



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Ciencias Penales

**SOBRE LA FUNDAMENTACIÓN GENERAL DE LA INTERVENCIÓN PENAL EN EL
ÁMBITO ECONÓMICO Y UNA PROPUESTA PARA EL DELITO DE USO DE
INFORMACIÓN PRIVILEGIADA EN PARTICULAR**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Jorge Mera Schmidt
Profesor Guía: Miguel Schürmann Opazo

2017

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	p.1
CAPÍTULO 1: SOBRE LA LEGITIMIDAD DEL DERECHO PENAL EN GENERAL	p.7
1.1 Legitimidad del Derecho Penal	p.7
1.2 ¿Qué merece reproche penal?	p.11
1.2.1. Teoría del bien jurídico penal	p.12
1.2.1.1. Evolución de la noción de bien jurídico penal	p.13
1.2.1.2. Claus Roxin y la función crítica del bien jurídico	p.18
1.2.1.3. Origen del contenido del bien jurídico penal	p.22
1.2.2. Günther Jakobs y la protección de la vigencia de la norma	p.28
1.2.3. Otros intentos de legitimación	p.32
1.2.3.1. El principio del daño y el modelo de reconocimiento	p.32
1.2.3.2. Fundamentación general de la proporcionalidad	p.37
1.3 El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos	p.39
1.3.1. Las funciones del bien jurídico	p.40
1.3.2. La dificultad de negación de la legitimidad del Derecho Penal y el bien jurídico	p.41
1.4 Clasificación de los bienes jurídicos	p.43
1.4.1. Bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos colectivos	p.43
1.4.2. Bienes jurídicos microsociales y bienes jurídicos macrosociales	p.46
1.5 Estructura de delitos	p.49
1.5.1. Delitos de lesión y delitos de peligro	p.49
1.5.2. Sobre la relación entre bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro (abstracto)	p.52
1.5.2.1. El Riesgo como factor	p.52
1.5.2.2. Idoneidad de los delitos de peligro para dar cuenta del injusto atentatorio contra bienes jurídicos colectivos	p.54
1.5.3. Fundamentación del peligro y en especial de los delitos de peligro abstracto	p.57
1.5.3.1. Urs Kindhäuser: justificación autónoma del peligro como afectación a un bien jurídico	p.57
1.6 Conclusión del capítulo	p.61
1.6.1. El problema	p.61

CAPÍTULO 2: SOBRE LA LEGITIMIDAD DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO EN PARTICULAR p.65

2.1 Noción de Derecho Penal Económico y sus caracteres relevantes	p.66
2.1.1. Conceptualización moderna del Derecho Penal Económico	p.66
2.1.2. Evolución fenomenológica del Derecho Penal y delito económicos	p.68
2.1.2.1. Derecho Penal Económico de autor	p.70
2.1.2.2. Derecho Penal Económico del orden económico	p.74
2.1.2.3. Política Criminal en materia económica	p.77
2.1.2.4. Derecho Penal (Económico) de la empresa	p.80
2.1.3. Derecho Penal Económico y bienes jurídicos colectivos, macro-sociales o supraindividuales.	p.82
2.1.4. El delito económico presenta una ambigüedad moral	p.84
2.1.5. Bien jurídico e injusto del delito económico	p.86
2.1.5.1. Orden Público Económico y orden económico	p.88
2.1.5.2. Caracterización del orden económico como bien jurídico	p.91
2.1.5.3. Sobre el injusto del delito económico	p.95
2.1.5.3.1. Marco de ejercicio de la libertad en el mercado: orden económico como sistema que posibilita la autodeterminación	p.96
2.1.4.3.2. Otros bienes: patrimonio público y regulación	p.101
2.2 Derecho Penal Económico como modernización	p.106
2.2.1. Autonomía y expansión como estado del Derecho Penal Económico	p.106
2.2.1.1. Amplitud y autonomía	p.107
2.2.1.2. Expansión	p.111
2.1.1.2.1. El Paradigma del Riesgo como explicación	p.114
2.2.2. Reduccionismo versus expansión: Derecho Penal Económico como un caso de expansión tolerada	p.117
2.2.2.1. Respuesta ante el fenómeno delictual	p.117
2.2.2.2. Modernización	p.122
2.2.2.2.1. La crítica de Winfried Hassemer y Frankfurt	p.122
2.2.2.2.2. La apuesta por la modernización de Schünemann	p.125
2.2.2.3. Legitimidad de la modernización	p.129
2.3 Conclusión provisoria: condiciones de legitimidad del moderno Derecho Penal Económico	p.131

CAPÍTULO 3: LEGITIMIDAD DEL DELITO DE USO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA	p.136
3.1 Breve caracterización de la parte especial del Derecho Penal Económico en nuestra legislación	p.137
3.1.1. La inicial intención legislativa penal económica y la moderna intención legislativa penal económica	p.137
3.1.1.1. El “clásico” Derecho Penal Económico	p.138
3.1.1.2. El “moderno” Derecho Penal Económico	p.141
3.1.2. Consecuencias de la distinción	p.142
3.2 Los tipos penales de la Ley N° 18.045 como hito	p.143
3.2.1. Esquema de los delitos contenidos en la Ley N° 18.045	p.146
3.2.2. Delito de uso abusivo y/o malicioso de información privilegiada	p.149
3.3 Legitimidad del delito de uso de información privilegiada	p.151
3.3.1. Modelo de protección	p.151
3.3.1.1. Fundamentaciones patrimonialistas	p.152
3.3.1.2. Apertura al modelo institucional	p.158
3.3.1.2.1. Evolución legislativa	p.158
3.3.1.2.2. Configuración normativa actual	p.159
3.3.1.2.3. “Outsider”	p.163
3.3.2. ¿Qué tutela el delito de uso de información privilegiada?	p.166
3.3.2.1. Delito de uso de información privilegiada como delito de peligro abstracto	p.167
3.3.2.2. Lesividad del delito de uso de información privilegiada	p.171
3.4 Conclusión: Delito de uso de información privilegiada y Derecho Penal Económico	p.175
CAPÍTULO 4: CONCLUSIONES GENERALES	p.177

RESUMEN

En esta monografía se desarrolla el intento por ofrecer un criterio de justificación para la pregunta acerca de la legitimidad del Derecho Penal Económico habida consideración de que el mismo es un apartado del Derecho Penal que es, a su vez, exponente quizás principal del proceso de expansión y modificación sustancial de sus principios tradicionales. Para ello, la pregunta no es fútil, sino que conecta derechamente con el análisis del carácter de justa que pueda adquirir una política criminal interesada por intervenir en el desarrollo de la vida económica.

Para intentar conseguir lo anterior, se ofrece inicialmente un repaso breve y sistemático acerca de las principales teorías en torno a la legitimidad del Derecho Penal en general, abonando a la idea de que es función de esta herramienta de control social erigirse como protección de bienes jurídicos, de manera subsidiaria y como *última ratio*. Se colige de ello que el Derecho Penal Económico presenta la particularidad de integrar bienes jurídicos colectivos, concurriendo a su tutela en presencia de delitos de peligro y especialmente de peligro abstracto

Al análisis general anteriormente citado se adscribe un análisis particular del Derecho Penal Económico y de la evolución del delito económico como fenómeno para buscar luego señalar, que si bien este apartado requiere una visión especial de los principios que hacen legítima la intervención penal, tal requisito, que entendemos como modernización del Derecho Penal, debe ser satisfecho y aceptado cuando se asume que el Derecho Penal Económico tutela un orden económico que significa, por su parte, un espacio en que el individuo se auto determina y ejerce su libertad.

Por último, tal bagaje conceptual es aplicado en el análisis de los tipos penales que contempla la Ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores, vista como hito relevante dentro de la legislación penal económica y, dentro de ellos, el de uso de información privilegiada.

INTRODUCCIÓN

En la presente introducción se intentará no únicamente describir el plan de trabajo que se seguirá para sostener las ideas centrales de esta monografía en relación al objeto perseguido por la misma. Se intentará, además, utilizando para ello algunos autorizados análisis con vocación de diagnóstico, dar cuenta de la oportunidad que sigue representando actualmente investigar en torno al Derecho Penal Económico.

Hace más de 10 años, el profesor Héctor Hernández Basualto, desarrolló una crítica visión respecto del estado del Derecho Penal Económico en Chile, proponiendo una perspectiva¹ que, hasta el día de hoy, sigue siendo punto de inicio para otras visiones y diagnósticos en torno al área y que continúa siendo profusamente citada debido a la vigencia de sus principales críticas.

Reparó Hernández en que, al igual que como desde un comienzo fue analizado el Derecho Penal Económico y acuñado el término para referirse a sus protagonistas: los “delincuentes de cuello blanco”², se produce en Chile un fenómeno delictual de privilegio por parte de los sectores que poseen el poder necesario para, a través de la comisión de ilícitos de diversa índole, lograr afectar “lo económico”³. Tan real era el diagnóstico, que se permitió Hernández sentenciar que el Derecho Penal Económico reflejaba en Chile una “Justicia de clase”, en la que el poder económico, político y social permitía a sus protagonistas granjearse múltiples beneficios en desmedro de graves perjuicios sociales, así en comparación además con la tradicional delincuencia “callejera”⁴.

¹ HERNÁNDEZ, Héctor. 2005. Perspectivas del Derecho Penal Económico en Chile. Revista Persona y Sociedad. Vol. XIX N° 1.

² SUTHERLAND, Edwin. 1983. The White Collar Crime. New Heaven. Yale University Press.

³ HERNÁNDEZ, Héctor. 2005. Perspectivas del Derecho Penal...Op. Cit. p. 102.

⁴ HERNÁNDEZ, Héctor. 2005. Perspectivas del Derecho Penal...Op. Cit. pp. 103-104.

Quien con bastante anterioridad ahondó en esta idea fue Bernd Schünemann. En su noción de “Justicia de clase” llega a señalar como una quimera aquél supuesto Derecho Penal clásico defendido por la Escuela de Frankfurt en virtud del cual un Derecho Penal “original” sólo debe ir en resguardo de aquellos bienes y valores más clásicos y realmente relevantes de las personas verificándose así una homologación u homogeneización social de los individuos y comunidades ante el *ius Puniendi*: como se protegen bienes de los cuales todos eventualmente somos titulares en casi igual medida y calidad, resulta difícil ejemplificar una práctica discriminatoria y clasista del Derecho Penal (o enfatizada en las clases bajas). En Schünemann⁵ la contradicción de este Derecho Penal liberal es patente, puesto que el Derecho Penal surge justamente como una reacción y sanción a las vulneraciones contra la propiedad y son justamente aquellos sin propiedad o con menos propiedad los que atacan y vulneran la misma. Ya en sus orígenes el Derecho Penal presenta una preferencia por sancionar a las clases sociales bajas y medias-bajas, criminalizando sus conductas lesivas, por sobre un interés en las conductas lesivas de las clases altas, el cual sólo se verificaría tras una posterior evolución penal. Así, esta posterior evolución, y que graficaría cómo, sin una readecuación del Derecho Penal (y sobretodo Económico), se puede hablar de una verdadera “Justicia de clase”, daría cuenta ya no de un derecho penal que sancione las conductas lesivas contra la propiedad sino de un derecho penal que sanciona las conductas lesivas que se cometen en utilización de la misma⁶, lo que arroja como consecuencia que se sancionará ya no preferentemente a quienes no tienen propiedad, sino que a quienes la tienen y en una calidad tal que su ejercicio lesivo les permite efectuar un daño de magnitudes considerables. Así: empresarios, directivos, altos ejecutivos, acaudalados, políticos, funcionarios públicos de relevancia, por ejemplo.

Este fenómeno, para la época de análisis (recordemos, 10 años atrás), se relacionaba bien con la situación existente en la antesala de los grandes intentos de cambio y reforma que a todo nivel vivieron los estatutos penal-económicos,

⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. 2000. Del Derecho Penal de la clase alta al Derecho Penal de la clase baja. En: Bernd Schünemann: Obras Tomo II. Madrid. Rubizal-Culzoni Editores. pp. 18-20.

⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. 2000. Del Derecho Penal de la clase alta...Op. Cit. p. 21.

principalmente de Europa, durante la segunda mitad del siglo XX⁷. Sin embargo, Hernández sostiene que impera en Chile un constructo estricto y rígido para todas las aristas del Derecho Penal, no pudiendo éste lograr satisfacer las necesidades sociales a las que el Derecho Penal debe responder. En dicho contexto, como constructo⁸ histórico, el Derecho Penal puede transformar sus características para dar cuenta y respuesta a nuevos fenómenos sociales. Así, por ejemplo, en las variaciones en torno al principio de lesividad o resultado⁹. Pero no fue éste el caso de nuestro Derecho. En primer lugar, la escasísima preocupación legislativa y dogmática en torno al tema no posicionó al Derecho Penal como una herramienta coherente ante el fenómeno económico y la delincuencia que puede anidar en él, esencialmente variable y dinámica como ya se señaló¹⁰. Luego, no se solucionó el caos legislativo que comprende normas dispersas, vagas, superpuestas, ineficaces e inútiles y que conforma el Derecho Penal Económico vigente en Chile¹¹. De tal manera, concluye Hernández, para la época, no existía en Chile política criminal alguna en torno al tema¹².

Con 8 años de posterioridad al análisis de Hernández, el profesor Jaime Winter volvió a analizar de manera crítica el panorama general de delincuencia económica en Chile¹³, desde una perspectiva empírica, teniendo a la vista lo ventilado en los múltiples casos de delitos económicos que se han producido durante el último tiempo, contrastando desde tal metodología el diagnóstico de perspectiva de Hernández.

Señala Winter que aquellas conclusiones ya vertidas por Hernández se mantienen incólumes. Así: i) Existe un verdadero privilegio en todo plano para los

⁷ HERNÁNDEZ, Héctor. 2005. Perspectivas del Derecho Penal...Op. Cit. pp. 104-105.

⁸ Seguramente, el Derecho Penal es el apartado del Derecho en donde legislación, discusión dogmática y jurisprudencia se han compenetrado de la manera más dinámica y constante para dar cuerpo a un evolutivo estatuto. Para dicha situación se ha reservado antojadizamente el concepto “constructo”, siendo utilizado en dicho sentido aquí y en posteriores capítulos del presente ensayo.

⁹ HERNÁNDEZ, Héctor. 2005. Perspectivas del Derecho Penal...Op. Cit. pp. 110-113.

¹⁰ HERNÁNDEZ, Héctor. 2005. Perspectivas del Derecho Penal...Op. Cit. pp. 119-121.

¹¹ HERNÁNDEZ, Héctor. 2005. Perspectivas del Derecho Penal...Op. Cit. p. 122.

¹² HERNÁNDEZ, Héctor. 2005. Perspectivas del Derecho Penal...Op. Cit. p. 130.

¹³ WINTER, Jaime. 2013. Derecho Penal e Impunidad Empresarial en Chile. Revista de Estudios de la Justicia. N° 19.

protagonistas de la delincuencia económica, ii) Dicho privilegio, a estas alturas, se constituye como una decisión velada por parte del legislador, que no ha puesto el acento en tal área, iii) El sistema procesal penal posee escasas herramientas para hacer frente a la investigación y aplicación de justicia en casos de alta complejidad como lo son la mayoría de los delitos económicos, y, por último, iv) Existe, al parecer, una abierta preferencia por dejar impune la delincuencia económica¹⁴.

Para arribar a tal conjunto de conclusiones, selecciona casos paradigmáticos de diversas aristas del Derecho Penal Económico, indicando la vaguedad que existe en torno a la punibilidad de sanciones ante ilícitos que atentan contra la Libre Competencia¹⁵, la inexistencia de un estatuto penal del Medioambiente¹⁶ así como de un estatuto penal laboral¹⁷, la inamovilidad de los principios dogmáticos y normas de causalidad que impiden una consistente comprensión de las sanciones derivadas de la responsabilidad penal por el producto defectuoso¹⁸ y la timorata actitud tanto del persecutor como del sentenciador penal para inmiscuirse en el difícil panorama del Derecho Penal del Mercado de Valores¹⁹.

Así, la conclusión es contundente: la gravedad que representa la seguidilla de errores y pasos a medio andar con que el Derecho Penal ha reaccionado ante la delincuencia económica, generándose, por ejemplo, fenómenos como el relativo a la Prisión Preventiva²⁰ que se constituye como “aplicación de Justicia” ante el clamor social, contraviniendo muchas veces las necesidades legales de la misma²¹.

La similitud de ambas opiniones que, pese a ser tan distantes en el tiempo concluyen en idénticos términos, refleja mejor que nada la oportunidad de

¹⁴ WINTER, Jaime. 2013. Derecho Penal e Impunidad Empresarial...Op. Cit. p. 93.

¹⁵ WINTER, Jaime. 2013. Derecho Penal e Impunidad Empresarial...Op. Cit. pp. 93-98.

¹⁶ WINTER, Jaime. 2013. Derecho Penal e Impunidad Empresarial...Op. Cit. pp. 98-101.

¹⁷ WINTER, Jaime. 2013. Derecho Penal e Impunidad Empresarial...Op. Cit. pp. 101-103.

¹⁸ WINTER, Jaime. 2013. Derecho Penal e Impunidad Empresarial...Op. Cit. pp. 103-104.

¹⁹ WINTER, Jaime. 2013. Derecho Penal e Impunidad Empresarial...Op. Cit. pp. 104-107.

²⁰ Para una revisión general y crítica de este fenómeno que se manifiesta como una deficiencia del sistema procesal penal ante las deficiencias que a su vez plantea el Derecho Penal Económico en Chile, ver: CORREA, Carlos y WINTER, Jaime. 2014. Prisión Preventiva y delincuencia empresarial. Revista Perspectiva Penal Actual. N° 3.

²¹ WINTER, Jaime. 2013. Derecho Penal e Impunidad Empresarial...Op. Cit. pp. 109-110.

investigación en torno al Derecho Penal Económico: mientras sus aristas siguen cubiertas por considerables mantos de duda y deficiencias, todo aporte en torno al mismo resulta útil.

Por otro lado, en referencia ahora al objeto de análisis de la presente investigación, el conjunto de interrogantes y discusiones en torno a la legitimidad de la intervención penal en el plano económico continúa erigiéndose como un campo “fértil” de investigación en el cual es posible extraer diversas conclusiones para el área más general del Derecho Penal Económico, así como para los distintos tipos que componen su parte especial.

Con dicho espíritu y puesto el énfasis en tal área, creemos oportuno lo que a continuación se explica. Como objetivo, buscar esbozar una idea acerca de cuál es la libertad que se tutela en este apartado de la práctica punitiva. El objetivo perseguido viene dado, no sólo esencialmente por las deficiencias que como ya se dijo el Derecho Penal Económico presenta en Chile, lo cual sirve de motivación y aliciente para toda investigación en torno al tema en general, sino porque además es justamente en torno a dicho tópico, el de la legitimación de un moderno Derecho Penal (el Económico, de la empresa o de los negocios), que rompe con muchos esquemas y paradigmas que se habían salvaguardado con cierta incolumidad durante el tiempo, en donde encontramos las más álgidas discusiones en torno a su existencia.

Para todo lo anterior, en primer lugar y como primer capítulo, se ofrecerá un breve bagaje conceptual compuesto por una descripción de los más esenciales rasgos de aquellas teorizaciones que se han esgrimido para justificar y legitimar la práctica punitiva. En la búsqueda de respuesta a la pregunta ¿Qué merece reproche penal? se señalará por qué resulta necesario justificar o legitimar el Derecho Penal y a través de cuáles maneras esto se ha hecho, con especial énfasis en la postura relativa a afirmar que el fin del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos y la función crítica de los mismos, abogando por la misma como la principal tesis de legitimación del Derecho Penal.

En segundo lugar, se verán las matizaciones específicas que las discusiones sobre la legitimidad del Derecho Penal han adquirido en el apartado del Derecho Penal Económico.

Por último, se argumentará en torno a la aplicación de los baremos extraído para el caso especial de los delitos contemplados en la Ley de Mercado de Valores y, dentro de ellos, el de uso de información privilegiada. Obviamente, esta caracterización recoge los elementos teóricos que en los capítulos precedentes se hayan aportado.

