

BREVES REFLEXIONES DE POLÍTICA CRIMINAL EN EL DERECHO PENAL ECONÓMICO

JUAN CARLOS CÁRCAMO OLMOS*

I. INTRODUCCIÓN

Resulta de toda evidencia el comprobar que la regulación jurídica al acontecer económico ha ido adquiriendo, con paso sostenido, una decidida evolución, impensable incluso, hace tan solo un par de décadas. Este fenómeno, determinado y acelerado por el “proceso de globalización” nos lleva a constatar las peculiares características que va plasmando uno de los más finos instrumentos del estado de derecho, cual es el derecho penal económico, como *última ratio*, en el fin supremo de buscar seguridad jurídica y paz social, tanto respecto de cada Estado en particular, cuanto de la comunidad internacional o incluso del concierto parcializado de naciones que comparten estrechamente intereses y relaciones económicas comunes:

En este contexto invito a Uds. a que departamos estas por demás *breves reflexiones de política criminal*, que inciden en aspectos sobre los cuales se ocupa o se ha de ocupar en lo inmediato nuestro ordenamiento jurídico, tanto en la regulación penal económica interna, cuanto en sus relaciones económicas con otros estados.

Dentro de la diversa gama de consideraciones empíricamente comprobables que presenta el derecho penal económico en su desarrollo, me permito resaltar a lo menos tres: *a)* la probada eficacia del derecho penal administrativo desde un doble punto de vista: por vía de aplicación de sanciones como la multa a las empresas infractoras; y la posibilidad real, atendida su naturaleza y conveniencia, de delegación del ius puniendi por parte de estados comprometidos en la protección de intereses económicos comunes; *b)* por cierto no tan sólo su legítima adscripción a los principios generales del derecho punitivo liberal (v.gr. *nullum crimen, nulla poena sine lege praeviae*), sino que su fuerte complementación con la teoría del delito, aún cuando el sujeto activo lo sea no una persona natural, sino que la empresa; y, *c)* por cierto, la protección de la objetividad jurídica (bienes jurídicos) por vía penal sustantiva aplicable a las personas naturales, en un marco con fuerte predominio de leyes penales en blanco en sentido propio.

*Doctor en Derecho por la Universidad de Zaragoza (España). Miembro de la Association Internationale de Droit Pénal (París-Francia). Secretario Ejecutivo del Instituto de Ciencias Penales-Chile. En el año académico 1988 dictó los cursos de Derecho Penal en la Universidad Central de Chile y de Derecho Penal Económico en la Universidad de Chile.

Propongo sostener que, en el caso de Chile, el derecho penal económico ha tenido – prácticamente desde que el país entró a la historia y hasta nuestros días– una activa presencia, y que el acogimiento de las nuevas doctrinas –que en algún caso no hacen sino plasmar en derecho realidades ontológicas, como ocurre v.gr., con la responsabilidad penal, que por texto expreso constitucional ahora no se puede presumir de derecho– lo determinan en su base, como un instrumento idóneo para iniciar el gran desafío de los tiempos actuales.

Así, y como derecho penal económico administrativo, con motivo de la tutela de la competencia, corresponde destacar el Decreto Nro. 511/1.980, de 27 de Octubre, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del D.L. Nro. 211/1.973, conocido como “Ley Antimonopolio”. En su art. 17 Nro. 4, como sabemos, faculta a la Comisión Resolutiva –*órgano no dependiente del Poder Judicial*– para aplicar multas a beneficio fiscal, reguladas prudencialmente “... según sea el capital en giro...”. De esta manera podemos tomar, a vía de ejemplo, de la abundante jurisprudencia de la referida Comisión Resolutiva, la RES. 409/1.994, de 22 de Marzo, que acogió el requerimiento del Fiscal Nacional Económico y sancionó con multa a la Empresa Eléctrica “Río Maipo S.A.”, por haber incurrido en atentado a la *libre competencia* al retardar innecesariamente el otorgamiento de aumento de potencia conectada solicitado por la Empresa Eléctrica “Puente Alto S.A.”, “en los términos y con el propósito de entorpecer y/o impedir las negociaciones con un cliente importante que se le reprochan”.

