, a lo más como un indicio en la pesquisa del dolo.

Ahora bien, superado ese escollo y probado por parte del Estado tanto el hecho de la transacción como que el agente se encontraba en posesión efectiva de información privilegiada al momento de realizarla, lo razonable sería que pudiera afirmarse sin más la tipicidad de la conducta, todo esto en concordancia con el claro tenor de las prohibiciones previstas en el art. 165<sup>85</sup>. Sin embargo, al exigir adicionalmente un “uso deliberado” de la información, la ley introduce ambigüedades interpretativas, pues quien realiza una operación respecto de valores sobre los cuales tiene una información no puede sino decirse que ha “usado” esa información, a menos que por “uso” se entienda algo más, que probablemente se encuentra en el plano subjetivo, plano en el cual, además, debe dilucidarse el sentido del adverbio “deliberadamente”. Desde luego puede tratarse de una torpe -por superflua- reiteración de la exigencia general de dolo, pero es altamente posible que se vea en ello una injustificada restricción al dolo directo o, peor aún, la exigencia de un determinado ánimo especial del agente, de contenido ciertamente misterioso. En ambos casos se hipotecan gravemente las posibilidades de aplicación práctica de la norma.

Por añadidura, en cuanto el tipo de la letra e) del art. 60 se refiere sólo a las personas señaladas en el art. 166 -sin provecho, por lo demás, si la presunción no tiene efectos prácticos-, las que, por definición, no son todas las que pueden tener acceso a la información en razón de su cargo o posición, sino sólo aquéllas respecto de las cuales se presume dicha circunstancia, resulta que no es aplicable a otros posibles genuinos *insiders*

<sup>85</sup> El inciso primero del art. 165 LMV dispone: “Cualquier persona que en razón de su cargo, posición, actividad o relación tenga acceso a información privilegiada, deberá guardar estricta reserva y no podrá utilizarla en beneficio propio o ajeno, ni adquirir para sí o para terceros, directa o indirectamente, los valores sobre los cuales posea información privilegiada”.

no contemplados en la presunción, para quienes sólo sería aplicable -desde el año 2000- la hipótesis de la letra g) del art. 60, aunque en ese caso con la expresa exigencia subjetiva de que actúen “con objeto de obtener un beneficio pecuniario o evitar una pérdida, tanto para sí como para terceros, en operaciones o transacciones con valores de oferta pública”.

Ahora bien, no puede desconocerse que defectos técnicos de esta naturaleza pueden presentarse en cualquier descripción típica. Por lo demás, tampoco cabe exagerar el efecto de exigencias subjetivas abundantes, pues muchas veces la práctica enseña que éstas son despachadas con relativa facilidad por los tribunales. Al mismo tiempo, sin embargo, es más que probable que estas notas tengan un efecto mucho mayor tratándose de delitos económicos novedosos, que se insertan en ámbitos poco conocidos para el aparato de justicia criminal y que, además, como ocurre generalmente en el derecho penal económico, ostentan una fuerte apariencia de legitimidad, todo lo cual contribuye a una actitud escéptica y desconfiada y, en fin, a la inhibición en la imposición de sanciones. Para decirlo con otras palabras, en estas materias cualquier pequeño defecto técnico puede afectar gravemente el potencial de aplicación de las normas.

*Valoración de conjunto: de la técnica a la política*

Estos ejemplos seleccionados, que podrían multiplicarse, permiten confirmar la percepción inicial en cuanto a que se trata de una parcela del ordenamiento punitivo relativamente abandonada. Resulta evidente o bien que no se abordan penalmente las cuestiones, o bien que al menos las disposiciones penales no constituyeron el objeto principal de la preocupación del legislador al regular las diversas materias, de suerte que no debe extrañar que éstas no exhiban gran factura técnica ni menos una visión sistemática coherente con el conjunto de la legislación penal. Por otra parte, el hecho mismo de encontrarse las disposiciones penal-económicas mayoritariamente fuera del Código Penal, dispersas en un conjunto informe de leyes extrapenales, dista de ser una cuestión meramente formal, pues la dificultad implícita de acceso a las fuentes contribuye a que éstas sean poco conocidas, dificulta su debida comprensión, minimiza su importancia y abre flancos a decisiones valorativas incoherentes y hasta contradictorias.