Antes de dar paso al desarrollo de la propuesta, se hará una última salvedad. La presente investigación se circunscribe, además de todo lo ya anteriormente expuesto, en el ánimo del autor de manifestar una adhesión de alto convencimiento en torno a la idea central a defender, esto es, que en el mercado como espacio público y de intercambio, los individuos despliegan una autonomía y una voluntad libres que no son sino el reflejo de su dignidad como personas. Así -rehuyendo aún de la necesidad de justificar debidamente lo “natural” de esta conclusión debido al enfoque del trabajo: Derecho Penal y no teoría económica, política o moral- la defensa de dicha libertad debe efectuarse incluso ante sus defensores ¿Cómo defender el Mercado de los mercaderes o el Capitalismo de los capitalistas? Podría ser también una atingente pregunta introductoria a este problema y más aún en nuestro panorama interno, en donde colusiones, abusos y corrupción han deslegitimado una estructura económica de mercado que bien podría constituirse como herramienta de progreso social.

CAPÍTULO 1: SOBRE LA LEGITIMIDAD DEL DERECHO PENAL EN GENERAL

1.1 Legitimidad del Derecho Penal

La pregunta acerca de la legitimidad del Derecho Penal es la que obliga a demostrar fundadamente por qué la aplicación de una pena no es arbitrariedad autoritaria ni exclusiva irracionalidad.

Cesare Beccaria constataba, en el siglo XVIII, que las penas no tienen por objeto atormentar al individuo ni devolver atrás el tiempo en cuanto a acciones y delitos consumados dando satisfacción a la víctima tras el sufrimiento del victimario. La pena debe cumplir una finalidad o propósito diferente a tal horror²² y es desde tal base argumentativa que partimos esta exposición.

Para Claus Roxin, la legitimidad del Derecho Penal viene dada por las cualidades que debe reunir una conducta para ser sometida a pena estatal, las que deben diferenciarse de la simple legitimidad formal que determinan la expedición de la norma²³.

En tal intento se entremezclan diversas interrogantes que no obstante ser diferentes entre sí, apuntan a una respuesta en común.

En primer lugar, la justificación de la existencia del Derecho Penal o del derecho a castigar que detenta el Estado; por otro lado, la explicitación de la función que dicho Derecho cumple, ambas interrogantes en un paralelo entre el por qué y el para qué del asunto que pueden ser contestadas de manera relativamente unívoca: si se logra

²² BECCARIA, Cesare. 2000. De los delitos y de las penas. México D.F. Fondo de Cultura Económica. (Traducción al castellano de Juan Antonio de las Casas). p. 238

²³ ROXIN, Claus. 2007. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal? En: La Teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid. Editorial Marcial Pons. p. 443.

señalar el motivo de la existencia del Derecho Penal se debe señalar la forma legítima en que éste actúa para cumplir su función de manera satisfactoria y sin sobrepasarla²⁴.

En lo concreto, la necesidad de legitimidad del Derecho Penal viene dada por la necesidad de explicar el hecho de que la pena y la intervención penal representan siempre una afectación grave a derechos fundamentales, esencialmente la libertad, lo cual constituye una contradicción al principio democrático de que el Estado está concebido en miras a la tutela de la misma. Así, debe fundamentarse cuidadosamente la actuación del Estado cuando cumple su función de intervención penal, obrando de manera inversa al fin para el cual se le ha otorgado el derecho a castigar, esto es, cuando conculca derechos fundamentales en pos de su protección²⁵.

En un primer momento, la necesidad de limitación y legitimidad del Derecho Penal fue un antiguo requerimiento relacionado con una constante pugna por proscribir la utilización de la violencia institucionalizada para la modelación de conductas o el cumplimiento de objetivos y fines que están amparados en la simple sensibilidad social o en la arbitrariedad del Estado²⁶. Fue, en suma, una lucha por limitar el campo de acción del Estado en esta materia, impulsada por la corriente intelectual liberal.

Actualmente, en un contexto de un Derecho Penal moderno caracterizado por su notable y sin precedente expansión, se ha señalado que éste vive una crisis que exige legitimidad, ya que la expansión del mismo y la utilización de éste para fines netamente preventivos trastocan los principios y estructuras de legitimidad primigenios, generándose la situación inversa a la de limitación y contención del derecho a castigar que detenta el Estado²⁷.

²⁴ PIÑA, Juan Ignacio. 2004. Algunas consideraciones acerca de la (auto) legitimación del Derecho Penal ¿Es el problema de la legitimidad abordable desde una perspectiva sistémico-constructivista? Revista Chilena de Derecho. Vol. 31 N° 3. pp. 515-516.

²⁵ PARIONA, Raúl. 2006. El Derecho Penal “moderno”. Sobre la necesaria legitimidad de las intervenciones penales. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminología de la Universidad Externado de Colombia. Vol. 27 N° 82. p. 165.

²⁶ PIÑA, Juan Ignacio. 2004. Algunas consideraciones acerca de la...Op. Cit. p. 540.

²⁷ PARIONA, Raúl. 2006. El Derecho Penal “moderno”. Sobre la necesaria...Op. Cit. p. 162.

En este punto de expansión del Derecho Penal, Antonio Bascuñán Rodríguez reconoce una situación que denomina como el “cambio de paradigma” que opera respecto de la relación entre derechos fundamentales y pena²⁸. Un primer paradigma, clásico y liberal, se caracterizaba por considerar siempre al *lus Puniendi* como una grave afectación a los derechos fundamentales, por lo que estos mismos venían en limitar y restringir en la mayor medida posible la actividad sancionatoria del Estado. Actualmente, a raíz de un cambio en el discurso general de los Derechos Humanos, el nuevo paradigma que marca la relación antedicha no es de contención, sino que de influencia a la expansión y tutela positiva de los derechos fundamentales, a través de la sanción de tipo penal en contra de conductas que contravienen deberes normativos emanados a su vez de un deber de protección de derechos esenciales.

Para Bascuñán Rodríguez la situación anterior repercute de manera muy relevante en los criterios que otorgan legitimidad a la intervención penal, puesto que si bien y en principio parece no haber mayor duda en que la seguridad de los derechos de los individuos exige una intervención del Estado, que es todavía mayor cuando la complejidad de dichas afectaciones es alta y especial²⁹, no hay mayor certeza en la forma en que se cumple legítimamente dicho deber y cómo se resuelve la colisión del deber con los derechos fundamentales que lo limitan y contradicen.

De ahí que la justificación a la legitimidad del Derecho Penal en el contexto del “cambio de paradigma” sea diferente puesto que ya no se debe justificar o criticar la actuación excesiva del Estado, sino que se tiende a criticar la actuación omisiva del Estado, pre-asumiendo una expansión de la herramienta penal que de por sí nada dice acerca del merecimiento de pena³⁰.

Un área en donde lo anterior se observa muy prístinamente es el Derecho Penal Económico, como se podrá ver, área en donde el Derecho Penal ha intervenido ante

²⁸ BASCUÑÁN, Antonio. 2007. Derechos Fundamentales y Derecho Penal. Revista de Estudios de la Justicia. N° 9. p. 48.

²⁹ BASCUÑÁN, Antonio. 2007. Derechos Fundamentales y Derecho Penal...Op. Cit. p. 50.

³⁰ BASCUÑÁN, Antonio. 2007. Derechos Fundamentales y Derecho Penal...Op. Cit. p. 51.

fenómenos ilícitos, constatándose allí las múltiples interrogantes en torno a la oportunidad y corrección de dicha intervención.

En tal contexto, no obstante ser cierto que el fenómeno social criminal actual es completamente diferente al de hace uno o dos siglos atrás y que ello además exige criterios de legitimidad diferentes que podrían permitir entender con cierta naturalidad el abandono de “lo clásico” en el Derecho Penal (veremos entonces cómo estos diferentes criterios obedecen en gran medida a la evolución de esta discusión jurídica) la respuesta fundamental de limitación al poder punitivo del Estado debe gozar de permanencia ya que los efectos finales del mismo son siempre, como ya se dijo, restrictivos de la libertad y los derechos fundamentales.

Cabe hacer presente además que, en la necesidad de acotar esta búsqueda, tal como señalan Politoff, Matus y Ramírez³¹, esta necesidad de legitimar al Derecho Penal, cuando entendemos que es una porción del poder entregada al Estado en el marco del convenio social, parece no tener fin, puesto que, en efecto, el Derecho Penal es hoy por hoy la herramienta de control social más idónea de la que tenemos conocimiento, pero de idearse una menormente invasiva y democráticamente mejor justificada no deberían haber dudas en su reemplazo y superación³².

A continuación, se expondrán, con la extensión y profundidad que nos sea posible y oportuno en sede de esta monografía, los principales criterios de legitimidad que se han ofrecido para el Derecho Penal. Tal exposición servirá al fin de justificar la intromisión del Derecho Penal en un área como la economía y su reacción ante los ilícitos económicos.

Es en torno a este tópico, el de la legitimidad, en donde el Derecho Penal Económico presenta importantes controversias, especialmente en lo tocante a asimilar

³¹ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. 2004. Lecciones de Derecho Penal Chileno: Parte General. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. pp. 65-66.

³² LASCURAÍN, Juan Antonio. 2007. Bien Jurídico y Objeto Protegible. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Vol. 60. p. 144.

la Teoría del Bien Jurídico como el principal baremo de legitimidad de la norma sancionatoria, en cuanto los bienes jurídicos que se manejan se insertan en la discusión de la legitimidad de los bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro, entre otros relevantes tópicos³³, surgiendo la interrogante acerca de cuál o cuáles bienes jurídicos se tutelan en este cuerpo normativo y si hay acaso normas penales cuya legitimidad pueda ser puesta en duda.

Tal como señala Juan Bustos, la intromisión del Derecho Penal en la economía lo ha puesto en una situación difícil, puesto que debe dar cuenta y adaptarse a un área esencialmente dinámica, lo cual ha hecho que las discusiones más problemáticas en torno al Derecho Penal Económico ocurran, como dijimos, en torno a su legitimidad³⁴.

1.2 ¿Qué merece reproche penal?

En este punto se expondrán las respuestas ofrecidas a la pregunta por la legitimidad del Derecho Penal.

En la actualidad, se han ofrecido plausibles argumentaciones que buscan sostener por qué es oportuna, en el estadio actual de modernidad en que nos encontramos y amparados en paradigmas sociológicos como el de la Sociedad del Riesgo, la protección de bienes jurídicos y finalmente de la convivencia social y libre a través de estructuras de delitos que exigen un esfuerzo adicional para justificarlos. Estas, en sus distintas versiones, parten de la base y comparten la necesidad de que el Derecho Penal de respuesta a nuevas exigencias y realidades y se plantean de manera negativa ante las exigencias anquilosadas de un Derecho Penal originario que sólo dé cuenta de un contexto cultural decimonónico. Pero no son ellas las únicas respuestas ofrecidas.

³³ KINDHÄUSER, Urs. 1995. Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el Derecho Penal Económico. En: Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Madrid. Boletín Oficial del Estado. 441-452. p. 441.

³⁴ BUSTOS, Juan. 1991. Perspectivas actuales del Derecho Penal Económico. Revista Gaceta Jurídica. N° 132. pp. 7-10.

Si Claus Roxin es actualmente quien mejor ha condensado y expuesto la Teoría del Bien Jurídico como criterio legitimidad de la pena, Günther Jakobs ha contradicho aquello señalando que el Derecho Penal tiene una función y un sustento material distintos de la protección de bienes jurídicos. Además, se han ensayado otros y más modernos intentos de legitimidad, que se pasan a revisar.

1.2.1. Teoría del Bien Jurídico Penal

Para una definición conceptual de la Teoría del Bien Jurídico, que presente lo que aquella es, cabe tener en consideración, primero que todo, que la misma es el resultado de una evolución dogmática constante³⁵, evolución que se ha suscitado a su vez en torno a la pregunta acerca de cuál es el rol del Derecho Penal en la sociedad, aparejando como sanción una pena ante la verificación del delito. Esta discusión se ha suscitado, además, en torno a la pregunta por los elementos que limitan y legitiman la intervención del Poder Punitivo del Estado³⁶, señalándose comúnmente la protección de bienes jurídicos como un principio limitante del mismo.

Del hecho de que la Teoría del Bien Jurídico sea el resultado de tan extensa discusión y toque aristas tan relevantes en torno al derecho sancionatorio, con la importante consecuencia político-criminal (práctica) de poder eventualmente llegar a restar legitimidad a sanciones penales³⁷ se deriva el que primará, en la presente revisión introductoria, un ánimo más bien sumario que dé cuenta del estado relevante y actual de la discusión, de manera holística, habida consideración de la utilidad que dicha base conceptual tendrá para definir determinados bienes jurídicos tutelados en nuestro Derecho Penal Económico, los cuales serán analizados “críticamente”³⁸, buscando poder contrastar dicha función de eventual relevancia.

³⁵ KIERSZENBAUM, Mariano. 2009. El Bien Jurídico en el Derecho Penal: algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual. Revista Lecciones y Ensayos. N° 86. p. 193.

³⁶ *Ibíd*em

³⁷ HORMAZÁBAL, Hernán. 2003, Consecuencias político criminales y dogmáticas del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile. Vol. 14. pp. 127-129.

³⁸ Sin querer con esto señalar que se asume de inmediato una postura favorable a la función crítica del bien jurídico o que la misma se descarta, según se verá más adelante.

Además, en virtud de la misma situación, cabe hacer notar que la Teoría del Bien Jurídico, no obstante un consenso relativamente mayoritario en torno a entender que efectivamente tal noción se constituye como un baremo de legitimidad de toda norma penal, sigue siendo un campo abierto de discusión, no habiéndose arribado a algo así como un concepto unívocamente aceptado que pueda dar cuenta de la singularidad de la teoría al mismo tiempo que le otorgue robustez, y es en dicho campo abierto en donde nos insertaremos³⁹.

1.2.1.1. Evolución de la noción de Bien Jurídico Penal

Piedra angular para el postulado de la Teoría del Bien Jurídico fue la situada por Anselm Von Feuerbach el cual, influido por las luces del pensamiento ilustrado del siglo XVIII, legalista, secular y positivista, sostuvo que el delito es siempre vulneración del derecho, en cuanto este derecho engloba o reconoce derechos anteriores de los individuos que les permiten su libertad, los cuales a su vez deben ser protegidos por el Estado en virtud del poder coercitivo y punitivo depositado en éste a través del Contrato Social. Así, y en una decidida senda dogmática que permitió al Derecho Penal abandonar su marcado cariz retribucionista que detentaba hasta la época, se comenzó a entender que el Derecho Penal protege o tutela “algo”, siendo justamente la búsqueda de ese “algo” lo que llevó a fraguar la Teoría del Bien Jurídico⁴⁰.

Klaus Günther, autor alemán, busca relatar la evolución de los criterios de legitimación del Derecho Penal partiendo justamente desde Feuerbach como antecedente inmediato a la Teoría del Bien Jurídico. Señala, que en Feuerbach es correcto afirmar al Derecho Penal como una intervención externa que protege los derechos subjetivos de todo individuo, los cuales a su vez son anteriores a su reconocimiento legal y se entienden finalmente como los que permiten la libertad. De esa manera, el Derecho Penal debe intervenir cuando se verifica tal vulneración, pero

³⁹ PARIONA, Raúl. 2006. El Derecho Penal “moderno”. Sobre la necesaria...Op. Cit. pp. 167-168.

⁴⁰ SZCZARANSKI, Federico. 2012. Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra. [En línea] Revista Digital Política Criminal. Vol. 7, N° 14. http://www.politicacriminal.cl/Vol_07/n_14/Vol7N14A5.pdf [consulta: 20 de Febrero de 2015], p. 383.

aspirando siempre a mantener un equilibrio entre las máximas libertades individuales y las mínimas intervenciones penales (para proteger a las primeras)⁴¹.

En ese estado de cosas, ante el Derecho Penal se conjuga un binomio de libertad y deber que Feuerbach caracteriza como negativo desde el punto de vista del deber, ya que todo sujeto es titular de derechos subjetivos o libertades que imprimen un deber general que no es sino de abstención: evitar lesionar la esfera de libertad ajena⁴². Sólo muy restrictivamente podrían llegar a exigirse deberes positivos de cuidado o acción ante otro sujeto⁴³.

Posteriormente, Birnbaum introduce el concepto de bien jurídico con una base ontológica que supera al derecho y a la norma propiamente tales señalando, en contra de Feuerbach, que la verificación de delitos y la vulneración de los bienes jurídicos en nada afectan al Derecho mismo, el cual mantiene su pretensión, pero sí se atacan aquellos bienes que el Estado debe asegurar, bienes que son de origen connatural al individuo, como la libertad, o de origen social, como la seguridad en el goce y disfrute de ciertos derechos⁴⁴. Birnbaum, al introducir el concepto de bien jurídico, no sólo entiende que el delito no es apto para “lesionar derechos” sino que además ello ofrece escaso rendimiento para la actividad sentenciadora de los jueces, que deben ceñirse a algo concreto a la hora de afirmar que una acción ha efectivamente producido una lesión y es merecedora de pena. Por último, muchos son los delitos y actos contravencionales que no atacan derechos subjetivos sino elementos diferentes a los mismos como lo serían la moral o la religión, de tal manera que el bien jurídico ya no se reconduce sólo a elementos individuales de la libertad personal sino también a elementos configuradores de libertades comunes⁴⁵.

⁴¹ GÜNTHER, Klaus. 2000. De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber: ¿Un <<cambio de paradigma>> en el Derecho Penal? En: La insostenible situación del Derecho Penal. Madrid. Editorial Comares. 489-505. (Traducción al castellano de Jesús María Silva Sánchez) pp. 490-491.

⁴² GÜNTHER, Klaus. 2000. De la vulneración de un derecho...Op. Cit. p. 492.

⁴³ Sólo en disposición excepcional de la ley o del contrato y aun así no serían estos deberes morales previos a su establecimiento positivo. GÜNTHER, Klaus. 2000. De la vulneración de un derecho...Op. Cit. p. 493.

⁴⁴ SZCZARANSKI, Federico. 2012. Sobre la evolución del bien jurídico penal...Op. Cit. pp. 383-384.

⁴⁵ GÜNTHER, Klaus. 2000. De la vulneración de un derecho...Op. Cit. pp. 494-495.

Resulta más que acertada la distinción conceptual en la que repara Birnbaum, con base en Feuerbach, al señalar que, mientras este último no diferenciaba entre una lesión material o sustancial tras el delito (al bien jurídico) y una lesión formal (a la norma), siendo el delito siempre lesión formal de la norma, sí debían de diferenciarse ambas situaciones.

Ahora bien, lo interesante, es que ya en Feuerbach se verifica una noción pre-normativa respecto de la vulneración de la norma en tanto sólo se puede hablar de delito o crimen cuando la norma que se vulnera es de aquellas que protegen elementos encaminados a la libertad de la persona⁴⁶, motivo por el cual es posible concluir que, aún en los albores de la teoría, rehuir a la noción de un bien o de un “algo” protegido por el Derecho Penal era difícilmente practicable. Sin embargo esta virtud, Günther señala que hay una consecuencia esencial para la discusión en torno a la legitimidad del Derecho Penal, puesto que mientras Feuerbach constituía una respuesta eminentemente liberal y contraria a toda exacerbación de la intervención o reacción estatal, ya Birnbaum permite, al ofrecer el concepto de bien jurídico, introducir una fundamentación política del delito no basado esencialmente en la protección del individuo y sus derechos subjetivos sino que también en la protección de valores comunes. Como reafirma Günther, el paso del delito como vulneración de un derecho a lesión de un bien logra: “...la posibilidad de abarcar con el Derecho Penal valores comunitarios de todo tipo, así como puntos de vista teleológicos y funcionales de protección de la comunidad.”⁴⁷

Klaus Günther es de la opinión de que tras superarse la noción de delito como vulneración de un derecho subjetivo (Feuerbach), y abierta la consideración de que el delito atacaba un bien (Birnbaum), cambia radicalmente el binomio derecho-deber reconocido inicialmente en el Derecho Penal y que exigía sólo abstención de lesión a la generalidad de los sujetos. En efecto, se entra en la etapa que él denomina como vulneración de un deber⁴⁸ en donde ya no es regla general el deber abstenerse de

⁴⁶ SZCZARANSKI, Federico. 2012. Sobre la evolución del bien jurídico penal...Op. Cit. pp. 383-384.