En el ámbito del derecho penal sustantivo, recordemos que esta misma ley, en sus arts. 1 y 2, determina penas para quienes atentaren en contra de la competencia, a partir del presidio menor en cualquiera de sus grados. Sin embargo la experiencia ha demostrado que la eficacia penal administrativa prácticamente ha llevado a la innecesariedad de aplicar la normativa sustantiva.

II. PRESENCIA HISTÓRICA DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO EN CHILE Y ANTECEDENTES DE SU EVOLUCIÓN

Como se ha insinuado, podemos constatar que la presencia de la legislación penal económica entre nosotros es de antiquísima y noble prosapia, como ya ocurre al dictar el Cabildo de Santiago, durante el período conocido como de “la Patria Vieja”, la Ordenanza Nro. 51, por la que crea el tipo penal (o descripción legislativa) de acaparamiento de artículos alimenticios y de primera necesidad en época de escasez, al que atribuye la pena consistente en el destierro perpetuo de los infractores y el comiso de las mercaderías. Asimismo, prohibía la exportación de estos artículos y consideraba traidores a los infractores de la respectiva prohibición.

Luego, y ya establecida la República, se advierte, por los diversos Gobiernos, la dinámica en la regulación económica y los esfuerzos de protección al *orden público económico*, como ocurre a título ilustrativo, al crearse la Dirección de Economía Nacional (C.P.E. de 1.823); la Ley de Abastos (reguladora de precios, fabricación y expendios de productos de primera necesidad: harina, pan y carne; el control de los establecimientos comerciales e industriales a los municipios (C.P.E. 1.833); la ley de pesos y medidas oficiales; el Comisariato General de Subsistencias y Precios (D.L. 520/1.932); la Ley 13.305 conocida como “Ley Antimonopolio”, etc.

Iniciada la década de los sesenta (Octubre de 1.962), en razón de muy diversos factores que caracterizan y determinan la pragmática económica entre nosotros, y considerando particularmente la necesidad de perfeccionar su regulación y protección por el Derecho, el prestigioso *Instituto de Ciencias Penales-Chile*, presidido en aquel entonces por el Profesor D. Eduardo Novoa Monreal, y con activa participación, interés y plácemes de los tres Poderes del Estado (bajo la égida republicana del Presidente D. Jorge Alessandri Rodríguez), realiza en la ciudad de Santiago, sus *V Jornadas de Ciencias Penales* (consideradas luego un *hito* por la profundidad, alcance, contenido y proyecciones científicas plasmadas en la búsqueda del bien común, en el marco pluralista que las caracterizó) dedicadas por entero al *Delito económico*, desde un triple punto de vista: 1) la idea de legislar en materia de delito económico; 2) la estructura del delito económico; y, 3) el procedimiento adecuado.

III. DERECHO PENAL ECONOMICO Y GLOBALIZACION. UNION EUROPEA. PARAMETROS POLITICO CRIMINALES

III.i. Marco preliminar. Delimitación

Conviniendo en que, en nuestros días, la humanidad se encuentra inserta en lo que conocemos como *proceso de globalización*, uno de cuyos actores principalísimos es precisamente el económico, resulta tarea y desafío teleológico del derecho punitivo –*siempre por cierto, como última ratio*– el proteger los intereses económicos fundamentales de este orden, tanto en lo propio del derecho interno, como en lo que dice relación con pactos o convenios interestatales (estos últimos vigentes o de inminente vigencia en el nuevo orden económico internacional).

En lo que a nosotros como país respecta, en lo atingente a su futuro inmediato, me ha parecido del mayor interés –y así en consecuencia actuó en mi cátedra o Curso de Derecho Penal Económico– el extraer reflexiones político-criminales en torno de la normativa que regula la protección del “orden público económico” a partir del *Tratado constitutivo de la Comunidad Europea*, firmado en Roma el 25 de Marzo de 1.957; y del “*Tratado de la Unión Europea*”, firmado en Maastricht el 7 de Febrero de 1.992.