Mucho más importante es, sin embargo, que el escenario sugiere sobre todo la ausencia de algo que pudiera calificarse como una *política criminal* en materia de infracciones a las regulaciones económicas. No parece haber un programa que exprese las decisiones valorativas fundamentales en esta materia, sin lo cual no es posible articular un sistema coherente. O por el contrario, desde una perspectiva radicalmente opuesta, la ausencia de política y la consecuente ausencia de sistema pueden sugerir el propósito deliberado de mantener un cómodo *statu quo* caracterizado por la ausencia de resultados prácticos dignos de mención. En esa perspectiva, la legislación existente no cumpliría más que funciones de enmascaramiento de la realidad, un conjunto de simples imágenes para tranquilizar la conciencia e inhibir las iniciativas. La plausibilidad de esta interpretación se vuelve tanto más insoportable cuando se la considera desde la perspectiva de la tendencia

crecientemente represiva que evidencia el trabajo legislativo en Chile en lo que se refiere a la delincuencia callejera contra la propiedad<sup>86</sup> y que se ha exacerbado precisamente en los últimos años con la pretensión de reprimir con particular severidad incluso los hurtos de bagatela<sup>87</sup>.

No divisándose posibles quiebres en esta tendencia represiva y con la convicción del merecimiento de pena de un número importante de infracciones económicas, se impone la tarea de abogar por una revisión integral de la legislación penal-económica en orden a superar sus deficiencias y permitir niveles más significativos de eficacia en su aplicación práctica. No puede desconocerse que, en definitiva, un giro en la situación, tal como ha ocurrido en los países desarrollados, supone una valoración diferente del fenómeno de la delincuencia económica, tanto por parte de la sociedad en su conjunto, como, en particular, de los operadores del sistema penal, lo que naturalmente escapa a las posibilidades del trabajo académico. Todo indica, sin embargo, que este trabajo puede aportar elementos útiles -y quizás hasta indispensables- para la articulación de un discurso de política criminal y propuestas legislativas y de aplicación. A continuación se esbozan las líneas de lo que debería poder aportar el mundo académico a la construcción de un genuino derecho penal económico en Chile.

#### UN PROGRAMA ACADÉMICO PARA EL DEBATE PÚBLICO

El trabajo académico en relación con la delincuencia económica debería ser capaz de aportar insumos al debate público en, al menos, las siguientes materias:

##### Conocimiento empírico de la conducta desviada

Naturalmente, un debate racional sobre la delincuencia económica requiere información empírica sobre la misma, la que no puede centrarse sólo en las pobres estadísticas criminales que más bien sugieren una significativa “cifra negra”, sino en las formas de desenvolvimiento de actividades económicas que puedan definirse como “desviadas” desde las valoraciones expresadas en las regulaciones económicas vigentes, asumiendo de ese modo también la posibilidad de vacíos legales.

Hechas las definiciones, no es difícil advertir que el principal desafío que debe enfrentar la investigación criminológica en este ámbito es el del *acceso al objeto de estudio*, que generalmente no se encuentra ni en las cárceles ni en otras instituciones del aparato de justicia criminal ni en la calles, como ocurre, en cambio, con el estudio de la delincuencia

<sup>86</sup> Ampliamente criticada por la doctrina nacional, véase, por todos, últimamente, KÜNSEMÜLLER, CARLOS: “Delitos de hurto y robo: una reforma inaplazable en el Código Penal chileno”, en: FIGUEIREDO DIAS / SERRANO GÓMEZ / POLITOFF / ZAFFARONI (directores): *El penalista liberal. Homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba*, Hammurabi, Buenos Aires 2004, p. 457 y ss.

<sup>87</sup> Como se ha dicho, mediante la citada Ley N° 19.950, de 5 de junio de 2004.

más masiva. Al contrario, si bien esos métodos tradicionales no pueden descartarse, debe presumirse que en este caso el objeto de estudio se encuentra preferentemente en las empresas y en el escenario del gran juego económico, esto es, en círculos de poder donde el acceso no es gratuito y, muchas veces, está sencillamente vedado. Métodos que se ofrecen como útiles son el estudio de registros, tanto de constitución de sociedades como de todo tipo de operaciones que deban ser informadas o registradas conforme a las reglamentaciones vigentes, el estudio de expedientes de fiscalización de las autoridades económicas, eventualmente el estudio de expedientes criminales<sup>88</sup>, entrevistas con *iniciados* en el negocio en cuestión, etc. Como puede apreciarse, no parece posible realizar esta investigación criminológica sin el concurso ineludible de economistas y especialistas en regulaciones económicas que puedan transmitir el sentido de las mismas, su trasfondo económico, los intereses subyacentes, las ganancias y las pérdidas, entre otros aspectos.