⁴⁷ GÜNTHER, Klaus. 2000. De la vulneración de un derecho...Op. Cit. p. 497.

⁴⁸ GÜNTHER, Klaus. 2000. De la vulneración de un derecho...Op. Cit. pp. 497 y ss.

lesionar un derecho ajeno, sino que es el obrar positivamente, ya sea para evitar tal lesión o para socorrer activamente al otro. Profundiza Günther en que esto es un resultado directo de la crítica filosófico-política al orden social liberal decimonónico, que como se describe permeó el Derecho Penal, haciendo patente la crítica a los conceptos individualistas de derecho subjetivo y de bien jurídico como lesionados tras el delito, sobreponiendo a los mismos, nociones de comunidad y deberes mutuos generales, exigidos por el Estado y acordes al momento histórico e intelectual de Europa de comienzos del siglo XX⁴⁹.

Desde ya el bien jurídico mostró una plasticidad enorme que se adaptó a diversas definiciones.

Binding sostuvo, en concordancia con Birnbaum, que el Derecho Penal protege bienes jurídicos, pero en cuanto bien jurídico es aquello dispuesto por el legislador, existe una equiparación entre el bien jurídico y la norma penal, siendo el mismo una simple *ratio legis*⁵⁰.

Por su parte, Von Liszt, definió bien jurídico como un interés que es anteriormente relevante a su reconocimiento penal, siendo aquellos que permiten la vida de manera tanto individual como colectiva⁵¹.

Mezger distinguió pedagógicamente entre el objeto del delito y el bien ulterior efectivamente tutelado. Para él, el bien jurídico no era sino el primero, identificable de manera inmediata con el objeto de la acción de relevancia sancionatoria⁵².

⁴⁹ GÜNTHER, Klaus. 2000. De la vulneración de un derecho...Op. Cit. p. 501.

⁵⁰ SZCZARANSKI, Federico. 2012. Sobre la evolución del bien jurídico penal...Op. Cit. pp. 385-386.

⁵¹ SZCZARANSKI, Federico. 2012. Sobre la evolución del bien jurídico penal...Op. Cit. pp. 387-388.

⁵² SZCZARANSKI, Federico. 2012. Sobre la evolución del bien jurídico penal...Op. Cit. p.388.

Welzel a su vez se encargó de ofrecer lo que se ha denominado como noción “espiritualizada” del bien jurídico, en cuanto para él lo eran el conjunto de valores y condiciones que permiten la vida en sociedad del individuo⁵³.

Lo cierto es que, como se podrá ver, no hay univocidad a la hora de definir lo que el bien jurídico es.

En tal contexto, resulta oportuno citar aquí el ánimo enciclopédico con que la monografía de maestría de Federico Szczeranski da cuenta, en nuestro medio, de las diversas nociones que se han ofrecido de bien jurídico a lo largo del tiempo, efectuando una triple clasificación, distinguiendo entre: i) aquellas teorías “sociales” que parten de la base del bien jurídico entendido en virtud de la protección de la vida en comunidad, ii) aquellas teorías “individuales” que sostienen la exclusividad en la protección del individuo y iii) aquellas teorías “eclecticas” que se comunican con ambos extremos⁵⁴.

Por su parte, Klaus Günther cierra su análisis indicando como última etapa de la evolución de la noción de bien jurídico a aquella en que el delito de omisión imprudente es el nuevo paradigma del concepto de delito. En esta etapa, ya no es la lesión lo propiamente relevante para legitimar la imposición de la pena, sino que lo es la evitación de la misma, lo que se traduce en la sanción penal al incumplimiento o a la desobediencia de deberes normativos que pueden consistir en omisiones o bien en acciones, siendo recurrente que se exijan acciones para la evitación de un mal, motivo por el cual las omisiones culposas serían profusamente castigadas. En este punto el bien jurídico ya abandona todo su matiz político (individualista o comunitario), en el sentido de que, dada su laxitud, pasa a ser indiferente cómo se configura, pero mantiene y exagera su valor metodológico que permitiría aprehender la actividad punitiva del Estado y, lo que sería trascendente en la actualidad, evitar la proliferación y la concretización de los múltiples riesgos que la sociedad compleja plantea⁵⁵.

⁵³ SZCZARANSKI, Federico. 2012. Sobre la evolución del bien jurídico penal...Op. Cit. p. 389.

⁵⁴ SZCZARANSKI, Federico. 2012. Sobre la evolución del bien jurídico penal...Op. Cit. pp. 390-414.

⁵⁵ GÜNTHER, Klaus. 2000. De la vulneración de un derecho...Op. Cit. pp. 502-503.

La sanción al peligro (comúnmente abstracto, esto es, de que pueda hipotéticamente llegar a lesionarse un determinado bien) es ahora el uso general para la intervención penal y exige ello una configuración de la libertad personal absolutamente positiva en donde se deben resguardar a toda costa los hechos que ocasionan riesgo y un daño potencial.

Es dable entonces concluir, con Klaus Günther, que la historia de la evolución del bien jurídico engloba la inversión de los roles ciudadanos generales, en relación estos últimos con la actividad de sanción del Estado, así como también de la forma de delito: en donde en un comienzo primó la posibilidad de configuración absoluta de la libertad individual sin intervención penal y se exigió omisión de la lesión de otro, hoy la sanción recae justamente contra configuraciones excesivamente amplias de libertad y se exige un cuidado positivo respecto al otro⁵⁶.

Se adelantará, que el ánimo de esgrimir algunas ideas en torno al Derecho Penal que enfrenta el fenómeno de los ilícitos de carácter económica, se sitúa en este último estado de evolución de la situación del Derecho Penal: el del engrosamiento de los deslindes de la noción de bien jurídico, el de la prevención de la lesión y, por tanto, el de la sanción a la puesta en riesgo de elementos o bienes que son tenidos como necesarios para la convivencia social, cuando la exigencia ya no es únicamente la ejecución de acciones no lesivas, sino derechamente la evitación del riesgo.

1.2.1.2. Claus Roxin y la función crítica del Bien Jurídico

Se expondrá la más importante argumentación contemporánea acerca del bien jurídico: la de Claus Roxin, aquella que busca reconsiderar su contenido en base a una función crítica que efectivamente permita evaluar cuándo una pena se adecúa o no al deber constitucional de intervención del Estado. Las principales directrices de la opinión vertida por Claus Roxin, en torno al tema que nos ocupa, son las que a continuación se exponen.

⁵⁶ GÜNTHER, Klaus. 2000. De la vulneración de un derecho...Op. Cit. pp. 504-505.

En primer lugar, cabe señalar que la entrampada situación del rol del Derecho Penal es salvada por Roxin en cuanto el mismo manifiesta una opinión conciliadora: el Derecho Penal debe proteger bienes jurídicos, pero de ello se sigue, además y de forma ineludible, que la “puesta en práctica” del Derecho Penal viene en reafirmar su propia vigencia, a pesar de lo cual no es dable concluir que esto último sea su única función relevante⁵⁷.

Al momento de argumentar por qué toca al Derecho Penal la protección de bienes jurídicos señala Roxin una visión “contractualista” o constitucionalista: si el Estado detenta un poder coercitivo y coactivo, que se expresa a través del *ius Puniendi* o derecho a sancionar, viene éste dado porque los individuos se lo han otorgado en virtud del pacto social, justamente para el aseguramiento de la convivencia libre y pacífica entre los individuos, así como para el libre desarrollo de estos últimos⁵⁸. Como bien señala Pariona, “El acuerdo político permite al Estado restringir la libertad del individuo únicamente en la medida que esto sea necesario para asegurar la libertad de todos”⁵⁹

Como el contrato social tiene por finalidad entregar un poder coercitivo al Estado cuyo ejercicio asegure a los individuos la mayor protección posible de su esfera de libertad, dicho ejercicio debe verificarse además en resguardo de equilibrar protección y libertad siempre en armonía⁶⁰: “...las normas penales sólo pueden perseguir la finalidad de asegurar a los ciudadanos una coexistencia libre y pacífica garantizando al tiempo el respeto de todos los derechos humanos⁶¹.”

Bajo tal premisa es posible concluir que Roxin, en primer lugar, reivindica el ánimo ilustrado de la Teoría del Bien Jurídico y, en segundo lugar, logra darle a dicha

⁵⁷ ROXIN, Claus. 2013. El concepto de Bien Jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. [En línea] Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Vol. 15, N° 1. <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf> [consulta: 07 de Marzo de 2015] pp. 3-5.

⁵⁸ ROXIN, Claus. 2013. El Bien Jurídico como instrumento...Op. Cit. p. 5.

⁵⁹ PARIONA, Raúl. 2006. El Derecho Penal “moderno”. Sobre la necesaria...Op. Cit. p. 171.

⁶⁰ ROXIN, Claus. 2007. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho...Op. Cit. p. 447.

⁶¹ Ibídem

teoría un cariz de legitimidad o herramienta crítica para la evaluación de los tipos penales⁶² justamente porque el Estado, al estar al servicio de la protección de la libertad, restringirá en la menor medida posible la misma con el objeto de a su vez asegurarla⁶³.

En tal contexto, Roxin no plantea de manera necesaria ofrecer un concepto de bien jurídico exhaustivo y en base al mismo fundar el deber de tutela que compete al Estado, como queriendo señalar que es misión del Estado a través del Derecho Penal la protección de tal o cual elemento determinado, sino que justamente al revés, más allá de comprender la función del Derecho Penal como la tutela exacta de aquello que se entiende por bien jurídico, en donde la definición de bien jurídico no es pacífica, se debe relacionar la función del Derecho Penal con un cometido desde el cual buscar tal concepto⁶⁴.

Así, en Roxin, serán bienes jurídicos aquellas “circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre esa concepción de los fines, o para el funcionamiento del propio sistema, pudiendo abarcar tanto estados previamente hallados por el derecho, como deberes que emanan de normas creadas por el Estado”⁶⁵. En síntesis, para Roxin, será bien jurídico todo objeto, realidad o fin que sea legítimamente protegible en el marco del Contrato Social y la Constitución⁶⁶.

Lo que Roxin denomina “función crítica” del bien jurídico o la capacidad que posee el mismo para deslegitimar tipos penales que no tutelen bienes jurídicos se relaciona con la protección que el Derecho Penal debe hacer de la libertad de los individuos: la restricción de la misma, a través de la pena, sólo debe ir en su resguardo, motivo por el cual un tipo penal que no diga relación con la protección de la libertad

⁶² PARIONA, Raúl. 2006. El Derecho Penal “moderno”. Sobre la necesaria...Op. Cit. p. 171.

⁶³ SZCZARANSKI, Federico. 2012. Sobre la evolución del bien jurídico penal...Op. Cit. p. 403.

⁶⁴ ROXIN, Claus. 2013. El Bien Jurídico como instrumento...Op. Cit. p. 5.

⁶⁵ SZCZARANSKI, Federico. 2012. Sobre la evolución del bien jurídico penal...Op. Cit. p. 403.

⁶⁶ ROXIN, Claus. 2007. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho...Op. Cit. p. 447-448.

del individuo no se condice con el mandato social en virtud del cual se ha conferido al Estado el *Ius Puniendi* puesto que es una restricción infundada e ilegítima de la libertad (que el Estado debe necesariamente proteger)⁶⁷. Ocurre ello también cuando el Estado, para proteger un bien jurídico, termina por cercenar más libertad de la que protege.

De ahí que, por tanto, el bien jurídico sea una noción que actuando como limitación está dirigida al legislador.

Ahora, si bien es cierto que existen argumentos plausibles para entender por qué el Derecho Penal debe proteger bienes jurídicos, como los ya dados, no hay un sustento en derecho positivo que permita comprender por qué debe cumplir este fin⁶⁸. En lo concreto, no existe en las constituciones actuales una norma que sostenga que el legislador sólo debe sancionar hechos que atenten contra bienes jurídicos o, a contrario sensu, que una norma penal que no tutele bienes jurídicos es ilegítima. Esta situación será analizada en detalle al tratar acerca del origen del contenido del bien jurídico, no obstante, sirve para despejar una crítica que normalmente se efectúa a los significados que Roxin da a la función del Derecho Penal y al bien jurídico, la que dice relación con que dichos significados serían de una abstracción tal, al estar alejada de toda norma que la sustente, que no lograría jugar el rol de herramienta de análisis crítico del repertorio penal. Fácilmente y con los conceptos ya ofrecidos, se responde a esta crítica señalando que proviene de un mal entendido muchas veces intencionalmente planteado, ya que al no buscar Roxin un concepto uniforme de bien jurídico, el análisis crítico de legitimidad debe efectuarse caso a caso teniendo como base la función aseguradora de la libertad del Derecho Penal, expresado en cómo y cuándo un tipo penal mira a la protección de la libertad de los individuos y no buscando contrastar la función del Derecho Penal con la protección de un concepto abstracto y permanente. Buscar un concepto con tales características nunca ha sido el objetivo perseguido por Claus Roxin⁶⁹ y, además, al elevar a nivel de principio el de exclusiva

⁶⁷ ROXIN, Claus. 2013. El Bien Jurídico como instrumento...Op. Cit. pp. 6-10.

⁶⁸ ROXIN, Claus. 2013. El Bien Jurídico como instrumento...Op. Cit. pp. 21-22.

⁶⁹ ROXIN, Claus. 2013. El Bien Jurídico como instrumento...Op. Cit. pp. 11-14.

protección de bienes jurídicos, se debe conjugar el mismo con el resto de principios y constructos que limitan también al *Ius Puniendi*, configurándose así ellos como elementos críticos de las normas penales y, en especial, con el Principio de Subsidiariedad el cual, para Roxin, "...tiene un rango plenamente equivalente al principio de protección de bienes jurídicos y concurre con éste con una relevancia político-criminal al menos igual."⁷⁰ Y aún más, señala Roxin: "En consecuencia, cabe caracterizar la tarea del Derecho Penal como protección subsidiaria de bienes jurídicos"⁷¹.

La función crítica se cumple, entonces, cuando el Derecho Penal está encaminado a asegurar determinados elementos que permiten la libertad y el desarrollo individual y en sociedad (protección de bienes jurídicos) siempre y cuando no exista una medida más idónea y/o útil, en el sentido de cumplir el mismo objetivo (Subsidiariedad)⁷².

Se ve, por tanto, que la protección de bienes jurídicos es un rol que el Derecho Penal cumple en virtud del poder de coacción y sanción conferido al Estado para el aseguramiento de la libertad y la convivencia pacífica de las personas. El constructo del bien jurídico, en Roxin, deriva y no es sino, una expresión de los principios y categorías del Estado Democrático moderno, que obliga al legislador penal y permite analizar de manera crítica la función que ha desplegado, según veremos más adelante⁷³.

1.2.1.3. Origen del contenido del Bien Jurídico Penal

Un punto relevante respecto de la noción y Teoría del Bien Jurídico es aquel relativo al origen del contenido del mismo, en el sentido de desentrañar quién define y selecciona lo que el bien jurídico es en cada norma penal.

⁷⁰ ROXIN, Claus. 2013. El Bien Jurídico como instrumento...Op. Cit. p. 14.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² ROXIN, Claus. 2013. El Bien Jurídico como instrumento...Op. Cit. p. 15. y ROXIN, Claus. 2012. El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal...Op. Cit. p. 5.

⁷³ SZCZARANSKI, Federico. 2012. Sobre la evolución del bien jurídico penal...Op. Cit. p. 404.

Juan Bustos señala que esta disquisición refleja en sí misma la evolución del contenido del Derecho Penal puesto que toda vez que se hace necesario, a través de la decisión política (criminal), decidir cuál bien es digno de protección penal, se grafica que la razón de ser del Derecho Penal no es ya la simple subjetividad del individuo en cuanto a reclamar afectación a sus derechos⁷⁴, sino que es la decisión comunitaria de configurar un Derecho Penal que interviene en protección de bienes que se estiman como valiosos al alero de la decisión democrática y del Estado, adquiriendo así autonomía especial respecto de las otras ramas del Derecho⁷⁵. La visión de Bustos, como se verá, resulta relevante a la hora de querer atribuir al Derecho Penal facultades de intervención en pos de bienes sociales y no meramente individuales.

Por su parte, Claus Roxin⁷⁶ define una función crítica o externa del bien jurídico, también entendida como político criminal, que es aquella que permite evaluar la legitimidad de los tipos penales en miras a cómo se relacionan con el deber de tutela de libertad que al Estado compete. Asimismo, se ha señalado una función hermenéutica, interpretativa o interna, que posibilita la interpretación de los tipos penales, su caracterización y clasificación en virtud del bien jurídico protegido⁷⁷.

Lo relevante de este punto se relaciona con la funcionalidad político-criminal que se busca dar al concepto de bien jurídico, función “crítica” en Roxin, de momento que si decimos que el bien jurídico va a actuar como limitante del Poder Punitivo del Estado es necesario resolver quién dota de contenido al bien jurídico o, en otros términos, quién diseña este límite, puesto que si se acepta que el bien jurídico es un constructo que limita al legislador, ciñéndolo a no sancionar conductas que no atenten contra bienes jurídicos propiamente tales, la definición de lo que bien jurídico es resulta

⁷⁴ En un sentido de derecho subjetivo, tal como fue definido anteriormente el objeto de protección inicial en la Teoría de la Legitimidad del Derecho Penal.

⁷⁵ BUSTOS, Juan. 2007. Los Bienes Jurídicos Colectivos. *En*: Juan Bustos Ramírez: Obras Completas. Santiago. Ediciones Jurídicas de Santiago. 110-124. pp. 113-114.

⁷⁶ Sobre lo que se señala aquí se profundiza más adelante en 1.3.1.

⁷⁷ BALCARCE, Fabián. 2008. Breve relato sobre la ineficacia de la función político-criminal del bien jurídico penal. [En línea]. https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20081006_02.pdf [Consulta: 20 de Mayo de 2015] p.1.

crucial⁷⁸. No estamos aquí en una discusión acerca del concepto “literal” de bien jurídico, definiciones y conceptos que como ya dijimos varían de autor en autor, sino que se está ante una pregunta por el real rendimiento de la función crítica del bien jurídico en cuanto al origen acerca de quién decide qué es bien jurídico y qué no lo es, al criminalizar determinada conducta.

Asimismo, cuando se señala que el bien jurídico es una estructura de legitimidad del Derecho Penal, la delimitación de lo que bien jurídico es define toda hipotética función legitimadora y/o crítica del mismo puesto que, en este punto, ya no basta señalar al bien jurídico como una legitimidad formal del Derecho Penal⁷⁹, lo cual carecería de sentido si se anunciase sin más, sino que es necesario indicar cuál es el criterio de selección respecto de lo que es o no es bien jurídico⁸⁰.

Este punto es el que lleva a Sczсарanski a discurrir en torno a la “capacidad limitadora” de las entendidas “teorías materiales” del bien jurídico, vale decir, aquellas que poseen un sustrato extra-legal⁸¹, ya que al señalarse que no cabe al legislador establecer sus propios límites en esta materia o, al menos, para lograr concebir al bien jurídico como baremo de limitación⁸², resulta plausible la pregunta por el origen del sustrato del bien jurídico en cuanto ello define justamente si acaso el mismo limita o no al *Ius Puniendi*.

La paradoja, en Sczсарanski, resulta considerablemente especial: las teorías del bien jurídico no son una limitación positiva al legislador penal ya que siempre (en democracia) toca a éste señalar cuál es el bien jurídico tutelado. Lo son más bien en

⁷⁸ SZCZARANSKI, Federico. 2012. Sobre la evolución del bien jurídico penal...Op. Cit. p. 428.

⁷⁹ Juan Ignacio Piña diferencia entre estructuras de legitimación formales y estructuras de legitimación materiales. Son las primeras aquellas que dicen relación con la expedición o conminación para determinada conducta. Son las segundas aquellas que dan sustento interno de legitimidad al Derecho Penal. El Bien Jurídico es una estructura de legitimación material, lo que quiere decir que posee una sustancia propia que no se condice con señalar única y vaciamente que el Derecho Penal “protege algo”. Es necesario caracterizar ese “algo”, para que la legitimación se cumpla. Así, en general, en: PIÑA, Juan Ignacio. 2004. Algunas consideraciones acerca de la (auto) legitimación del Derecho Penal ¿Es el problema de la legitimidad abordable desde una perspectiva sistémico-constructivista? Revista Chilena de Derecho. Vol. 31 N° 3.