Lo anterior en razón de considerar que la enunciada normativa legal se caracteriza por ser una de las más avanzadas (sino la más), de cuantas podamos encontrar y, por ende, constituir un parámetro fundamental para el perfeccionamiento y beneficio de nuestras propias instituciones jurídicas, de nuestra convivencia interna y de nuestras relaciones internacionales.

III.ii. Desarrollo del Derecho penal económico. Unión Europea

Nullum crimen, nulla poena sine lege previae

Un aspecto cardinal en el establecimiento y desarrollo supranacional o comunitario del derecho penal administrativo –como instrumento de protección de bienes jurídicos económicos– radica en el reconocimiento que se concede al “*principio de reserva o legalidad*”.

El asunto no es ni mucho menos menor, si se considera que este apotegma liberal constituye el núcleo del sistema penal, y que su preservación importa, en primer y último término, garantía de seguridad jurídica y concreción de paz social.

En su desarrollo se establece, hasta donde resulta compatible, la tesis de circunscripción de las conductas de las empresas a la teoría del delito. Recordemos que este es uno de los aspectos capitales del gran y todavía insospechado aporte del Profesor de Friburgo, Dr. Klaus Tiedemann a la ciencia del derecho penal y a la cultura liberal de Occidente.

—El derecho penal administrativo supranacional. (Delegación del ius puniendi por parte de los Estados miembros); El derecho penal sustantivo. Soberanía y principio de territorialidad. (Indelegabilidad del ius puniendi) y “proceso de armonización”.

En el *cómo* se protegen los bienes jurídicos del orden económico que afectan a la Comunidad, como se sabe, es posible distinguir según se trate, *a)* de atentados propios del derecho penal sustantivo, o bien, *b)* propios del derecho penal administrativo. Lo anterior toda vez que los medios o mecanismos que se emplean resultan diferentes, aún cuando la finalidad sea una misma.

a) En lo que toca al *derecho penal sustantivo*, los Estados miembros de la Comunidad no efectúan concesiones respecto del ius puniendi, ni aún tratándose de la protección de bienes jurídicos estrictamente comunitarios, manteniéndose de esta manera prácticamente inalterado el principio de soberanía al ámbito territorial.

Si bien esta es la regla general, ello no significa impunidad para los atentados a bienes jurídicos de la Unión en lo propio del derecho penal sustantivo, toda vez que, como sabemos, se establece el *“proceso de armonización”*, que consiste precisamente en adecuar las legislaciones internas de cada uno de los Estados miembros, de manera tal que puedan responder con eficacia y coherencia a los atentados más graves en contra de los bienes jurídicos comunitarios y nacionales, según se ha señalado, correspondientes al orden punitivo sustantivo.

b) El *derecho penal administrativo*, por el contrario, importa la delegación del ius puniendi por parte de los Estados de la Unión individualmente considerados, constituyéndose de esta manera tal vez en el más eficaz instrumento de protección de los bienes jurídicos económicos, y particularmente de *la competencia*.

Correspondiendo conocer de las infracciones penales económicas cometidas por empresas o personas jurídicas, tanto a la Comisión como al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (T.J.C.E.) —entidades supraestatales premunidas de imperio— se advierte la eficacia de las penas pecuniarias, como ocurre, v.gr., con la de multa.

Es precisamente la probada efectividad que adquiere este sector del ordenamiento jurídico penal (el penal administrativo), el que me impulsa a invitarles a que nos detengamos un tanto —sólo lo necesario— y en virtud de su trascendencia político criminal, en recrear sus orígenes pragmáticos, enraizados en el conocido universalmente *“caso itco o del maíz griego”*: sucintamente, en Mayo de 1986, los dueños de los barcos “Alfonsina” y “Flamingo” exportaron desde Grecia ¡maíz yugoeslavo! declarando que se trataba de maíz griego, con la tolerancia intencionada de la autoridad griega. De esta manera se evadían derechos de entrada a la Comunidad, que en la especie importaban sumas de

valor considerable. Recurriendo en contra de Grecia la Comunidad Europea, por violación al art. 5to. del Tratado, el Tribunal Europeo, condenó pecuniariamente a Grecia y le conminó a interponer acciones penales contra las personas naturales responsables.