Una investigación empírica fuertemente condicionada como ésta debería fijarse como objetivo prioritario detectar y describir la conducta desviada. Todo avance adicional - determinación de motivaciones, valores, factores de riesgo, etc.- queda supeditado a esas tareas básicas<sup>89</sup>.

### Conocimiento normativo (extrapenal) y desarrollo dogmático

No se conoce realmente el derecho penal económico si no se conoce su contexto normativo extrapenal, especialmente el derecho sancionatorio administrativo que lo circunda. Hacer claridad elemental en el contexto normativo en el que se desenvuelve la respectiva actividad económica constituye la única posibilidad de comprender e interpretar adecuadamente las disposiciones penales esparcidas en las leyes económicas especiales. Así, por ejemplo, no se puede entender el fraude aduanero si no se entiende el alcance de las obligaciones aduaneras y las formas en que se cumplen y controlan.

De paso este alcance trae consigo una advertencia poco grata pero indispensable: todo el *glamour* de que es capaz el derecho penal económico como objeto de estudio lo es a costa del árido pero ineludible estudio de las reglamentaciones extrapenales, tarea que suele no resultar en absoluto atractiva para el penalista. En una época en la que el derecho penal económico sirve de banco de pruebas para los avances más audaces de la nueva dogmática normativista, cuando la construcción del sistema a partir de principios ordenadores fuertes representa el ideal del trabajo dogmático, la dura realidad demuestra que no hay obra de arte sin la humilde artesanía jurídica del que pergeña principios a partir de un material normativo de mala calidad, de prácticas misteriosas y, en fin, de un medio hostil a la alta dogmática.

Y sin embargo es indispensable la alta dogmática, también para no caer precisamente

<sup>88</sup> Recuérdese que ése fue precisamente el método principal empleado por Sutherland, op. cit., p. 73 y ss., 111 y ss. Es también el método seguido por Tiedemann en materia de fraudes de subvenciones: TIEDEMANN, KLAUS: *Subventionskriminalität in der Bundesrepublik*, Rowohlt, Reinbek bei Hamburg 1974.

<sup>89</sup> Importantes orientaciones al respecto ofrece TIEDEMANN, KLAUS: *Lecciones de derecho penal económico (comunitario, español, alemán)*, PPU, Barcelona 1993, p. 247 y ss. (Capítulo VIII: "La investigación criminológica internacional en materia de delincuencia económica", trad. Hormazábal).

en el otro extremo, criticable en igual medida, de hacer de la normativa extrapenal un fetiche al cual se le rinde culto. La elaboración dogmática de los delitos económicos debe ser capaz de integrar coherentemente las categorías de la legislación económica y comercial en el sistema de valoraciones propio del derecho penal. Con esto no se quiere poner en duda la marcada *accesoriedad* del derecho penal económico, sino sólo recordar que éste es, ante todo, *derecho penal*.

Esta tarea se encuentra hasta ahora incumplida en nuestro país, a lo que deben agregarse otras tareas pendientes que son previas al examen de los delitos económicos propiamente tales, como es el caso de la dogmática de los delitos patrimoniales tradicionales. Estos delitos son la puerta de entrada para el análisis de casos penales con relevancia económica, y si bien está fuera de discusión que no son suficientes para abordar toda la actividad perjudicial en el ámbito económico, el volumen de casos que en rigor representan fraudes clásicos es enorme y, en todo caso, la delimitación resulta indispensable. Pues bien, la situación en Chile a este respecto dista mucho de ser satisfactoria. Los alcances del delito de estafa, probablemente el principal delito patrimonial, yacen en buena medida en la oscuridad<sup>90</sup>. Si bien con menos vacilaciones prácticas, tampoco son del todo nítidos los contornos de la apropiación indebida, lo que de seguro explica en parte la acusada ausencia entre nosotros de un tipo general de administración desleal, en tanto que en materia de falsedades documentales la confusión e inseguridad son monumentales. En este panorama no puede extrañar que la dogmática sobre los delitos económicos de factura más reciente simplemente no exista.