⁸⁰ PIÑA, Juan Ignacio. 2004. Algunas consideraciones acerca de la...Op. Cit. pp. 542-543.

⁸¹ *Ibidem*

⁸² SZCZARANSKI, Federico. 2012. Sobre la evolución del bien jurídico penal...Op. Cit. p. 429.

un sentido negativo, tal como ya se estudió para el caso de Roxin, puesto que señalan más bien cuándo el legislador debe abstenerse, esto es, cuándo su actividad legislativo-penal termina por conculcar más libertad en comparación con aquella que efectivamente tutela. Esto ocurre de manera lógica con las definiciones de bien jurídico que se nutren de “conceptos” y que logran definir bienes jurídicos con determinada materialidad, más allá de remitirla al contraste con la función de protección de la libertad. Allí, esboza Szczaranski, una definición de bien jurídico que se relacione estrechamente con un objeto de tutela podría eventualmente resultar de mayor utilidad⁸³. En nuestra opinión, lo anterior viene en reflejar el alcance político de la determinación del bien jurídico. Piénsese así, por ejemplo, en las aristas del bien jurídico “vida” en el debate acerca de la criminalización del aborto.

No obstante, la realidad parece ser o indicar que el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos busca limitar al legislador entregándole al mismo la formulación de tales limitaciones⁸⁴. Pareciera entonces, aparentemente, que cuando se busca limitar al legislador, pero se le entrega, a quien se busca limitar, el poder de definir la limitación, el ejercicio deviene en inútil.

¿Cómo concretar la función crítica del bien jurídico? En Szczaranski la duda perdura en gran medida. De ahí que el título de su investigación haga relación justamente con la (in)capacidad de este concepto para “saltar más allá de su propia sombra” y dejar de ser una simple apariencia.

González Lillo busca la respuesta a esta pregunta señalando que debe resolverse cuál es la autonomía del Derecho Penal para crear sus propios bienes jurídicos de protección: ¿Los crea de manera autónoma o reconoce bienes ya protegidos en otros órdenes y apartados del Derecho?⁸⁵

⁸³ SZCZARANSKI, Federico. 2012. Sobre la evolución del bien jurídico penal...Op. Cit. pp. 429-432.

⁸⁴ SZCZARANSKI, Federico. 2012. Sobre la evolución del bien jurídico penal...Op. Cit. p. 434.

⁸⁵ GONZÁLEZ, Diego. 2014. Sobre la naturaleza garantizadora del Derecho Penal. [En línea] Revista de Filosofía y Ciencias Jurídicas. N° 4. <http://www.rfycj.cl/wp-content/uploads/2014/07/7-23.pdf> [consulta: 1 de Marzo de 2015] p. 9.

En González Lillo se busca limitar el Derecho Penal de manera efectiva a través de la aplicación de dos constructos esenciales: primero, el Derecho Penal como garantizador de la libertad, que al igual que en Roxin, sólo justifica una restricción de la libertad por el Derecho Penal para salvaguardar la misma, por lo que una restricción abusiva y excesiva no es tolerable⁸⁶. Segundo, un carácter secundario del Derecho Penal. El Derecho Penal debe proteger aquellos bienes jurídicos que son perfilados por otras ramas del Derecho, siempre y cuando no resulte igualmente útil otra protección (de otra naturaleza)⁸⁷.

De ahí que pueda afirmarse que hay una diferencia entre los elementos internos de limitación del Derecho Penal y el contenido externo de estos elementos⁸⁸. Es esto lo que final y efectivamente “redondea” y “cierra” la función crítica del Bien Jurídico, puesto que ambos principios se aplican de manera abstracta aun cuando el legislador dota de contenido al bien: internamente el legislador no puede instituir penas que no vayan en tutela de un bien jurídico, debiendo seleccionar y/o en gran medida definir lo que bien jurídico es, caso a caso.

Finalmente, los intentos por limitar al legislador chocan con la situación en que no existe una norma positiva que otorgue concreción al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, pero sí se condicen con el conjunto de principios constitucionales que permean y emanan de la Constitución y que mandan al legislador en cuanto a su respeto⁸⁹. En este punto, sobre la relación entre la Constitución y el Derecho Penal, pareciera poder radicar un punto de cierre del debate, puesto que si el texto constitucional definiera en mayor detalle las diversas limitaciones, habría escaso lugar a dudas acerca de la función crítica de estas limitantes, mientras que por otro lado, cuando el texto constitucional no da cuenta de una especificación en los principios limitantes y legitimadores del *ius Puniendi*, el campo de acción para la

⁸⁶ GONZÁLEZ, Diego. 2014. Sobre la naturaleza garantizadora...Op. Cit. pp. 10-13.

⁸⁷ GONZÁLEZ, Diego. 2014. Sobre la naturaleza garantizadora...Op. Cit. pp. 10-ss.

⁸⁸ GONZÁLEZ, Diego. 2014. Sobre la naturaleza garantizadora...Op. Cit. p. 14.

⁸⁹ En la misma línea esbozada por González Lillo: MATUS, Jean Pierre. 2012. Derecho Penal, Criminología y Política Criminal en el cambio de siglo. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. p. 15.

discusión dogmática y sistemática es mayor y asimismo lo es el carácter difuso de las limitaciones⁹⁰.

Resulta oportuno citar aquí la opinión que al respecto ha vertido el profesor español Juan Antonio Lascuraín. Acertadamente y dando continuidad al consenso en torno a la relevancia del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, diferencia Lascuraín entre la noción de bien jurídico referida a aquello efectivamente tutelado por la norma, motivo por el cual este constructo posee una función de carácter pedagógico⁹¹ y la discusión que se refiere a “lo protegible” por el Derecho Penal, que es la discusión que finalmente actúa de manera crítica ante la norma penal. Esta última discusión no pasa necesariamente por una de tipo dogmático-penal que sirva para desentrañar lo protegido por la norma, sino que es una discusión política que permite indicar, en torno al principio de proporcionalidad, cuándo una pena es justa o no lo es⁹².

La unión de ambas discusiones viene dada porque el bien jurídico logra expresar manifiestamente cuál es el objeto de protección de la norma penal para luego, en base a ello, efectuar un análisis de legitimidad y de proporcionalidad⁹³.

La propuesta de Lascuraín viene en concluir lo que los restantes autores han dicho: no obstante, la relevancia en diversos planos y la necesidad de observancia que se debe tener del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, el contenido del mismo viene dado por el legislador, pudiendo además observarse una suerte de simbiosis entre la función protectora de bienes y la función de protección de la vigencia de la norma, como resultado inevitable de la aplicación de la pena⁹⁴.

⁹⁰ DURÁN, Mario. 2011. Constitución y legitimación de la Pena. Apuntes teleológicos sobre el rol de la Constitución en el sistema penal [En línea] Revista Electrónica Política Criminal. http://www.politicacriminal.cl/Vol_06/n_11/Vol6N11A5.pdf [Consulta: 11 de Abril de 2015] p. 143.

⁹¹ LASCURAÍN, Juan Antonio. 2007. Bien Jurídico y Objeto...Op. Cit. pp. 126 y 127.

⁹² LASCURAÍN, Juan Antonio. 2007. Bien Jurídico y Objeto...Op. Cit. pp. 144 y ss.

⁹³ LASCURAÍN, Juan Antonio. 2007. Bien Jurídico y Objeto...Op. Cit. pp. 131 y 145.

⁹⁴ LASCURAÍN, Juan Antonio. 2007. Bien Jurídico y Objeto...Op. Cit. p. 142.

1.2.2. Günther Jakobs y la protección de la vigencia de la norma

El también profesor alemán Günther Jakobs se cuestiona el rol del Derecho Penal desde un enfoque previo a la teoría del delito y sus principios, vale decir, desde un funcionalismo que permita responder a la pregunta acerca de qué misión cumple o debe cumplir el derecho sancionatorio en el contexto de la vida gregaria⁹⁵.

Con dicho norte se embarca en el objetivo principal de demostrar que el Derecho Penal debe proteger la vigencia de la norma y no tales entidades materiales denominadas bienes jurídicos. En lo que constituye una de sus máximas: "...el Derecho Penal garantiza la vigencia de la norma, no la protección de bienes jurídicos."⁹⁶

Respondiendo al concepto material de bien jurídico manejado por la mayoría de la doctrina, Jakobs, en primer lugar, repara en elementos fácticos para demostrar que el Derecho Penal no protege estas entidades y criticar las mismas.

Primero, los bienes jurídicos serían algo así como un "catálogo del mundo" en donde todo puede adquirir tal relevancia y ser, o deber ser, tutelado. Por otro lado, los bienes jurídicos parecen de múltiples maneras y no hay razón para explicar por qué el Derecho Penal debe interesarse sólo por algunos de esos periclitamientos y sólo por algunos de esos bienes. Lo que el Derecho Penal finalmente hace no es generar una barrera de protección en torno a los bienes jurídicos, sino que protegerlos sólo ante los ataques injustos, protección que se expresa en el cumplimiento de la expectativa que toda persona tiene respecto de que dichos bienes no sean lesionados y que, por tanto, la norma sea cumplida⁹⁷.

⁹⁵ KIERSZENBAUM, Mariano. 2009. El Bien Jurídico en el Derecho Penal: algunas nociones básicas...Op. Cit. p. 198.

⁹⁶ KIERSZENBAUM, Mariano. 2009. El Bien Jurídico en el Derecho Penal: algunas nociones básicas...Op. Cit. p. 199

⁹⁷ JAKOBS, Günther. 2000. ¿Qué protege el Derecho Penal: Bienes Jurídicos o la vigencia de la norma? Revista Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Vol. 7, N° 11. pp. 23-24.

Luego, en segundo lugar, son múltiples los casos en donde no es posible reconocer alguna de estas entidades y que, sin embargo, están caracterizados por la aplicación de una pena. Estos son los casos en que se debe “crear” un “bien jurídico” a través de la composición de determinada institución o el cumplimiento de un deber. Ejemplo paradigmático de ello es la recta administración de justicia, que no se lesiona ante ciertos hechos, sino que se deja de configurar⁹⁸.

Por tanto, el concepto de bien jurídico carece de materialidad y lo que en verdad existe es un proceso expresivo, en donde interviene la pena, dado los roles que deben cumplir los individuos en la vida en sociedad: primero que todo, una configuración responsable de la libertad propia cumpliendo el deber de no dañar injustamente los derechos de los demás individuos, y, en segundo lugar, la creación de lo que Jakobs entiende como un “mundo común” nutrido por aquellos elementos que el orden normativo estima como indispensables para la vida común. Como se dijo, el mejor ejemplo de aquello es la recta administración de Justicia⁹⁹.

Además de la crítica esbozada a la Teoría del Bien Jurídico, el cometido del Derecho Penal, en Jakobs, se fundamenta como se detalla a continuación.

Para Jakobs el Derecho Penal contribuye a garantizar la libertad y la vida en comunidad no tutelando ciertos entes que podrían eventualmente denominarse bienes jurídicos, como vimos ya en su crítica a ellos, sino que garantizando las normas que son las que finalmente ordenan las expectativas y el comportamiento humano, los que a su vez permiten sostener que los individuos serán respetuosos unos de otros y podrán disfrutar de su libertad¹⁰⁰. Para Jakobs, fundado en una noción sistémica e interrelacionada del orden social, lo relevante en este último son los significados que

⁹⁸ JAKOBS, Günther. 2000. ¿Qué protege el Derecho Penal...Op. Cit. pp. 25-26.

⁹⁹ SZCZARANSKI, Federico. 2012. Sobre la evolución del bien jurídico penal...Op. Cit. pp. 408-409.

¹⁰⁰ JAKOBS, Günther. 1995. Derecho Penal, parte general: fundamentos y teoría de la imputación. Madrid. Ediciones Jurídicas Marcial Pons. (Traducción de Joaquín Cuello y José Luis Serrano). pp. 44-45.

se da al accionar del hombre, regido por normas que también expresan significado: el significado de un determinado orden social y normativo¹⁰¹.

En tal contexto, el accionar del hombre, a diferencia del accionar o los hechos de la naturaleza, es previsible y “ordenable”, tal como se hace comunicacionalmente al interior de la sociedad, cuando los individuos permanentemente al evitar lesionar las esferas de libertad de los otros manifiestan su respeto por la norma y otorgan vigencia al orden social que se han dado. Por ello es que, ante los hechos humanos, todos los individuos tengan la correcta expectativa de que actuarán conforme al deber o rol de respeto. Al contrario, ante la naturaleza, el ser humano sólo puede efectuar una labor de cierta prognosis y cognición, aprendiendo normalmente tras ensayo y error acerca de cómo se desencadenarán los hechos. Por ejemplo, normalmente, su reacción ante el fenómeno climático¹⁰².

En dicho orden social el individuo posee un rol que se condice con el deber negativo de no actuar más allá de los riesgos que le son permitidos, debiendo fidelidad al derecho¹⁰³.

El delito adquiere una relevancia comunicativa, simbólica, en cuanto representa que quien delinque no cumplió con el rol que debe ejercer en la vida en comunidad, respetar las normas¹⁰⁴, y defraudó la legítima expectativa de sus conciudadanos que esperaban que así lo hiciese¹⁰⁵. Por otro lado, vino en comunicar la validez de un orden social completamente distinto al que normativamente rige entre los individuos que forman parte de la comunidad (Estado)¹⁰⁶.

¹⁰¹ SZCZARANSKI, Federico. 2012. Sobre la evolución del bien jurídico penal...Op. Cit. pp. 405-406.

¹⁰² JAKOBS, Günther. 2014. Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal (traducción de Manuel Cancio y Bernardo Feijóo). España. Editorial Thomson Civitas. pp. 48-50.

¹⁰³ JAKOBS, Günther. 2000. ¿Qué protege el Derecho Penal...Op. Cit. pp. 27-28.

¹⁰⁴ SZCZARANSKI, Federico. 2012. Sobre la evolución del bien jurídico penal...Op. Cit. p. 407.,

¹⁰⁵ ROXIN, Claus. 2012. El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal...Op. Cit. p. 14.

¹⁰⁶ JAKOBS, Günther. 2000. ¿Qué protege el Derecho Penal...Op. Cit. pp. 36-37.

Luego, la pena y el Derecho Penal sancionan tal defraudación, y se reafirma que la norma y el Derecho continúan vigentes. Por eso el bien jurídico a proteger viene a ser la firmeza de las expectativas que depositan los individuos en el cumplimiento de las normas¹⁰⁷, lo que es finalmente el Derecho mismo y la identidad comunicativa y social propiamente tal¹⁰⁸. La pena es la negación del hecho. En cuanto el hecho es negación de la norma, la pena es a su vez negación de la negación de la norma o, lo que es igual, reafirmación de la vigencia de la norma¹⁰⁹.

Como se ve, Jakobs es la principal voz disidente en la actualidad en torno a la potencialidad que un concepto como el de bien jurídico tiene para servir de herramienta crítica a la legislación penal y erigirse como algo material, con contenido propio. Bajo una mirada un tanto restringida del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, no asimilado de manera integral con el conjunto de limitantes del Derecho Penal, señala que él sólo serviría para aumentar la capacidad punitiva del Estado, amparado en un constructo abstracto y carente de contenido, y no para limitarlo¹¹⁰.

Para concluir este brevísimo esbozo acerca de la visión que sobre el tema ha ofrecido Günther Jakobs, cabe señalar el detalle en que también repara Federico Scszaranski¹¹¹ al indicar que pareciese ser acertado entender que Jakobs no busca de manera necesaria eludir toda noción de bien jurídico, destruyéndola, puesto que parece insostenible plantear que en todo delito no habría siempre un “algo” que resulta dañado¹¹². De ahí a concebir la dañosidad social del delito en función de ello es diferente puesto que, como vimos, para Jakobs el Derecho Penal no actúa en dicho mérito (porque se dañe “algo” o un bien).

¹⁰⁷ JAKOBS, Günther. 1995. Derecho Penal, parte general: fundamentos y teoría...Op. Cit. p. 45

¹⁰⁸ SZCZARANSKI, Federico. 2012. Sobre la evolución del bien jurídico penal...Op. Cit. p. 407.

¹⁰⁹ JAKOBS, Günther. 2000. ¿Qué protege el Derecho Penal...Op. Cit. p. 37.

¹¹⁰ JAKOBS, Günther. 1995. Derecho Penal, parte general: fundamentos y teoría...Op. Cit. pp. 55-58.

¹¹¹ SZCZARANSKI, Federico. 2012. Sobre la evolución del bien jurídico penal...Op. Cit. p. 409.

¹¹² JAKOBS, Günther. 1995. Derecho Penal, parte general: fundamentos y teoría...Op. Cit. p. 45. y JAKOBS, Günther. 2000. ¿Qué protege el Derecho Penal...Op. Cit. p. 29.

1.2.3. Otros intentos de legitimación

Se revisarán aquí otros intentos de legitimación que se han esgrimido, por fuera del binomio principal Roxin-Jakobs¹¹³.

1.2.3.1. El Principio del Daño y el Modelo de Reconocimiento

El Principio del Daño o "*Harm Principle*" es una antigua formulación esbozada por el filósofo inglés John Stuart Mill el cual señaló originalmente que la única fundamentación que imprime legitimidad al poder coactivo del Estado es la evitación del daño a terceros, buscando con ello circunscribir el rol del Estado y su poder de coacción en una sociedad de libertades¹¹⁴.

Para el caso de la legitimidad de la pena y para la tradición norteamericana, el autor Joel Feinberg, cuestionándose acerca de los límites y los fundamentos morales de la práctica punitiva del Estado, esgrime el Principio del Daño como el elemento de legitimidad de la pena, señalándose así que la sanción penal está legitimada cuando se verifica una conducta dañosa (en un símil a la lesión, de bien jurídico o de norma, que opera como concepto de igual relevancia en la tradición continental)¹¹⁵. Este daño repercutirá finalmente en la libertad y la autonomía del individuo que sufre el perjuicio, que es la que el Derecho Penal está llamado a resguardar.

Para Feinberg es necesario reconocer que todos los individuos poseen intereses por sobre ciertos elementos, sean o no materiales, que les reportan y aseguran bienestar, libertad y autonomía. Un interés será tal, cuando el individuo que lo detenta esté dispuesto a asumir un riesgo en su protección y no le resulte indiferente

¹¹³ Dada la dificultad para acceder a las versiones originales de los trabajos de algunos autores que habitan la discusión anglo-parlante, se analizarán dichas teorías en función de la introducción que en nuestro medio, o al castellano, han hecho autores nacionales u otros

¹¹⁴ AMBOS, Kai. 2013. Bien Jurídico y Harm Principle: bases teóricas para determinar la función global del Derecho Penal Internacional. Revista de Derecho Penal y Criminología. N° 10. p. 355.

¹¹⁵ GALLEGO, Javier. 2011. El problema del Moralismo Legal en el Derecho Penal. Revista de Estudios de la Justicia N° 14. p. 162.

su menoscabo. Luego, los intereses, en conjunto, configuran una globalidad o una pluralidad de estado de cosas, encaminada al bienestar¹¹⁶, entendiéndose, así, como *Welfare Interests* o intereses de bienestar¹¹⁷.

El daño (la acción dañosa) se verificará cuando la agencia de un sujeto signifique la intromisión en el interés de otro, dañándolo o lesionándolo sin justificación¹¹⁸. Así, y debido a que normalmente todo interés puede seguir un curso progresivo de desarrollo, las formas de dañar pueden ser variadas: existirá *setback of an interest*, cuando se merma el desarrollo del interés o bien, se le hace retroceder o disminuir. Existirá *defeat of an interest* en aquellos casos en que se revierta el progreso que se había obtenido respecto de un interés. Existirá *thwart of an interest* cuando se impida el desarrollo de un interés, frenándolo. Por último, se distingue que existirá *impede of an interest*, en aquellos casos en que se impida o se ralentice su avance¹¹⁹.