Así, por cierto y como se advierte, *“el caso itco o del maíz griego”* opera como importante catalizador en tanto activa el derecho penal administrativo comunitario, y el proceso de armonización, que incide en lo propio del derecho penal sustantivo.

—Alcance y límites del principio de territorialidad: extraterritorialidad

Habiendo compartido algunas determinaciones propias de los alcances y límites del principio de territorialidad comunitarios, particularmente circunscritos al ámbito espacial de aplicación de la ley penal administrativa, cabe plantearse qué habría de ocurrir frente a atentados en contra de objetos jurídicos de la Comunidad que, si bien se perpetran en su territorio, corresponden a sujetos activos (empresas) con casas principales, matrices o madres ubicadas fuera del ámbito territorial: extramuros de la Unión. En rigor, la complejidad del problema no es menor si se considera que ésta es precisamente una vía expedita para la comisión de atentados.

El problema no ha sido insoluble si se considera su solución por extraterritorialidad, apelando a precedentes extranjeros, como la Jurisprudencia del Derecho de Carteles establecida por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica, que se construyó en torno a lo que se conoce como “criterios mínimos de contacto y efecto”, con plena operatividad en nuestros días.

III.iii. *Desarrollo del derecho penal económico. Teoría del delito*

—Tipo y/o reprochabilidad (culpabilidad). Elementos del delito

Una de las cuestiones de mayor trascendencia en lo que respecta al desarrollo del derecho penal administrativo dice relación con la exigencia de dolo para la configuración de los actos punibles propios de su ámbito. Ello importa el reconocimiento expreso del carácter subjetivo en el tipo penal, o bien, según se estime, de la reprochabilidad (culpabilidad). En suma, importa el reconocimiento del tipo penal (y por cierto de acción), o bien, de reprochabilidad (culpabilidad) por parte del hechor que, según hemos visto, es o puede ser distinto de la persona natural, en lo concreto, la empresa (persona jurídica).

Explícitamente preveen esta situación legislaciones como la alemana, la italiana y la portuguesa. Para ellas la negligencia resulta suficiente sólo en los casos donde la amplitud de la responsabilidad está expresamente estipulada por el legislador.

España por precedente jurisprudencial del Tribunal Supremo exige, a partir de los años 70, dolo o negligencia, lo que ha refrendado el Tribunal Constitucional con ocasión de la Ley General Tributaria de 1990, estableciendo que el silencio del texto repressivo nuevo (art. 77.1 de la Ley mencionada) no podrá ser interpretado como renuncia a la necesidad de un elemento moral “resultado que sería inadmisibles en nuestro ordenamiento jurídico”. El artículo 24 de la Constitución española declara aplicable a las in-

fracciones administrativas el principio de que toda presunción en contra del inculpado es inconstitucional.

Analizada la situación a nivel de la Comisión y del Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica Europea, en cuanto al tratamiento concedido a los delitos de competencia, se concluye de la jurisprudencia, la relevancia que ésta concede al que el dolo o negligencia de las empresas sea efectivamente acreditado.

–*Tipo y reprochabilidad (culpabilidad). Error de tipo y error de prohibición*

En materia de *errores* ha existido, como línea general en derecho penal administrativo, la posición de no reconocimiento de ninguno de ellos. Como resulta comprensible, esta situación incide tanto en el tipo (para el caso del error de tipo) como en la reprochabilidad (frente al error de prohibición).

Sin embargo, es posible constatar que en los últimos tiempos esta situación ha tenido una positiva evolución, particularmente si se considera, v.gr., el acogimiento de los errores (de tipo y de prohibición) en lo que respecta a las infracciones administrativas según lo dispone el Decreto Ley 43/82, del Portugal. En resumen, el art. 32, de este cuerpo legal prevee la aplicación subsidiaria de las normas del Código Penal, lo que complementado a otras disposiciones de Ley, determinan el reconocimiento de ambos errores.