En esta tarea, el estudio crítico de los diversos modelos de regulación que ofrece el derecho comparado, así como el estudio de casos, prometen ser una fuente invaluable de experiencias y materiales para la construcción razonada de un derecho penal económico en Chile.

## Conocimiento empírico del funcionamiento del sistema penal

De muy poco puede servir el esfuerzo por comprender si el sistema penal, en particular el sistema de persecución penal, no está en condiciones de hacerse cargo de este tipo de delitos, sea porque no recibe denuncias, sea porque la investigación criminal enfrenta escollos insalvables, sea porque los juicios orales son impracticables, sea porque quienes deben resolver no entienden de la materia, etc. De ahí que se imponga la necesidad de estudiar la operatividad del proceso penal frente a este tipo de delitos y, en caso de ser necesario, proponer las modificaciones pertinentes<sup>91</sup>.

<sup>90</sup> Al respecto HERNÁNDEZ, en: AA. VV.: *Problemas actuales de derecho penal*, op. cit., p. 149 y s.; también PIÑA, op. cit., p. 41 y s.

<sup>91</sup> Para el derecho alemán, es especialmente relevante la preocupación señera de Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., BT, p. 172 y ss., y en muchas otras publicaciones posteriores; en el ámbito anglosajón Levi, Michael: *Regulating fraud: white-collar crime and the criminal process*, Tavistock, London – New York 1987; recientemente en el derecho español, GUTIÉRREZ ZARZA, ÁNGELES: *Investigación y enjuiciamiento de los delitos económicos*, Colex, Madrid 2000; primeras reflexiones para el derecho chileno en Hernández, *Proceso penal y delincuencia económica*, op. cit.

## Colofón: el primado de los problemas por sobre su denominación

Para terminar, una reflexión que puede resultar curiosa, pero que es necesaria. Como se habrá podido advertir, en este trabajo se ha hablado indistintamente de delitos económicos, de delitos no convencionales, de delitos de cuello blanco, de derecho penal económico, etc., sin que se haya aportado ninguna definición sobre el objeto de esas denominaciones. Al mismo tiempo, no se ha dudado en incluir en el objeto de la exposición, a lo más con algún matiz, las defraudaciones clásicas, como la estafa, en tanto que, si bien con cierta reticencia, también los delitos ambientales han sido abordados tangencialmente como parte de nuestras preocupaciones. Con esta omisión, que hasta podría clasificarse de grave, se asume conscientemente una forma de aproximación al tema que parece indispensable en nuestra actual situación, orientada a la fructífera interpretación y sistematización del material normativo con fines prácticos, procurando eludir al máximo las discusiones que giran más en torno a la denominación de los problemas que en torno a los problemas mismos.

El ejemplo paradigmático lo ofrece el debate acerca de lo que merece ser incluido en el concepto de derecho penal económico<sup>92</sup>. Aquí, como se ve, se ha adoptado una aproximación pragmática y flexible, que se acerca a la idea del *droit pénal des affaires* francés, esto es, de aquellas manifestaciones del mundo de los negocios que llegan habitualmente a ser objeto de la práctica forense, con indiferencia respecto de si se trata de una estafa o de la infracción de una específica regulación comercial<sup>93</sup>. Hay demasiadas tareas pendientes como para dedicar el tiempo a ejercicios clasificatorios, sobre todo si la calidad científica del trabajo depende de la rigurosidad del método empleado y de la coherencia de las conclusiones a que conduce, y no de la extensión que, en definitiva y convencionalmente, se le asigne al objeto de estudio.

<sup>92</sup> Así, parece exagerada la importancia que suele atribuirle al punto la literatura española, buen ejemplo de lo cual es el por lo demás buen texto de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS: *Derecho penal económico. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia 1998, p. 31 y ss.

<sup>93</sup> Véase, por ejemplo, la sistemática de un manual estándar como es el de LARGUIER, JEAN / CONTE, PHILIPPE: *Droit pénal des affaires*, 11<sup>e</sup> édition, Armand Colin, Paris 2004; por su parte, sin despreciar el tema del objeto del derecho penal económico, la literatura alemana tiende también a una aproximación más flexible y pragmática, como puede verse en Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., AT, p. 48 y ss.; véase también la novedosa y fructífera aproximación de GÓMEZ-BENÍTEZ, JOSÉ MANUEL: *Curso de derecho penal de los negocios a través de casos. Reflexiones sobre el desorden legal*, Colex, Madrid 2001.