No todo daño a un interés representa un injusto jurídico-penalmente relevante. Pero, por otro lado, todo injusto de tal relevancia sí debe conllevar un daño. Así, la matización penal, esto es, la inclusión en el campo de lo “criminalizable” respecto de aquellas conductas que son dañosas, se verificará cuando daño e injusto sean situaciones homologas, lo que ocurrirá cuando el daño se verifique por sobre un interés jurídicamente protegido y/o normativamente reconocido, siendo además inexcusable dicho daño¹²⁰. La homologación de ambas situaciones, esto es, daño e injusto, no resulta sencilla, puesto que no basta con que el daño vaya en detrimento de “algo” que pueda estar reconocido en la norma, sino que exige una significación tal que explique el merecimiento de pena¹²¹.

¹¹⁶ GALLEGO, Javier. 2011. El problema del Moralismo Legal...Op. Cit. p. 163 y SZCZARANSKI, Federico. 2012. Sobre la evolución del bien jurídico penal...Op. Cit. pp. 415-416.

¹¹⁷ SEELMANN, Kurt. 2007. El Concepto de Bien Jurídico, el *Harm Principle* y el Modelo del Reconocimiento como criterios de merecimiento de pena. En: La Teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid. Editorial Marcial Pons. p. 373.

¹¹⁸ AMBOS, Kai. 2013. Bien Jurídico y Harm Principle...Op. Cit. pp. 360-361.

¹¹⁹ SZCZARANSKI, Federico. 2012. Sobre la evolución del bien jurídico penal...Op. Cit. pp. 415-416.

¹²⁰ GALLEGO, Javier. 2011. El problema del Moralismo Legal...Op. Cit. pp. 163-164.

¹²¹ Destaca Javier Gallego en este punto que, de ser así, el Harm Principle sólo sería una reformulación conceptual de la Teoría del Bien Jurídico. Así, en: GALLEGO, Javier. 2011. El problema del Moralismo Legal...Op. Cit. p. 143.

Hasta este punto es imposible sostener que, tal como ocurre con la Teoría del Bien Jurídico, la discusión sobre el *Harm Principle* sea pacífica. Al igual que la primera, pesa sobre la segunda un manto de vaguedad a la hora de definir el delito como lesión o vulneración de derechos subjetivos reflejados o entendidos como intereses ya que la definición de la relevancia penal de los mismos, para la criminalización de conductas, vuelve a quedar enteramente entregada a la política, tal como ocurre con la definición del bien jurídico, situación que debe ser salvada en la mayor medida posible si se quieren circunscribir ambas teorizaciones en torno al intento de legitimación de la pena¹²².

Volviendo al merecimiento de pena, para Feinberg resulta relevante ver el conjunto de derechos subjetivos y/o intereses como la pretensión de reconocimiento moral legítima que posee cada individuo¹²³. Como también señala Kurt Seelmann, lo que hay en la protección que el Derecho (en general) hace de derechos subjetivos e intereses es que el mismo actúa como un modelo o una herramienta de reconocimiento entre individuos que se deben un respeto recíproco ante sus derechos y respecto de sus deberes¹²⁴. Por ello, la lesión a los intereses del otro o lo que es lo mismo, la generación del daño, constituirá delito propiamente tal cuando se rompe dicho modelo de reconocimiento y no se tiene al otro o a los otros sujetos como iguales, sino que como degradados¹²⁵.

El daño como delito es así entonces una lesión a este modelo de reconocimiento que está configurado por el derecho en cuanto conjunción de intereses y normas, acción que es merecedora de pena.

¹²² SEELMANN, Kurt. 2007. El Concepto de Bien Jurídico, el *Harm Principle* y el Modelo del Reconocimiento...Op. Cit. pp. 374-375.

¹²³ GALLEGO, Javier. 2011. El problema del Moralismo Legal...Op. Cit. p. 164.

¹²⁴ El Derecho como “modelo de reconocimiento” del otro, en tanto recíproco, esto es, igual merecedor de respeto, imprime el deber (al menos mínimo) de no dañar al otro. Así, no dañar al otro es un reconocimiento del otro como igual y no como degradado o sometido ante quien actúa. Este principio es extraído e introducido por Seelman con base en la Teoría del Derecho de Hegel.

¹²⁵ SEELMANN, Kurt. 2007. El Concepto de Bien Jurídico, el *Harm Principle* y el Modelo del Reconocimiento...Op. Cit. p. 375.

Pero, además, para la legitimidad de esta intervención penal, operan barreras de fragmentariedad y última ratio que se verifican ante la pregunta acerca de por qué es el Derecho Penal el especialmente llamado a intervenir ante el daño y no otras áreas del mismo. Lo relevante en el delito, y que hace merecida la pena, es que: "...priva de reconocimiento a la universalidad del otro, a su persona, a su <<capacidad jurídica>>, comportándose frente a él como si no fuera un individuo libre e igual al autor..."¹²⁶ idea que se verifica en un daño que degrada al individuo y no que simplemente le disputa titularidad sobre derechos, como ocurre por ejemplo en los delitos patrimoniales civiles o en el incumplimiento contractual (es éste justamente el límite entre la intervención penal y la civil)¹²⁷. Este daño o tipo de lesión hace merecedora la intervención penal para homologar a los sujetos en el plano de reciprocidad y devolver la integridad al Modelo de Reconocimiento que es el Derecho. Otras clases de lesiones sólo exigen intervenciones de otra índole y no penal (Derecho Privado para el restablecimiento entre particulares, Derecho Público para el restablecimiento ante la sociedad, por ejemplo).

La capacidad constrictora que el Principio del Daño detenta por sobre aquellas conductas criminalmente relevantes es relativamente más amplia en consideración al bien jurídico, puesto que se relaciona finalmente con un conjunto de intereses que además de mínimos deben ser compartidos por todos en la comunidad política. Para algunos, así, podrán existir intereses que les resulten especialmente necesarios para su ulterior desarrollo, pero la exigencia de generalidad nos reconduce obligatoriamente a entender que aquellos son los que permiten la existencia en comunidad y que ante la lesión de ellos existe un merecimiento de pena¹²⁸.

Por otro lado, la exigencia de cuantificar el daño verificado y obtener un quantum del mismo que permita concluir de qué manera se afectó el interés que se tutela, haría

¹²⁶ SEELMANN, Kurt. 2007. El Concepto de Bien Jurídico, el *Harm Principle* y el Modelo del Reconocimiento...Op. Cit. p. 377.

¹²⁷ SEELMANN, Kurt. 2007. El Concepto de Bien Jurídico, el *Harm Principle* y el Modelo del Reconocimiento...Op. Cit. pp. 376 y ss.

¹²⁸ GALLEGO, Javier. 2011. El problema del Moralismo Legal...Op. Cit. pp. 165-166.

que el Derecho Penal preservara su ánimo de última ratio, ya que existirán múltiples conductas dañosas que se avendrán más idóneamente con una sanción de naturaleza no penal¹²⁹. En la línea del *Harm Principle* distintas fundamentaciones se han ofrecido en torno a cómo cuantificar el daño, las que no será necesario reproducir aquí por tratarse sólo de un esbozo adicional o complementario de los principios elementales de la teoría¹³⁰.

Javier Gallego señala que estas dos últimas virtudes referidas del Principio del Daño podrían ser introducidas en la discusión de la Teoría del Bien Jurídico buscándose dichos beneficios y perfeccionándose así el principal baremo de legitimidad penal de nuestra tradición jurídica¹³¹, mientras que como vimos, Kurt Seelmann busca erigir un estándar de reciprocidad como aquél que debe analizarse (respecto a su eventual quebrantamiento o lesión) para indicar cuándo una intervención penal es legítima, factor que en sus términos también concilia la Teoría del Bien Jurídico con el Principio del Daño¹³².

Otros autores que sostienen esta doctrina y su eventual introducción en la discusión continental se han enfocado, como Andrew Von Hirsch, en perfeccionar la cuantificación del daño para así efectuar una prognosis de pena y una sanción justa, tras un análisis eminentemente casuístico y que se aviene de mejor manera con sistemas judiciales de precedentes y no legalistas¹³³.

Otro aporte relevante ha sido el de Tatjana Hörnle quien ha depositado mayor energía en la conceptualización del concepto de interés, identificándolo en el discurso

¹²⁹ El *Harm Principle* no ha estado ajeno a la crítica del paternalismo legal y la sanción ante el “incumplimiento” moral. Como punto de fuga ante ello se encuentra la misma noción de interés y de derecho subjetivo como merecedores de tutela. Así, en: GALLEGO, Javier. 2011. El problema del Moralismo Legal...Op. Cit. p. 166. Concluimos también que no es sino un símil a la discusión o crítica continental que se circunscribe en torno a la Teoría del Bien Jurídico. Así, en: SEELMANN, Kurt. 2007. El Concepto de Bien Jurídico, el *Harm Principle* y el Modelo del Reconocimiento...Op. Cit. pp. 374-375.

¹³⁰ AMBOS, Kai. 2013. Bien Jurídico y Harm Principle...Op. Cit. pp. 364-365.

¹³¹ GALLEGO, Javier. 2011. El problema del Moralismo Legal...Op. Cit. p. 166.

¹³² SEELMANN, Kurt. 2007. El Concepto de Bien Jurídico, el *Harm Principle* y el Modelo del Reconocimiento...Op. Cit. p. 382.

¹³³ SZCZARANSKI, Federico. 2012. Sobre la evolución del bien jurídico penal...Op. Cit. pp. 416 y ss.

de los derechos humanos¹³⁴ y enfocada además en justificar precisamente la frontera entre la sanción de delitos propiamente tales y de actos únicamente –y aparentemente- inmorales¹³⁵.

1.2.3.2. Fundamentación general de la Proporcionalidad

El Principio de Proporcionalidad es en gran medida, y al igual que el Bien Jurídico, una construcción dogmática que se ha extraído de los principios elementales que la Constitución y los pronunciamientos de los tribunales constitucionales o federales han hecho acerca de la idoneidad y carácter proporcional general de las penas en miras a la conducta sancionada¹³⁶.

Para Lascuraín la legitimidad de la pena es lograda justamente en un intento por describir de manera detallada la Teoría del Bien Jurídico, pero separando dicha teoría de la Teoría de la Proporcionalidad o de aquello que, político-criminalmente, es visto como propicio ante la sanción penal o como él lo denomina: la Teoría de “lo protegible”, la que emana de los principios, instituciones y normas que configuran todo Estado Democrático de Derecho¹³⁷.

Para dichos efectos, Lascuraín discurre en torno a la funcionalidad que presenta oportunamente el concepto de bien jurídico identificándolo con la necesidad de desentrañar de cada tipo penal aquello que efectivamente es tutelado. Esto es “lo protegido”¹³⁸.

Pero por otro lado, de manera diferente, y tras esa primera labor eminentemente interpretativa, en “lo protegible”, el autor señala que serán los principios y elementos

¹³⁴ SZCZARANSKI, Federico. 2012. Sobre la evolución del bien jurídico penal...Op. Cit. pp. 420-421.

¹³⁵ AMBOS, Kai. 2013. Bien Jurídico y Harm Principle...Op. Cit. p. 358.

¹³⁶ GUTIÉRREZ, Pablo. 2004. Algunas consideraciones sobre el Principio de Proporcionalidad de las normas penales y sobre la evolución de su aplicación en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid. N° 10. pp. 55-56.

¹³⁷ GUTIÉRREZ, Pablo. 2002. Algunas consideraciones sobre el Principio de Proporcionalidad...Op. Cit. p. 57.

¹³⁸ LASCURAÍN, Juan Antonio. 2007. Bien Jurídico y Objeto...Op. Cit. pp. 122 y ss.

estructurales del análisis de proporcionalidad los que otorgarán concreción a la legitimidad penal, la cual vendrá dada por un análisis (de proporcionalidad) aplicable a toda norma sancionatoria en base al objetivo perseguido por el Derecho Penal: la tutela de la libertad de los individuos, debiendo así fundamentarse en cada norma penal por qué la misma protege y permite más libertad de aquella que conculca¹³⁹. “La norma aplicada debe en este sentido ser útil para generar más libertad de la que sacrifica, y sólo si es capaz de preservar más libertad, en términos genéricos, de la que priva, podrá estar justificada su imposición en un Estado de Derecho...”¹⁴⁰

Así, la norma penal es legítima si persigue un fin legítimo, siendo fin legítimo de toda norma penal la protección de la libertad de los individuos. Debe entonces lograr tal cometido protegiendo más libertad en comparación con aquella que conculca¹⁴¹.

Para el cálculo de proporcionalidad, que imprimirá legitimidad a la norma penal, se deben considerar elementos o sub-principios: esencialmente que la norma penal sea la opción más ventajosa posible para proteger la libertad, adquiriendo así un carácter de necesidad que imprime a su vez al Derecho Penal un carácter de última ratio¹⁴².

La diferencia con la noción del bien jurídico que más estrictamente señalaba Roxin, aquello cuya protección se condice con el fin del Derecho Penal: protección subsidiaria y proporcional de elementos valiosos, no es abismante y podría entenderse incluso al Bien Jurídico como una clarificación pormenorizada del análisis de proporcionalidad de la reacción penal. En tales términos, la Proporcionalidad es un mandato al legislador, pero también al juzgador, siendo comúnmente sus caracteres

¹³⁹ De seguro este “cálculo” tendiente a describir el equilibrio existente es el núcleo esencial de la Proporcionalidad. Así, en: ¹³⁹ GUTIÉRREZ, Pablo. 2002. Algunas consideraciones sobre el Principio de Proporcionalidad...Op. Cit. p. 65.

¹⁴⁰ GUTIÉRREZ, Pablo. 2002. Algunas consideraciones sobre el Principio de Proporcionalidad...Op. Cit. p. 67.

¹⁴¹ LASCURAÍN, Juan Antonio. 2007. Bien Jurídico y Objeto...Op. Cit. p. 145.

¹⁴² LASCURAÍN, Juan Antonio. 2007. Bien Jurídico y Objeto...Op. Cit. pp. 146-147 y 149 y GUTIÉRREZ, Pablo. 2002. Algunas consideraciones sobre el Principio de Proporcionalidad...Op. Cit. pp. 70-74.

definidos por el sentenciador constitucional en sede de alegación de desproporción de la pena¹⁴³.

Antonio Bascuñán, criticando la vocación autonomista de la Teoría del Bien Jurídico de erigirse como un baremo de legitimación independiente del Derecho Penal, ubica justamente al bien jurídico en el análisis de proporcionalidad, en donde la lesividad del bien señalará o permitirá criticar la pena como defectuosa por exceso, esto es, allí donde la pena resulte excesiva por conculcar más libertad que la que protege de momento que la lesividad o es mínima o no existe¹⁴⁴. Para el mismo autor, dicha utilidad del bien jurídico en el análisis de proporcionalidad sería sólo aprehensible tras la producción de la norma, por lo que aún se podría verificar una libertad absoluta para trasgredir dicho eventual límite, por lo que así es posible criticar la independencia que se arroga muchas veces el bien jurídico y postular la necesidad de insertarlo en un análisis más complejo y acabado sobre el merecimiento de pena¹⁴⁵.

1.3 El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos

La Teoría del Bien Jurídico ha ocupado constantemente, de manera general en la tradición continental, a los pensadores del Derecho Penal, ya que entraña en sí misma tanto beneficios y utilidades como problemas y consecuencias no deseadas para la dogmática de la legitimidad de las sanciones penales.

Si bien, por un lado, sus funciones representan un valor ineludible para el análisis de los tipos penales, y además la función crítica, que alcanza un punto de máxima fundamentación con Claus Roxin, se plantea derechamente como una búsqueda de “desestabilizar” aquellas normas penales que resulten a su luz ilegítimas, no es menos cierto que el constructo puede adquirir múltiples adjetivos. Así, se critica su abstracción, la amplitud con que da cabida a todos los fenómenos resultantes en la

¹⁴³ GUTIÉRREZ, Pablo. 2002. Algunas consideraciones sobre el Principio de Proporcionalidad...Op. Cit. p. 69.

¹⁴⁴ BASCUÑÁN, Antonio. 2007. Derechos Fundamentales y Derecho Penal...Op. Cit. p. 54.

¹⁴⁵ BASCUÑÁN, Antonio. 2007. Derechos Fundamentales y Derecho Penal...Op. Cit. p. 58.

criminalización de conductas y con esto último su realmente escasa capacidad de limitación del poder punitivo sino de puerta de entrada para la expansión¹⁴⁶.

Sin embargo, la constante crisis del bien jurídico no ha dado fruto a un intento de legitimidad ofrecido en mejores términos. Quizás, como ya también se vio al momento de tratar sobre el origen del bien jurídico cuando se asume que el mismo es un baremo de limitación, el problema radica sólo específicamente en la inexistencia de una norma positiva de derecho que indique, limite y guíe la tematización penal, que es algo que la teoría no ha podido instituir en ninguna Constitución o ley. Aun así, en la literatura son muchos más los autores que se inclinan por aceptar la utilidad del concepto tratando de obviar sus dificultades.

En nuestra opinión son dos los motivos principales que explican por qué debe de primar un principio de exclusiva protección de bienes jurídicos como baremo de limitación del Derecho Penal en general. Por un lado, las funciones que cumple el bien jurídico, sin las cuales el análisis del repertorio penal se vuelve derechamente primitivo. Por otro lado, la falta de necesidad de entender que el concepto es “anulable” según otras teorizaciones diferentes de legitimidad, es decir, la eventual compatibilidad del mismo, como herramienta crítica general, con otras funciones posibles del Derecho Penal. Ambos “beneficios” de la Teoría del Bien Jurídico configurarían el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos como principio general del Derecho Penal que debe ser observado, en cumplimiento del deber de intervención y reacción penal, al momento de la tematización criminal.

1.3.1. Las Funciones del Bien Jurídico

El bien jurídico posee una amplia funcionalidad, no restringida únicamente a su eventual capacidad crítica, como ya la definimos.

¹⁴⁶ AMBOS, Kai. 2013. Bien Jurídico y Harm Principle...Op. Cit. p. 351.

Avilés Hernández distingue tres clases de funciones del bien jurídico, que lo dotan de relevancia. En primer lugar, una función axiológica, de momento que el bien jurídico expresa algo que es positiva y especialmente valorado, señalando cuáles son los valores que el Derecho Penal protege y definiendo cuándo una conducta es socialmente dañosa¹⁴⁷.

En segundo lugar, una función sistemática y crítica, que se verifica, al permitir el bien jurídico desentrañar cuál es la dañosidad necesaria para la lesión y, por tanto, para la imputación, haciendo convivir en este punto distintos elementos del sistema como la culpabilidad y la antijuridicidad.

Por último, el bien jurídico posee una función hermenéutica, que permite interpretar el tipo penal¹⁴⁸. En la parte especial del Derecho Penal el bien jurídico permite agrupar de manera sistemática los distintos delitos¹⁴⁹.

Aun negándose que el fin del Derecho Penal sea la protección de bienes jurídicos, no resulta plausible desconocer la existencia del principio y la especial relevancia que el bien jurídico adquiere, en virtud de las funciones que puede llegar a cumplir¹⁵⁰, las que además son muy relevantes en el área del Derecho Penal Económico.

1.3.2. La dificultad de negación de la legitimidad del Derecho Penal y del bien jurídico

Se pudo ver que la confrontación de opiniones entre Roxin y Jakobs, como exponentes principales de las teorías funcionales o acerca de cuál es el rol que el

¹⁴⁷ AVILÉS, Víctor. 1998. Orden Público Económico y Derecho Penal. Santiago. Editorial Jurídica Conosur Ltda. pp. 41-43.

¹⁴⁸ AVILÉS, Víctor. Orden Público Económico...Op. Cit. pp. 45-46.

¹⁴⁹ AVILÉS, Víctor. Orden Público Económico...Op. Cit. pp. 43-44.

¹⁵⁰ PIÑA, Juan Ignacio. 2004. Algunas consideraciones acerca de la...Op. Cit. p. 544.

Derecho Penal cumple en la sociedad, no buscan de manera necesaria una anulación mutua.