De manera más restrictiva, en Italia, la Ley Nro. 689 expresa que el autor no es responsable si actúa bajo un error de tipo del que no tiene culpa. En cuanto al error de prohibición, la declaración de inconstitucionalidad del art. 5to., del Código Penal que consideraba inoperante el error invencible de prohibición importa la inclusión también de lo penal administrativo por vía de la doctrina.

El derecho punitivo alemán en su artículo 11.1 excluye el dolo en caso de error sobre elementos esenciales de la infracción, independientemente de la existencia de culpa. Si el error es debido a la negligencia puede ser sancionada siempre que esté incriminada explícitamente.

Otros ordenamientos jurídicos como el griego mantienen aún una responsabilidad objetiva, lo que hace inoperante el error.

En lo que dice relación con la Comunidad Europea, la jurisprudencia reconoce los *errores* como argumentos aceptados, esgrimidos por las empresas juzgadas, que han alegado falsa interpretación o desconocimiento de las prohibiciones de los artículos 85 y 86 del Tratado de la C.E.E. Emblemático en este sentido resulta el caso conocido como “*champignon en bote*”, consistente en acuerdo de precios y división de mercados entre productores franceses y chinos, según el cual, la Comisión –que había publicado poco antes su aviso sobre las importaciones de terceros países– declaró no sancionables a los productores chinos, acogiendo la alegación de éstos basada en *error de prohibición*, en tanto condenó a los franceses.

De esta manera, resulta trascendente destacar la significativa evolución que presenta el derecho penal administrativo como instrumento eficaz para regular el ámbito económico en cuanto a sus infracciones más graves (última ratio). Y particularmente, el reconocimiento y adscripción –en tanto compatible– que efectúa de la teoría del delito, en materias en que, como hemos visto, regularmente el sujeto activo lo es la empresa.

UN ÚLTIMO ASPECTO Y PALABRAS FINALES

Ha sido mi propósito el compartir gratamente con Uds. estas reflexiones, pensando en la inserción de Chile en el concierto internacional, en tiempos de globalización, y específicamente en lo económico, en la convicción que el fructífero camino recorrido por los países del Viejo Mundo en modo alguno nos son ajenos, sino, por el contrario, unívocos.

Deseo reiterar, y con referencia al desarrollo del derecho penal económico en la Región, y particularmente al caso de Chile, lo que dice relación con los errores, en concreto, con el error de prohibición.

Un largo camino ha debido recorrer la humanidad para el reconocimiento del *“nulla poena sine culpa”* que, por cierto, no debe limitarse sólo al derecho penal sustantivo, sino que surtir pleno efecto, también, en la materia de nuestro interés de hoy, esto es, en el derecho penal administrativo.

No ha sido una cuestión simple el comprender que la mera capacidad penal (imputabilidad) no basta por sí sola para generar reprochabilidad. Que es menester que junto a ella y copulativamente concurra la posibilidad real y concreta de conocer el injusto del actuar (antijuridicidad) como, además, la posibilidad real y concreta de adecuación de la conducta a derecho.

Esta sencilla y elemental comprobación (me centraré en el conocimiento del injusto del actuar que es donde sabemos radica el error de prohibición), se ha visto limitada entre nosotros –en nuestro derecho penal en general– por aquella disposición del art. 8 del Código Civil, que dice a la letra que, “nadie podrá alegar ignorancia de la ley después que ésta haya entrado en vigencia”, elevada a la categoría de presunción de derecho y, por ende, imposibilitada de admitir prueba en contrario.

Hoy en día podemos comprobar con satisfacción un cambio trascendente en favor del acogimiento del error de prohibición, en el que no se advierte motivo para excluir de él al derecho penal administrativo, donde se centra en importante medida, según hemos observado, la protección económica. Este nuevo enfoque, según resulta posible comprobar empíricamente, viene por diversas vertientes, entre las cuales se cuentan las no menos importantes doctrinal y últimamente jurisprudencial, pero la de mayor entidad, y que nos lleva a la altura de los tiempos, arranca de una disposición de superior jerarquía y posterior a la normativa del referido artículo 8 del Código Civil: me refiero a la garantía constitucional establecida en el art. 19 Nro. 3, inciso sexto de la actual Constitución Política del Estado de la República al consagrar que *“la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”*.