Ambas teorías han partido desde una visión social diferente. Así, para Roxin, la visión contractualista o constitucionalista, que impone al Estado el deber de proteger la libertad¹⁵¹, mientras que para Jakobs, la visión sistémica que impone al Estado y al Derecho Penal el deber de mantener las expectativas de cumplimiento de la norma¹⁵².

En este punto, muy bien señala Enrique Cury, la discusión se encuentra hipertrofiada en torno a puntos que, no por menos importantes, no restan relevancia al acuerdo máximo en torno a la función del Derecho Penal¹⁵³. No por nada, señala Roxin, que la aplicación de la pena encaminada a la protección de bienes jurídicos acarrea como consecuencia inevitable un efecto estabilizador de la vigencia de la norma¹⁵⁴, mientras que Jakobs admite concluyentemente que su intención no es desconocer la existencia del bien jurídico como algo que se mantiene incólume o se crea en virtud de la norma penal, sino que establecer un orden prioritario diferente para la justificación del Derecho Penal¹⁵⁵. De ahí en más, la relevante posición del bien jurídico es más que necesaria para comprender los cometidos del Derecho Penal y la forma, legítima, en que el mismo los cumple¹⁵⁶.

Asimismo, Jakobs señala la trascendencia del concepto de bien jurídico para distinguir su titularidad: bienes individuales y colectivos, reconduciendo la protección de estos últimos a través de la sanción de su puesta en peligro a una argumentación normativa que es protegida por el Derecho¹⁵⁷.

¹⁵¹ ROXIN, Claus. 2013. El Bien Jurídico como instrumento...Op. Cit. p. 4.

¹⁵² PIÑA, Juan Ignacio. 2004. Algunas consideraciones acerca de la...Op. Cit. pp. 517-521.

¹⁵³ CURY, Enrique. 2005. Derecho Penal: Parte General. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. p. 45

¹⁵⁴ ROXIN, Claus. 2013. El Bien Jurídico como instrumento...Op. Cit. p. 4.

¹⁵⁵ PIÑA, Juan Ignacio. 2004. Algunas consideraciones acerca de la...Op. Cit. p. 540.

¹⁵⁶ CURY, Enrique. 2005. Derecho Penal...Op. Cit. pp. 46 y ss.

¹⁵⁷ JAKOBS, Günther. 2000. ¿Qué protege el Derecho Penal...Op. Cit. pp. 31-33.

Resulta además interesante señalar aquí lo señalado por el profesor alemán Kai Ambos, quien se refiere a la convivencia sin mayores problemas entre el bien jurídico y el daño como elementos constitutivos de la legitimidad de la intervención penal en una simbiosis de complementación.

Así, se señala que el derecho penal debe evitar y sancionar el daño a un interés normativamente reconocido, según diversas cuantificaciones de afectación, siendo posible otorgar al bien jurídico la capacidad de definir dicho interés o encarnar aquello que se ve vulnerado con el daño y que amerita sanción de tipo penal, permitiendo explicar cuál es el daño que debe ser proscrito y sancionado¹⁵⁸.

Sirva este punto como conclusión provisoria en favor de atender a la Teoría del Bien Jurídico como la principal y más acertada idea de legitimidad del Derecho Penal, sobre lo cual se profundizará, junto a los elementos que se van a aportar, al final de este capítulo.

1.4 Clasificación de los bienes jurídicos

Habiéndose señalado los motivos que explican por qué erigir el bien jurídico y el principio de exclusiva protección de los mismos como categoría de legitimidad de las normas penales, se explicarán los principales “tipos” de bienes jurídicos a la luz de las clasificaciones más importantes que se han aportado de los mismos.

1.4.1. Bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos colectivos

Ya se señaló, de manera profusa e insistente, que existe una cantidad nutrida de definiciones que, desde la dogmática penal, han buscado caracterizar lo que es un bien jurídico.

¹⁵⁸ AMBOS, Kai. 2013. Bien Jurídico y Harm Principle...Op. Cit. p. 366-367.

Si, por ejemplo, se toma una definición escueta de bien jurídico, entendido este último como aquella característica de las personas, cosas o instituciones que sirve al libre desarrollo del individuo en el Estado¹⁵⁹, se mira que el bien jurídico siempre guarda relación con la libertad de la persona.

Estas características de personas, cosas o instituciones que deben permitir la libertad del individuo, pueden ser disfrutadas o detentadas por una sola persona, de manera exclusiva o bien por el conjunto de todos los individuos, situación que vendrá diferenciada según si existe o no exclusión en el uso, esto es, el uso del bien no puede compartirse y, por ende, hay rivalidad en el consumo, esto es, que el consumo del bien jurídico no puede efectuarse por más de una persona. Si estas dos características, exclusión en el uso y rivalidad en el consumo, no están presentes, el bien jurídico es del tipo colectivo o detentado por una pluralidad de individuos. Puede señalarse además que los bienes jurídicos colectivos pueden eventualmente distribuirse en partes entre distintos beneficiados¹⁶⁰.

La anterior es –pedagógicamente- una distinción tradicional entre bienes jurídicos. No adquiere ella mayor sustancia que enfocarse desde el punto de vista de quién detenta la titularidad por sobre el bien: una sola persona o el conjunto o un gran conjunto de ellas. No obstante, esta simplicidad, la distinción es esencial para luego dar contenido a la misma.

Como se vio *et supra*¹⁶¹, el que se de protección a bienes que pueden entenderse como de titularidad colectiva es también un paso en la progresión de la noción del bien jurídico y su teoría, en donde se aceptó que el Derecho Penal podía sancionar las lesiones a ciertos deberes de comunidad y valores sociales. De allí que

¹⁵⁹ KINDHÄUSER, Urs. 2009. Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal. [En línea] Revista Digital InDret. Vol. 1 <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/124363/172336> [Consulta: 29 de Marzo de 2015], p. 7.

¹⁶⁰ HEFENDEHL, Roland. 2002. ¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. [En línea]]Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Vol. 14, N° 1. http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_4-14.pdf [Consulta: 29 de Marzo de 2015] p. 4.

¹⁶¹ 1.2.1.1.

la caracterización de los bienes que son de titularidad colectiva resulte también relevante a la hora de hablar de la legitimidad del Derecho Penal.

Entre nosotros Raúl Carnevali ha denominado a los bienes jurídicos colectivos como bienes jurídicos “supraindividuales” ya que, en su opinión, considerándose que la tutela penal de los bienes jurídicos colectivos es una actividad que trastoca muchos principios elementales de imputación penal (se ahondará en ello a continuación), la tutela de estos bienes sólo se amerita cuando el bien jurídico supraindividual permita el disfrute y la pervivencia de uno de tipo individual, encaminado a la libertad de la persona¹⁶², debido a lo cual no corresponde hablar legítimamente de bienes jurídicos cuya titularidad pertenezca a toda la comunidad sin más, sino de bienes jurídicos que, siendo detentados por toda la comunidad, permiten el desarrollo individual.

Para arribar a esta conclusión, Carnevali hace eco de la crítica ya antiguamente planteada por la denominada “Escuela de Frankfurt”, que ve en el Derecho Penal de los bienes jurídicos colectivos y de la sanción al riesgo un exceso, puesto que: “...la pretensión de regular con el Derecho Penal procesos sistémicos y macrosociales, con la consiguiente modificación expansiva de la responsabilidad, le haría perder sus perfiles liberales, cayendo en una exclusiva orientación preventiva exenta de límites garantísticos y en el abandono de su cometido básico de la protección de esferas personales de libertad.”¹⁶³ Luego, “...el Derecho Penal debe limitarse a la protección de los bienes jurídicos individuales, admitiendo la protección de bienes jurídicos colectivos únicamente si éstos mediatamente sirven a la protección del individuo...”¹⁶⁴, “...el Derecho Penal debería dejar fuera de su ámbito de acción la intervención contra “riesgos” contra los que no podría actuar eficazmente, sino con meros efectos

¹⁶² CARNEVALI, Raúl. 2000. Algunas reflexiones en relación a la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales. Revista Chilena de Derecho. Vol. 27, N° 1. pp. 142-144.

¹⁶³ ALCÁCER, Rafael. 2002. La protección del futuro y los daños cumulativos. [En línea] Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_04-08.html [Consulta: 29 de Marzo de 2015] p. 4.

¹⁶⁴ PARIONA, Raúl. 2006. El Derecho Penal “moderno”. Sobre la necesaria...Op. Cit. p. 159.

simbólicos y, por lo demás, su intervención contra éstos constituiría una intervención ilegítima.”¹⁶⁵

La cita a estas conclusiones, postuladas por quienes apuntan a un Derecho Penal de la mínima extensión posible, se enmarca en la intención de ejemplificar la contrariedad que ha generado la tutela de los bienes jurídicos colectivos, tales como las características y valores que se verifican en el contexto del Derecho Penal Económico y a su vez ejemplificar la exigencia de dotar de contenido a los bienes colectivos.

Es cierto que tras un Derecho Penal de caracteres rígidos que exige siempre un menoscabo efectivo para sancionar y que no logra dar cuenta de los requisitos modernos de imputación se ha dado paso a la tutela masiva de bienes jurídicos colectivos a través de la modalidad de los delitos de peligro abstracto¹⁶⁶, quizás incluso de manera no tan consciente, lo que aumenta la importancia de la tan necesaria evaluación crítica de los tipos penales en torno a su legitimidad.

1.4.2. Bienes jurídicos microsociales y bienes jurídicos macrosociales

En la dogmática de habla hispana, el profesor nacional Juan Bustos ofrece una configuración sustantiva para los bienes individuales y colectivos desde el punto de vista de la significación social que su lesividad importa y la funcionalidad que, sobre todo a los segundos, caracteriza.

La visión acerca de los bienes jurídicos colectivos de Bustos es un tanto fenomenológica en cuanto el autor señala que los mismos “surgen” y son abordados por el Derecho Penal al mismo tiempo que se abandona una noción del Estado puramente “guardián”, que no se representa la necesidad de intervenir en procesos

¹⁶⁵ *Ibidem*.

¹⁶⁶ PARIONA, Raúl. 2006. El Derecho Penal “moderno”. Sobre la necesaria...Op. Cit. p. 162.

sociales (y menos aún de significación inicialmente privada, como lo sería el orden económico de mercado)¹⁶⁷.

Como se vio anteriormente con Günther, la evolución de la Teoría del Bien Jurídico como baremo de legitimidad de la intervención penal da cuenta de un paso desde la protección de derechos subjetivos a la tutela de bienes comunitarios que importan cumplimiento de deberes. De esta manera, al Estado moderno se le exige la intervención en dichos procesos sociales¹⁶⁸ y es ahí en donde se produce la colisión entre el tradicional Derecho Penal “de la individualidad” y las nuevas exigencias que al mismo se le hacen.

Derivado de la visión sociológica que sustenta Bustos y que lo lleva a fraguar su teoría del bien jurídico material¹⁶⁹ concluye que son bienes jurídicos los que permiten al individuo su desarrollo y existencia, pero no únicamente de manera aislada, sino que, de manera social, dinámica colectiva en la cual cada sujeto conforma relaciones interpersonales y sociales-complejas. Como vemos, no hay una distancia significativa con los planteamientos de Claus Roxin: si el Estado tiene como función primigenia la seguridad del individuo en el disfrute de sus derechos (luego la promoción del Bienestar como función primigenia del Estado puede ser discutida), corresponderá al mismo intervenir a través de la sanción penal en protección de aquellos bienes que así lo persiguen.

En Bustos el bien jurídico no es así un símbolo, sino que adquiere su materia en cuanto el individuo se desarrolla de manera palpable en virtud de él. En sus

¹⁶⁷ BUSTOS, Juan. 2007. Los Bienes Jurídicos Colectivos...Op. Cit. pp. 115-116.

¹⁶⁸ CARO, Dino. 1998. “Sociedades de Riesgo” y Bienes Jurídicos Colectivos. Revista Themis de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. N° 37. p. 198.

¹⁶⁹ A la hora de ofrecer una Teoría del Bien Jurídico situamos a Juan Bustos en la línea de Claus Roxin, ofreciendo una noción material del mismo, en cuanto busca darle contenido y significación a los bienes jurídicos, al mismo tiempo que mantener al constructo como una figura crítica del repertorio penal con anclaje en la Constitución y el deber de protección y seguridad del Estado. Por lo anterior, no se revisó con especificidad su planteamiento en torno al tema, sin perjuicio de incluir aquí con mayor detalle su opinión particular acerca de los bienes jurídicos colectivos. Para una versión actualizada y sumaria acerca de la Teoría del Bien Jurídico de Bustos, ver: CARRASCO, Edison. 2015. La “Teoría Material del Bien Jurídico” del Sistema Bustos/Hormazábal. Revista de Estudios Penales y Criminología. Vol. 35.

palabras:”...una consideración material del bien jurídico le dota de contenido, este aparece no como un mero símbolo o metáfora, sino como una relación social concreta, que, por tanto, de partida, ha de implicar la participación de los sujetos en el proceso social...”¹⁷⁰

En esta línea, bienes jurídicos individuales son aquellos que aparecen ligados de manera directa a la persona y por tanto su afectación es fácilmente delimitable y comprensible, ya que toca sólo al sujeto particular que es titular del mismo. Estos están llamados a permitir la existencia del sistema social, puesto que configuran el núcleo de existencia de todo individuo sin lo cual, final y redundantemente, no hay sociedad (vida, propiedad, libertad, principalmente) y, desde el punto de vista de la relación social que permiten, pueden ser entendidos como bienes microsociales ya que permiten, en primer término, la relación de una persona con otra¹⁷¹.

Por su parte, los bienes jurídicos colectivos son aquellos que aparecen ligados a la colectividad social (toda) o a una gran parte de ella, por cuanto son los que permiten que dicha colectividad ponga en legítimo ejercicio y goce los bienes microsociales, constituyendo así relaciones sociales complejas que permiten el funcionamiento del sistema social elegido¹⁷². Su cobertura es amplia, puesto que nos habla de la interconexión entre individuos y el Estado, todo a la vez y de manera recíproca, exigiéndose en la actualidad a este último la promoción de derechos y seguridades en pos de la comunidad¹⁷³. Así, a los bienes jurídicos colectivos: “...hay que definirlos a partir de una relación social basada en la satisfacción de necesidades de cada uno de los miembros de la sociedad o de un colectivo y en conformidad al funcionamiento del sistema social.”¹⁷⁴

¹⁷⁰ BUSTOS, Juan. 2007. Los Bienes Jurídicos Colectivos...Op. Cit. p. 117.

¹⁷¹ BUSTOS, Juan. 1991. Perspectivas actuales del Derecho Penal Económico...Op. Cit. p. 7.

¹⁷² BUSTOS, Juan. 2007. Los Bienes Jurídicos Colectivos...Op. Cit. pp. 119.

¹⁷³ BUSTOS, Juan. 2007. Los Bienes Jurídicos Colectivos...Op. Cit. pp. 120.

¹⁷⁴ CARO, Dino. 1998. “Sociedades de Riesgo” y Bienes Jurídicos Colectivos...Op. Cit. p. 199.

Los bienes jurídicos macrosociales, entonces, están al servicio y en razón teleológica de los bienes jurídicos microsociales, puesto que permiten su “puesta en marcha” y su protección se condice con el deber del Estado de crear todas las condiciones necesarias para el máximo desarrollo humano posible¹⁷⁵, pero justamente por esta especial funcionalidad adquieren una autonomía propia que los hace merecedores de tutela penal, puesto que no son simple protección mediatizada de bienes individuales¹⁷⁶ sino que los complementan y es en dicha función o labor en donde adquieren a su vez la materialidad propia que los identifica y los hace merecedores de tutela penal¹⁷⁷, adquiriendo por tanto una autonomía especial que justifica su protección, como justificaremos más adelante.

1.5 Estructura de delitos

1.5.1. Delitos de lesión y delitos de peligro

Tras haberse reconocido la distinción en torno a los bienes jurídicos, que distingue entre aquellos que son individuales y aquellos que son colectivos, y también microsociales o macrosociales, la pregunta que a ello se sigue es la relativa a cómo se pueden afectar los mismos y cuál es la conducta lesiva, o qué se considerará como conducta lesiva, a la hora de establecer una sanción de tipo penal.

La principal distinción entre las estructuras posibles que puede adoptar un tipo penal, viene dada por la relación entre conducta, bien jurídico tutelado y lesión de este último¹⁷⁸.

A grandes rasgos, en virtud de lo anterior, se observan en el ordenamiento jurídico penal dos clases de estructuras típicas o delitos. Ambas son “aplicables” a

¹⁷⁵ BUSTOS, Juan. 1991. Perspectivas actuales del Derecho Penal Económico...Op. Cit. pp. 8-9.

¹⁷⁶ CARO, Dino. 1998. “Sociedades de Riesgo” y Bienes Jurídicos Colectivos...Op. Cit. p. 203.

¹⁷⁷ BUSTOS, Juan. 2007. Los Bienes Jurídicos Colectivos...Op. Cit. pp. 121.

¹⁷⁸ MALDONADO, Francisco. 2006. Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados “delitos de peligro” en el moderno Derecho Penal. Revista de Estudios de la Justicia. N° 7. p. 27.

ambas clases de bienes jurídicos, ya sean individuales o colectivos¹⁷⁹, no obstante argumentaremos con posterioridad cómo estos últimos, los bienes jurídicos colectivos, son protegibles idóneamente sólo por una de aquellas formas: la de los delitos de peligro, ya que lo que caracteriza en prácticamente todos los casos a los bienes jurídicos colectivos es la imposibilidad de su lesión material, puesto que cumplen con una titularidad colectiva, como se señaló, y una ausencia de sustancia corpórea en muchos casos (piénsese así, por ejemplo, para los bienes jurídicos del tipo del “orden”: público, económico, de seguridad, entre otros).

En cuanto a los delitos, por un lado, encontramos los delitos de lesión, que son aquellos en los que la realización de la conducta típica importa y conlleva una afectación o lesión concreta, perceptible y grave del bien jurídico protegido. Por otro lado, los delitos de peligro, que son aquellos en los que la realización de la conducta típica importa sólo la creación de una situación de riesgo en la que la afectación o lesión concreta puede o no verificarse¹⁸⁰ y que como se justificará más adelante exige la construcción de un tipo de lesión autónoma y especial ya que no se condice con la lesión material que caracteriza la afectación a bienes individuales.

A su vez, al interior de los delitos de peligro, es posible reconocer, por un lado, los delitos de peligro concreto y, por el otro, los delitos de peligro abstracto. En los primeros la conducta típica desplegada logra efectivamente, como ya se señaló, crear una situación de riesgo para el bien jurídico que en términos probabilísticos permite concluir que es altamente probable (es posible) que el bien se lesione. Dicha situación afecta gravemente la disponibilidad del bien, cuando es de aquellos que cumplen con dicha característica, puesto que su uso está ahora limitado a la evitación de la lesión por parte de su titular. Se tiende a señalar que en estos delitos la afectación del bien, cuando no ocurre, es producto del azar. En los segundos, delitos de peligro abstracto, se señala que no se produce ni una afectación o lesión del bien y que el riesgo

¹⁷⁹ MALDONADO, Francisco. 2006. Reflexiones sobre las técnicas de tipificación...Op. Cit. pp. 50-51.

¹⁸⁰ MALDONADO, Francisco. 2006. Reflexiones sobre las técnicas de tipificación...Op. Cit. p. 25

señalado para el mismo no se verifica necesariamente, pero que, así y todo, la conducta desplegada es dañosa y sancionable¹⁸¹.

Por otro lado, desde el punto de vista de la descripción típica del delito, se señala que, en los delitos de peligro concreto, el peligro es parte integrante del tipo puesto que su sanción penal pende de su verificación, mientras que, en los delitos de peligro abstracto, el peligro no es parte integrante del tipo ya que no es requisito haberse puesto en peligro de manera efectiva el bien jurídico tutelado para que proceda la sanción¹⁸².

Se podrá apreciar desde ya que los delitos de lesión son los casos paradigmáticos de conducta típica sancionada por el Derecho Penal. Por su lado, se sostiene que los delitos de peligro concreto son efectivamente un tipo de lesión, ya que la disponibilidad del bien jurídico perjudica de manera considerable, restringiéndose el uso del mismo, de momento que este queda sujeto a la posibilidad de lesión¹⁸³. En dicho sentido son entonces delitos de resultados. Como correlativo a todo ello, pesa por sobre los delitos de peligro abstracto un manto general de duda, ya que en ellos no se verifica lesión sustancial alguna en el bien jurídico y la puesta en peligro que del mismo ocurre no es significativa.

En consideración a todo lo anterior, es importante dar cuenta que los delitos de peligro abstracto se circunscriben también en base a la ampliación del campo de tutela del Derecho Penal, esto es, hacia los bienes colectivos, en gran medida, aunque también respecto de bienes individuales de forma tradicional¹⁸⁴. Sin embargo, exigen una fundamentación especial para poder salvaguardar su legitimidad, que es la que pasamos a explicar.

¹⁸¹ PARIONA, Raúl. 2006. El Derecho Penal “moderno”. Sobre la necesaria...Op. Cit. p. 163.

¹⁸² CEREZO MIR, José. 2002. Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho Penal del Riesgo. Revista de Derecho Penal y Criminología. N° 10. pp. 47-48.

¹⁸³ PARIONA, Raúl. 2006. El Derecho Penal “moderno”. Sobre la necesaria...Op. Cit. p. 162.

¹⁸⁴ BUSTOS, Juan. 2007. Los Bienes Jurídicos Colectivos...Op. Cit. pp. 121-122.

1.5.2. Sobre la relación entre bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro (abstracto)

Es importante justificar por qué la relación entre bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro no es simplemente accidental, sino que adquiere sustantividad en función de una determinada fundamentación. Dicha fundamentación se compone de dos argumentos principales: primero, la situación actual del Derecho Penal que ha llevado al mismo a “hacerse cargo” de los bienes jurídicos colectivos a través de los delitos de peligro y configurar el actual panorama del Derecho Penal del riesgo; y, por otro lado, la necesaria idoneidad de los delitos de peligro para abarcar al injusto atentatorio contra los bienes jurídicos colectivos.

1.5.2.1. El riesgo como factor

El fenómeno de la tipificación de delitos bajo la estructura de delitos de peligro, esto es y tal como se señaló, que sancionan una conducta desplegada que no logra efectivamente dañar ni mermar el bien jurídico tutelado de manera que se permita hablar de una lesión propiamente tal, es uno de los más paradigmáticos en la modernidad del Derecho Penal contemporáneo, siendo muy recurrente en la actualidad la legislación penal bajo esta forma¹⁸⁵.

La dogmática penal ha formulado una explicación para este fenómeno, con base en la teorización que el sociólogo alemán Ulrich Beck ofreció al señalar que en la actualidad, enfrentándonos a una sociedad altamente compleja, interrelacionada y globalizada, podemos hablar de un orden social que ha elevado o creado una innumerable posibilidad de riesgos allí donde antes no existían. De tal manera, la sociedad moderna es una “Sociedad del Riesgo”¹⁸⁶ en la que para el caso del Derecho Penal, si tomamos como punto de partida la función protectora de bienes jurídicos, se verifica un especial interés por “proteger” a los mismos, de una manera previa a su

¹⁸⁵ MALDONADO, Francisco. 2006. Reflexiones sobre las técnicas de tipificación...Op. Cit. p. 24.

¹⁸⁶ BECK, Ulrich. 1986. La Sociedad del Riesgo: hacia una nueva modernidad. Barcelona. Ediciones Paidós.

lesión concreta¹⁸⁷, sancionando conductas que los colocan en peligro y que por tanto arrojan un resultado jurídico distinto, que no se condice con la tradicional lesión normalmente criminalizada¹⁸⁸, y que es comúnmente un fenómeno nuevo en este nuevo mapa de riesgos y afectaciones cruzadas.

Una justificación de esta conexión entre bienes colectivos y peligro es aquel fenómeno que representativos sectores de la doctrina penal han caracterizado como la “Expansión del Derecho Penal”¹⁸⁹, que es aquel que incluye la protección de bienes jurídicos colectivos bajo la forma de delitos de peligro, normalmente abstractos. Esta situación configuraría un nuevo Derecho Penal del riesgo el que está caracterizado no por un carácter eminentemente sancionatorio (retribucionista) sino que preventivo, en donde se utiliza la pena como mecanismo de control social para prevenir que los riesgos potenciales que amenazan a los individuos se concreten, sancionando ya no la lesividad sino la puesta en peligro de los mismos a través de conductas potencialmente lesivas¹⁹⁰.

Así, *et Supra* (1,2) introdujimos ya la corriente sociológica que da cuenta del Paradigma del Riesgo, el cual habría sido recogido por el Derecho Penal para comprender que, ante una sociedad compleja, modernizada, impersonal e interconectada, en la cual, como consecuencia de dichas características, los riesgos de afectación a los individuos y a los bienes jurídicos se multiplican exponencialmente, debe asumir un deber interventor en pos de evitar la consumación de dichos riesgos.

Creemos, junto con Hassemer¹⁹¹, que este proceso no tiene como base una velada mala fe, sino que, al contrario, parte desde un proceso de “modernización” del Derecho Penal decimonónico para hacerse cargo de los problemas del nuevo siglo.

¹⁸⁷ KINDHÄUSER, Urs. 2009. Estructura y legitimación de los delitos de peligro...Op. Cit. p. 4.

¹⁸⁸ MALDONADO, Francisco. 2006. Reflexiones sobre las técnicas de tipificación...Op. Cit. p. 29.

¹⁸⁹ La exposición “maestra” de esta crítica o corriente, en: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. La Expansión del Derecho Penal: aspectos de política criminal en sociedades postindustriales. Madrid. Editorial Civitas.

¹⁹⁰ CERESO MIR, José. 2002. Los delitos de peligro abstracto...Op. Cit. pp. 54 y ss.

¹⁹¹ HASSEMER, Winfried. 1991. Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno. (Conferencia) Barcelona, España. Universidad Autónoma de Barcelona. (Traducción al castellano de Elena Larrauri) p. 235.

Sin embargo, ello habría devenido en las incongruencias que ya hemos mencionado de manera profusa a lo largo de este capítulo, generándose, según Hassemer, una erosión casi general de los principios de garantía, legitimidad y limitación del *Ius Puniendi*¹⁹².

En dicho contexto, el nuevo interés manifestado por el Derecho Penal ha sido el de amparar y dar protección a bienes colectivos de distinta índole aparejándolos con la modalidad del delito de peligro y en especial con el delito de peligro abstracto, exigencia que se hace al Estado moderno y que importa que: "...no es posible una vuelta al Derecho penal del siglo XIX, reduciendo básicamente el Derecho penal a la protección de los bienes jurídicos individuales. El Derecho penal no puede ignorar la evolución del Estado liberal al Estado de bienestar, so pena de desconectarse del fin de conseguir una mayor justicia social."¹⁹³

La sentencia de Cerezo Mir anteriormente citada da cuenta de un estadio de evolución del Derecho Penal que calificamos como "fenomenológico": con indeterminado y/o desconocido nivel de conciencia, el legislador penal, en general, se ha hecho cargo de bienes colectivos, sancionando su puesta en peligro e incluso simplemente las acciones que lo contradicen. Se critica a ello excesos y distorsiones, que es justamente una situación que motiva el presente análisis, pero es innegable la irreversibilidad de la presencia de tales figuras (junto a sus problemas), para hablar así de un Derecho Penal ajustado a los nuevos requerimientos y como real herramienta de justicia social.

1.5.2.2. Idoneidad de los delitos de peligro para dar cuenta del injusto atentatorio contra los bienes jurídicos colectivos

Respecto de los delitos de peligro concreto, se ha señalado sobre su legitimidad, que en cuanto la acción típica que describen significa que el titular de

¹⁹² CEREZO MIR, José. 2002. Los delitos de peligro abstracto...Op. Cit. p. 55.

¹⁹³ CEREZO MIR, José. 2002. Los delitos de peligro abstracto...Op. Cit. p. 56.

determinado bien debe constreñir su utilización en función del peligro que lo acecha, habría un tipo de resultado o lesividad concreta especial¹⁹⁴. Normativamente, el peligro es un elemento fundante del tipo, ya que debe verificarse.

Tomando lo anterior como base, pareciese ser que la relación más difusa se verifica entre los bienes colectivos y los delitos de peligro abstracto, en donde el peligro no se concreta y sólo es indiciario o eventualmente posible. Pero son justamente los delitos de peligro abstracto aquellos que dan cuenta del injusto que se verifica cuando se “atenta” contra bienes colectivos, los que no resisten una lesión en su sentido tradicional y de allí que la relación sea ineludible: si el Derecho Penal protege bienes jurídicos colectivos, no puede efectuar tal protección a través de sus tradicionales y primigenias herramientas, puesto que las mismas “no rinden” para ello.

La duda es que en los delitos de peligro abstracto no se verificaría un principio de lesividad, esto es, y tal como hemos explicado en torno al valor del bien jurídico y su eventual “corporalidad”, no se lesionaría “algo” (un bien jurídico) por lo que sería ilegítimo justificar la intervención penal a través de este tipo de ilícitos ya que dicha norma penal no tutelaría bien jurídico alguno (en principio).

En este contexto se sitúa el profesor peruano Dino Caro Coria para explicar o más bien identificar cómo aquí se refleja, quizás en su máxima expresión, la pugna entre un derecho penal clásico no configurado para hacer frente a la protección de bienes jurídicos de tipo colectivo en contraste con un moderno derecho penal, abrumado por estas figuras, y que por tanto exige la instrumentación de nuevas técnicas de imputación jurídico penal como lo son los delitos de peligro abstracto, las que no fueron diseñadas en dicho primigenio Derecho Penal, por desconocer éste lógicamente el contexto social que enfrenta hoy la modernidad: el de los riesgos, el de la necesidad del adelantamiento de la sanción penal incluso sin requerir un grado de

¹⁹⁴ CEREZO MIR, José. 2002. Los delitos de peligro abstracto...Op. Cit. p. 47.

lesividad tangible y el de las expectativas y exigencias a la actividad interventora del Estado moderno, también a través del *Ius Puniendi*¹⁹⁵.

De esta manera, la relación entre los bienes jurídicos colectivos y los delitos de peligro abstracto no es tangencial ni accidental sino derechamente sustantiva. En efecto, teniendo en consideración el perfil de bien jurídico colectivo que hemos ya caracterizado, como de titularidad generalizada o compartida y cuya esencia radica en estar al servicio de los bienes jurídicos individuales, permitiendo la expresión o el ejercicio de los mismos (procesos macrosociales, en Bustos), es en extremo imposible configurar delitos de lesión tradicional o bien es muy dificultoso configurar delitos de peligro concreto que atenten contra bienes colectivos, dada la naturaleza ontológica de los mismos, la que se corresponde muchas veces con instituciones intangibles que deben ser creadas (el orden económico, la buena fe, la proscripción del engaño) o con bienes tangibles cuya magnitud los hace en apariencia incorruptibles (el medioambiente).

Los delitos de peligro abstracto, entonces, son la construcción típica que permite amparar los bienes jurídicos macrosociales debido al especial tipo de injusto que se configura cuando se “lesiona” un bien de este tipo, señalándose aquí ello entre comillas puesto que, como se fundamentará a continuación, la lesión de los delitos de peligro abstracto es autónoma y especial (o *sui generis*) pero no por eso deja de constituirse como tal. Sin los mismos, no se da cumplimiento al fin perseguido por el Derecho Penal de dar respuesta a la protección de bienes e instituciones de tipo social.

En los delitos de peligro abstracto, de manera diferente a lo verificado en los delitos de peligro concreto, es posible señalar que el peligro no forma parte del tipo penal, en lo normativo, pero la acción sí debe estar descrita de forma tal de cumplir con el principio de legalidad, al mismo tiempo que es necesario que la situación de

¹⁹⁵ CARO, Dino. 1998. “Sociedades de Riesgo” y Bienes Jurídicos Colectivos...Op. Cit. p. 197.

peligro posible o de menoscabo cumulativo sea consecuencia lógica de la actividad punible¹⁹⁶.

1.5.3. Fundamentación del peligro y en especial de los delitos de peligro abstracto

Reiterando, y tal como señala Kindhäuser, los delitos de peligro son aquellos que no alteran la sustancia del bien jurídico¹⁹⁷ lo cual permite criticar con severidad a estas figuras ya que, si el injusto penal radica en la lesión de los mismos, ¿De qué manera una conducta que no los lesiona, logra configurar un injusto penal?¹⁹⁸

Se ofrecerá a continuación una revisión de las justificaciones más plausibles que se han esgrimido para sostener la legitimidad de los delitos de peligro y responder a la pregunta planteada en el párrafo anterior, pero centradas en los delitos de peligro abstracto, puesto que al analizar el bien jurídico tutelado en el Derecho Penal Económico, con la intención de poder definirlo de una manera convincente en cuanto a su necesidad de cautela, nos encontramos justamente con un bien jurídico, o una diversidad de ellos, que cumplen con la característica de ser un bien jurídico colectivo que ha sido relacionado con figuras que mayoritariamente, sino casi en su totalidad, obedecen a las figuras de delito de peligro abstracto, viéndonos enfrentados a las preguntas ya tantas veces explicitadas.

1.5.3.1. Urs Kindhäuser: justificación autónoma del peligro como afectación a un bien jurídico

La argumentación de Kindhäuser sobre los delitos de peligro en general, parte por criticar el “paradigma de la agresión”, que es el criterio normalmente ofrecido para sostener la lesión. Este paradigma relaciona la conducta y el daño al bien jurídico en

¹⁹⁶ CERESO MIR, José. 2002. Los delitos de peligro abstracto...Op. Cit. p. 48 y 52.

¹⁹⁷ KINDHÄUSER, Urs. 2009. Estructura y legitimación de los delitos de peligro...Op. Cit. p. 7.

¹⁹⁸ KINDHÄUSER, Urs. 2009. Estructura y legitimación de los delitos de peligro...Op. Cit. p. 9.

una línea espacio-temporal longitudinal bajo la supuesta existencia de un observador externo que tiene conocimiento de los hechos desde el inicio de las planificaciones para desplegar una conducta potencialmente lesiva, hasta su efectivo despliegue y lesión.

Así, este observador puede señalar efectivamente si el bien jurídico estuvo o no en peligro en virtud de la acción verificada¹⁹⁹, asumiendo por nuestra cuenta que dicho rol deberá cumplirlo el sentenciador a la hora de interpretar un tipo penal que sanciona la generación de peligro.

Kindhäuser desestima este argumento indicando que es absolutamente contradictorio: si el supuesto observador imparcial, que finalmente (cuando es el sentenciador) adquiere ex-post el conocimiento de la conducta y su potencial lesividad, es omnisciente, vale decir, tenía un conocimiento acabado de todos los elementos que importan para la determinación del injusto penal, la conclusión de peligro es falsa, puesto que en cuanto el daño sustancial jamás se produce, no es posible tampoco hablar de un peligro cuando se sabe de antemano que la lesión no se concretará. Por otro lado, si la lesión efectivamente se produjo, la sola discusión en torno a los estadios previos de peligro resulta fútil e innecesaria²⁰⁰. En otro contexto, de asumir que el observador externo no es omnisciente y es susceptible de incurrir en un error, esto es, estimar un eventual peligro que pudo no ser tal, se está sujetando la fundamentación del injusto en una absoluta presunción de lesión²⁰¹, trastocándose aún más la configuración tradicional de imputación penal que exige daño y culpabilidad²⁰².

Para Kindhäuser la fundamentación de los delitos de peligro debe buscarse en un plano de autonomía en relación a la tradicional exigencia de lesión y ello se logra comprendiendo que si la finalidad de todo bien jurídico, como ya se dijo en innumerables veces, es permitir la libertad y libre desarrollo, su afectación no viene

¹⁹⁹ KINDHÄUSER, Urs. 2009. Estructura y legitimación de los delitos de peligro...Op. Cit. pp. 7-8.

²⁰⁰ KINDHÄUSER, Urs. 2009. Estructura y legitimación de los delitos de peligro...Op. Cit. pp. 9-10.

²⁰¹ MALDONADO, Francisco. 2006. Reflexiones sobre las técnicas de tipificación...Op. Cit. p. 31.

²⁰² *Ibidem*.

dada únicamente por una merma sustancial a los mismos, menos aun cuando estos no son necesariamente un objeto material tangible, sino que viene dada también cuando el peligro generado impide que el bien jurídico cumpla dicha función de medio posibilitador o facilitador de la libertad, ya que el uso o el provecho que se puede sacar al mismo está cruzado por la eventualidad de que este sea dañado²⁰³. De tal manera, el peligro logra afectar la libertad cuando concurre en dos características normativamente necesarias: éste debe ser indeseado e inevitable²⁰⁴ ya que lógicamente es imposible sancionar los peligros tolerados o evitables.

Kindhäuser ofrece una argumentación en torno a los delitos de peligro abstracto y en especial para aquellos contemplados en el interior del Derecho Penal Económico, señalando que el injusto que ellos fundan no debe basarse únicamente en el incumplimiento de un rol o conducta deseada, sino que debe configurarse en función de un examen de culpabilidad personal propiamente tal²⁰⁵. Ello lleva a exigir que la conducta que se sanciona, vulnere de manera efectiva un bien jurídico considerado como esfera de libertad ajena, propia de un individuo, y no que se condiga únicamente con una vulneración de normas y exigencias de conducta²⁰⁶. Así, la afectación sustancial de un bien jurídico como la economía o el orden económico es imposible, salvo gigantes magnitudes difícilmente imaginables, por lo que debe buscarse una reconducción que permita sostener cómo una vulneración sistemática o masiva a un bien colectivo, termina por limitar la disposición de un bien jurídico individual que para el caso de los delitos económicos serían claramente el patrimonio y la libre disposición del individuo²⁰⁷.

²⁰³ KINDHÄUSER, Urs. 2009. Estructura y legitimación de los delitos de peligro...Op. Cit. p. 13.

²⁰⁴ KINDHÄUSER, Urs. 2009. Estructura y legitimación de los delitos de peligro...Op. Cit. pp. 11-12.

²⁰⁵ KINDHÄUSER, Urs. 1995. Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto...Op. Cit. p. 442-443.

²⁰⁶ KINDHÄUSER, Urs. 1995. Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto...Op. Cit. p. 446.

²⁰⁷ KINDHÄUSER, Urs. 1995. Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto...Op. Cit. p. 447.

De tal manera, el riesgo impide de manera normal la utilización o el goce o despliegue de los bienes jurídicos, ya que el autor debe considerar que el marco que da seguridad a aquello se encuentra fuertemente vulnerado²⁰⁸.

Luego, distingue Kindhäuser, que este marco que da seguridad al uso de los bienes jurídicos está compuesto por una seguridad *autónoma* y otra *heterónoma*. La primera, es aquella que puede y debe ser brindada por el propio titular del bien, puesto que es de su responsabilidad su puesta en ejercicio. Ejemplo típico de aquello es el deber de alimentación saludable. La seguridad heterónoma que compone el marco de seguridad de todo bien jurídico viene dada por condiciones que deben ser creadas de manera externa al individuo y que normativamente pueden ser creadas y/o protegidas por el Estado, ya sea a través de una sanción penal o a través de una sanción administrativa. En los delitos de peligro abstracto que infunden el Derecho Penal Económico se sobrentiende que, su comisión, vulnera justamente estas condiciones heterónomas, las cuales son múltiples, ya que es el Estado el ente encargado de regular y dirigir la actividad económica²⁰⁹. Como un baremo de legitimación, el Estado deberá proteger sólo aquellas condiciones de seguridad heterónomas que, toda vez vulneradas, irrogan un fuerte retroceso en la función que el bien jurídico cumple como promotor de la libertad y desarrollo individual²¹⁰.

Así, el tipo de daño que representa un delito que atenta contra un bien jurídico colectivo es *sui generis*, puesto que sus condiciones de lesividad no radican en un menoscabo sustancial o material del Bien, que para el caso del Derecho Penal Económico rara vez será tal, sino que importa trastocar el marco de seguridad que permite el disfrute de determinado bien, legitimándose la intervención penal cuando ello a su vez hace retroceder bienes jurídicos individuales como, en términos de Kindhäuser, el patrimonio y la libertad de disposición²¹¹.

²⁰⁸ KINDHÄUSER, Urs. 1995. Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto...Op. Cit. pp. 448-449.

²⁰⁹ KINDHÄUSER, Urs. 1995. Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto...Op. Cit. p. 450.

²¹⁰ KINDHÄUSER, Urs. 1995. Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto...Op. Cit. p. 451.

²¹¹ KINDHÄUSER, Urs. 1995. Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto...Op. Cit. p. 452.

1.6. Conclusión del Capítulo

Se ha pretendido introducir de manera sumaria el conjunto de teorías que responden a la pregunta acerca de ¿Qué merece reproche penal? con el objetivo de analizar a continuación, desde tal enfoque, la situación del Derecho Penal Económico y, más específicamente, de los delitos contemplados en la legislación de Mercado de Valores y otros.

Bajo tal intento, se ha arribado a la conclusión de la relevancia de adoptar el principio de protección de bienes jurídicos como paradigma fundante del rol del Derecho Penal. Al aceptar este paradigma, se acepta la actual dispersión o polivalencia del concepto, el cual ha permitido arribar a la identificación de distintas clases de bienes jurídicos los que a su vez originan el hecho de que existan distintas clases de delitos, entendidos estos último no sólo como “técnica de tipificación” sino que también asistidos por fundamentaciones especiales que explican el injusto en el atentado a los bienes jurídicos colectivos a través de los delitos de peligro y en especial de los delitos de peligro abstracto. Todo lo anterior, se recalce, con un ánimo sumario y de insumo para la discusión central de esta investigación. Es así como se revisaron distintas teorías de fundamentación del rol de la intervención penal, en gran medida compatibles, así como distintas teorías de fundamentación del injusto especial de los delitos de peligro.

1.6.1. El problema

La rama del Derecho Penal Económico, como se verá a continuación, expone de manera muy consistente el conjunto de problemas de legitimación de la intervención penal, tanto para la discusión en general como, lógicamente, para lo específico en esta área, conjunto que se ha buscado desarrollar en este primer capítulo introductorio.

El delito económico se ha presentado como una fenomenología de evolución constante, que ha llamado a evolucionar también al Derecho Penal para su

establecimiento como herramienta de justicia en las distintas legislaciones, lo que continúa poniendo en pugna a los partidarios de un Derecho Penal de mínima intervención con aquellos que sin mayor inconveniente promueven su más profusa aplicación.

En tal contexto, atendida la idea de justificar la intervención penal para el área específica que se comenta, con base en el marco teórico del primer capítulo, es importante tener a la vista cuáles son estos problemas específicos de legitimación que resultan idóneos de abordar en el presente análisis.

En el comienzo de su exposición acerca de cuáles son los bienes jurídicos incluidos en el Derecho Penal Económico, inserta en un trabajo colectivo sobre el tema²¹², el autor argentino Rafael Berruezo, parte señalando: “La indeterminación del bien jurídico de algunos delitos económicos es lo que obliga a la doctrina a incluirlos en la vaga referencia del “orden socio-económico”, que se convierte así más en un “cajón de sastre” o en un marco de referencia genérica, que en un verdadero bien jurídico protegido...”²¹³

Ya del primer capítulo se pudo concluir que los bienes jurídicos colectivos manifiestan esa apariencia inicial, de no ser posible configurar en su contra un real atentado o lesión, lo que haría poco meritorio, en muchos de los casos, la sanción penal para dichas conductas. De ahí que quedarse con tal primera ilustración resulte favorable a la crítica de Berruezo en cuanto a considerar a estos bienes jurídicos como extraídos de un cajón de sastre y no configurados tanto normativa como sustantivamente.

²¹² BERRUEZO, Rafael. 2010. Derecho Penal Económico. En: Derecho Penal Económico. Montevideo. Editorial Montevideo-Buenos Aires. 1-77.

²¹³ BERRUEZO, Rafael. 2010. Derecho Penal Económico...Op. Cit. p. 23.

Pero es cierto y también fue expuesto²¹⁴, que existen construcciones teóricas tendientes a justificar la protección de bienes jurídicos colectivos del orden económico más allá de términos vagamente genéricos.

Los bienes jurídicos del orden económico, englobados en el Derecho Penal Económico, son bienes jurídicos propiamente tales que cumplen con la característica de ser colectivos, supraindividuales o macrosociales y serán ellos los directamente lesionados tras determinados ilícitos. De ahí que se requiera tener en cuenta la justificación especial en la protección de estos bienes jurídicos a través de la existencia de los delitos de peligro y peligro abstracto, así como también la justificación especial de la intervención penal en la economía.

Por tanto, a la hora de explicar una fundamentación estricta o específica de la legitimidad de la intervención penal en el plano económico, deberá responderse a la pregunta por la protección de bienes jurídicos de dicha índole, esto es, colectivos, de titularidad y lesión difusa, puesto que es el paradigma que hemos tomado por plausible a la hora de hablar de la legitimación de la intervención que efectúa el Derecho Penal.

En paralelo a ello, y quizás no necesariamente de manera contradictoria, para quienes sostienen que es función del Derecho Penal la protección de la vigencia de la norma, deberán reparar en la necesaria estabilidad normativa que requiere un marco de vida en común, tal como lo es la economía, en donde las expectativas de comportamiento requieren de expresiones axiológicas claras, como la transparencia, la exención de fraude o la competencia, entre otros. A tal cometido concurriría el Derecho Penal Económico cuando sanciona a quienes defraudan las normas de comportamiento del orden económico²¹⁵.

En resumen, la búsqueda de una justificación específica para explicar por qué el Derecho Penal debe sancionar los ilícitos que se cometen en el plano económico

²¹⁴ 1.4 y siguientes

²¹⁵ BERRUEZO, Rafael. 2010. Derecho Penal Económico...Op. Cit. p. 24.

dirá relación con señalar la plausibilidad en la protección de los bienes jurídicos descritos, principalmente.

Es la proliferación de bienes jurídicos colectivos y su tutela a través de delitos de peligro del ámbito económico el núcleo central del problema de legitimidad comentado.

CAPÍTULO 2: SOBRE LA LEGITIMIDAD DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO EN PARTICULAR

En el capítulo inicial de la presente monografía se establecieron las razones que sustentan la búsqueda de legitimidad del Derecho Penal en general.

Se señaló entonces, además del porqué de dicha necesaria legitimidad, cómo es que se ha respondido a la pregunta ¿Qué protege el Derecho Penal?, discurriendo acerca de los alcances de dichas respuestas ofrecidas y de conceptos como el peligro y las distintas formas de tipificación penal que del mismo arrancan.

En este capítulo nos abocaremos, con base en dichas herramientas conceptuales, ya sucintamente señaladas, a desentrañar los problemas de legitimación del Derecho Penal Económico en cuanto apartado especial del Derecho Penal.

Se hace presente, que en función de los argumentos ya vertidos en el capítulo primero, la búsqueda y definición de las variables de legitimidad especial que el Derecho Penal Económico puede presentar, se encuentran circunscritas al principio de protección de bienes jurídicos como función aceptada del Derecho Penal, asumiendo las fortalezas y debilidades del bien jurídico y de su teoría, tal como fue ya expuesto y otorgándole, en consonancia con la mayoría de la doctrina, el protagonismo que sigue asumiendo. Desde él entonces se encamina, en gran medida, el intento de legitimación especial aquí analizado.

Para este objetivo se aportarán nociones elementales de Derecho Penal Económico, en cuanto a su concepto y características, para luego discurrir acerca de la legitimidad en sentido estricto del Derecho Penal Económico, esto quiere decir, aquellas fundamentaciones específicas que sostienen por qué el Estado debe intervenir en el plano económico también a través de la sanción criminal, para concluir con la introducción de la noción de libertad que a esta esfera del Derecho Penal estaría

circunscrita. Todos estos elementos serán de ayuda relevante para su contraste con algunos delitos de la parte especial del Derecho Penal Económico

2.1 Noción de Derecho Penal Económico y sus caracteres relevantes

2.1.1. Conceptualización moderna del Derecho Penal Económico

Una definición y posterior sistematización de lo que el Derecho Penal Económico es, en cuanto apartado especial del Derecho Penal, debe considerar al menos tres puntos de vista: el enfoque criminológico, el dogmático penal y el enfoque procesal²¹⁶. A lo largo de este capítulo se profundizará en los primeros dos aspectos indicados, eliminando únicamente la posibilidad de hacer hincapié y profundizar en los aspectos procesales del delito económico por cuanto se distancian considerablemente del análisis dogmático en abstracto que aquí se pretende.

El enfoque criminológico determina que lo que se entiende por delito económico presenta una especial característica circunscrita a su autor²¹⁷ y, veremos, asimismo, que la autoría representa el interés inicial de análisis de este fenómeno por parte de la ciencia penal, el que ha evolucionado de manera considerable durante el último siglo marcado por dicho rasgo.

Por su parte, desde el enfoque dogmático se vislumbra exactamente la discusión que en esta monografía se ventila: la intervención del *Ius Puniendi* en el orden económico en protección de bienes jurídicos colectivos a través de instrumentos típicos como lo son los delitos de peligro²¹⁸.

Lo más relevante de dicha característica especial es que reconduce a la pregunta acerca de la pertinencia de aceptar o rechazar tal rasgo del moderno Derecho

²¹⁶ TIEDEMANN, Klaus. 2014. Wirtschaftsstrafrecht: Einführung und Allgemeiner Teil. München. Vahlen GmbH. pp. 27-30.

²¹⁷ TIEDEMANN, Klaus. 2014. Wirtschaftsstrafrecht...Op. Cit. pp. 28-29.

²¹⁸ TIEDEMANN, Klaus. 2014. Wirtschaftsstrafrecht...Op. Cit. pp. 29-32.

Penal, que contraría los estándares iniciales del Derecho Penal clásico. Ante tal interrogante, la respuesta explorada sobrepasa con creces la exclusividad del Derecho Penal Económico y se inserta de lleno en la discusión por la actual legitimidad de una herramienta como lo es el Derecho Penal en general, para lo cual consideramos que el Derecho Penal Económico es un ejemplo patente y relevante, seguramente el que condensa de mejor manera las interrogantes y desafíos, pero sin ser el único.

Dados estos caracteres relevantes, para Klaus Tiedemann, el Derecho Penal Económico, en primer lugar, en un sector o área del Derecho Penal que integra delitos que pueden aunarse en virtud de la función sistemática del bien jurídico: aquello que es tutelado por la norma penal²¹⁹. Bajo tal premisa el Derecho Penal Económico moderno es, para Tiedemann, un bloque que aglutina múltiples figuras delictivas en tutela de los bienes jurídicos del orden económico²²⁰. Esta idea de bloque permite inferir que, hoy por hoy, la doctrina se relaciona con un concepto de Derecho Penal Económico que reconoce un interés legítimo no sólo en la intención de regulación del Estado en la economía, sino que también en la posibilidad de permitir el ejercicio de la libertad y del desarrollo de los individuos en el mercado.

Por otro lado, es importante hacer notar la relevancia de interconectar ambos elementos de la idea de Derecho Penal Económico: autoría y particularidad dogmática. La autoría ha sido el enfoque que ha tenido la dogmática anglosajona para el análisis de este apartado y de ahí que lo denomine como el de los delitos “de cuello blanco”. La tradición continental ha recogido esta variante y el delito económico ha evolucionado conforme lo ha hecho su autor, desde el mismo delito “de cuello blanco” hasta la moderna criminalidad de empresa, pero en conjunción con el rasgo dogmático, que podríamos definir como el conjunto de interrogantes que el Derecho Penal Económico sitúa frente a los cánones tradicionales del Derecho Penal, en cuanto involucra la

²¹⁹ TIEDEMANN, Klaus. 2014. *Wirtschaftsstrafrecht...* Op. Cit. p. 64.

²²⁰ TIEDEMANN, Klaus. 2014. *Wirtschaftsstrafrecht...* Op. Cit. p. 31 y pp. 55-57.

protección de bienes jurídicos colectivos en virtud de la particular o *sui generis* forma de lesión de los mismos: la puesta en peligro²²¹.

2.1.2. Evolución fenomenológica del Derecho Penal Económico y del delito económico

El bien jurídico en cuanto herramienta de sistematización interna del repertorio del Derecho Penal, permite identificar y agrupar diversos delitos en función del bien que menoscaban.

De esta manera, al hablar de delitos que atentan contra la vida e integridad física y psíquica o de delitos que atentan contra la propiedad, se hace referencia a cuáles son los delitos que atentan o menoscaban la vida o la propiedad, respectivamente, y de hecho es el intento que se hace en prácticamente todos los manuales de la parte especial del Derecho Penal para proceder al análisis de los elementos constitutivos de los tipos penales.

Sin embargo, dadas las características especiales del orden económico como eventual objeto de protección penal y del Derecho Penal Económico en su totalidad, la posibilidad de poner en marcha esta función interna o sistemática es un tanto más difícil. La dificultad viene dada en cuanto la identificación de cuáles delitos son propiamente económicos está sujeta al contraste del tipo penal con la función externa o crítica del bien jurídico, ya definida, lo que arroja los más serios cuestionamientos para los tipos penales e impide incluir, sin más, distintas figuras en un apartado especial. De lo anterior deriva además que no resulte pacífico definir el Derecho Penal Económico “sólo” como aquel apartado del Derecho Penal que aglutina y se ocupa del estudio de los delitos que atentan contra el orden económico, más allá de la funcionalidad pedagógica de esta definición, puesto que la función crítica del bien

²²¹ KINDHÄUSER, Urs. 2013. Los tipos de delito en el Derecho Penal Económico. En: La teoría del delito en la práctica penal económica (Directores: Jesús María Silva Sánchez y Fernando Miró Llinares) 69-82. p. 70.

jurídico deja un manto de dudas por sobre muchas de las figuras penales que en dicha sección podrían incorporarse.

Las causas de esta situación serán explicadas a continuación para continuar con el intento de justificar por qué la intervención del derecho penal en el plano económico es meritoria de una fundamentación especial. Estas causales de disgregación y que motivan la constante dinamización del Derecho Penal Económico saltan a la vista al estudiar su evolución como fenómeno.

Al referirnos a su evolución de tipo “fenomenológica” se está haciendo relación a la situación de que el Derecho Penal fue descubriendo e interviniendo en áreas del orden económico o economía en general en la medida en que dicha intervención se estimó como plausible o necesaria debido a, por ejemplo, los grandes mantos de impunidad que asistían la delincuencia económica en los inicios del siglo XX²²².

Tiedemann, inclusive, identifica la evolución del Derecho Penal Económico con hitos aún más anteriores. Para él, es posible identificar el Derecho Penal Económico desde el precedente histórico del interés por resguardar el orden económico por parte de la autoridad, entendiéndolo como un espacio de intercambio. Así, existieron sanciones por el abuso de precios o por el acaparamiento, entre otros, desde el derecho romano. A su vez, esto se complementó con la intervención de la autoridad que proliferó en Europa en los inicios del siglo XVI tras la reactivación comercial y el surgimiento del mercado financiero²²³.

El delito económico, entonces, se manifestó como un hecho que saltó a la vista de los legisladores penales y que comenzó a requerir múltiples cambios al momento en que se decidió intervenir, criminalizando conductas que atentaban contra el orden económico.

²²² BERRUEZO, Rafael. 2010. Derecho Penal Económico...Op. Cit. p. 16.

²²³ TIEDEMANN, Klaus. 2014. *Wirtschaftsstrafrecht*...Op. Cit. pp. 32-33.

2.1.2.1. Derecho Penal Económico de autor

El surgimiento del Derecho Penal Económico y el interés de la discusión dogmática y la tipificación y sistematización en torno al mismo dan cuenta de una relación de contribución entre la Sociología, en específico su rama que estudia las causas y el fenómeno de la delincuencia: la Criminología, y el Derecho.

En efecto, fue en 1939 cuando Edwin Sutherland, profesor norteamericano, dictó una conferencia ante la Sociedad Norteamericana de Sociología y en 1940 cuando el mismo, en base a dicha presentación, publicó su obra titulada “The White Collar Crime” constatando en ella que existía una criminalidad propia de las clases altas en contraste con la criminalidad común de las clases bajas. Lo grave, es que sólo esta última recibía la atención del sistema penal y por tanto su represión, quedando impune la primera²²⁴. Lo que esto significó fue que el Derecho Penal no se interesó inicialmente en la tipificación penal de este nuevo fenómeno delictual ni en la sistematización o actualización de las figuras existentes, sino que fue el análisis social el que le alertó de la deficiencia en que estaba incurriendo.

Mientras se dice que normalmente el Derecho Penal “crea” inicialmente al delincuente, en un sentido de tipificación, y entrega a la Sociología su objeto de estudio, en el Derecho Penal Económico ocurrió justamente lo contrario²²⁵.

De tal manera el estudio de la delincuencia en el contexto económico se inició no interesado por cómo era su alcance dogmático-penal y político-criminal, sino que interesado por el protagonista del mismo, por la necesidad de describirlo y de estudiar empíricamente cómo el mismo obraba, todo ello motivado por explicar la vergonzosa situación de impunidad de quienes, obrando ilícitamente, gozaban de la misma, al parecer, sólo en virtud de su favorecida posición social. Se dijo así que el delincuente

²²⁴ HORMAZÁBAL, Hernán. 1995. Los delitos socioeconómicos, el bien jurídico, el autor, su hecho y la necesaria reforma del sistema penal español. En: Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Madrid. Boletín Oficial del Estado. 187-208. p. 190.

²²⁵ HORMAZÁBAL, Hernán. 1995. Los delitos socioeconómicos...Op. Cit. p. 187.

económico vestía de cuello blanco ya que se desempeñaba en posiciones de poder principalmente económico, empresarial, del mundo de los negocios y también de la política²²⁶. Si bien el diagnóstico de la situación fue negativo, fue asimismo de gran relevancia: cabía concluir que existe una distribución completamente desigual del interés que el Derecho Penal pone en la criminalización o tematización penal, enfocando sus pretensiones de justicia en las clases bajas²²⁷.

En la literatura nacional Víctor Avilés señala que el interés especial por el autor de los orígenes del Derecho Penal Económico estuvo matizado también por el interés por la delincuencia como profesión, esto es, aquel sujeto activo que delinque de manera sistemática, en organizaciones y con modalidades complejas, además de una constancia en dicha actividad, sin ser relevante para ello su origen socioeconómico²²⁸; así como también por el interés de la explicación de las situaciones de abuso de poder, corriente un tanto más moderna de explicación del ilícito socioeconómico²²⁹.

Tras este aporte, la dogmática penal ha cambiado el foco de atención de análisis para la delincuencia económica desde el autor, que no ofrece un rendimiento para justificar sin mayores problemas la tematización penal, hacia el bien jurídico y los elementos de legitimación de los delitos económicos. Esto, por cuanto el enfoque dispuesto en el autor identifica a la delincuencia económica sólo como una especial modalidad de ilícito que atenta contra el patrimonio o la propiedad, lo cual no es correcto desde dos razones.

Primero, y de principal relevancia, porque el acento en un derecho penal de autor se encuentra superado en términos de un Derecho Penal circunscrito a un Estado Democrático, el que no puede reprimir con preferencia a ciertos sujetos, sino que debe reprimir actos lesivos independiente (aunque no del todo) de las circunstancias de quién las comete. Así, se habla de un Derecho Penal de actos por

²²⁶ HORMAZÁBAL, Hernán. 1995. Los delitos socioeconómicos...Op. Cit. p. 188.

²²⁷ HORMAZÁBAL, Hernán. 1995. Los delitos socioeconómicos...Op. Cit. p. 190.

²²⁸ AVILÉS, Víctor. Orden Público Económico...Op. Cit. pp. 270-272.

²²⁹ AVILÉS, Víctor. Orden Público Económico...Op. Cit. pp. 272-273.

sobre un Derecho Penal de autor, el que asegura objetividad y proscribire la utilización del recurso punitivo para luchar contra subjetividades humanas²³⁰. No obstante, Jakobs incluye al delincuente económico en su tradicional categoría de enemigo como aquel sujeto que, con amplia capacidad socio-comunicativa, actúa contrariando el orden social y normativo, expresando un orden diferente, lo que ameritaría una sanción agravada y una flexibilización en las garantías que eventualmente lo asisten ante la pretensión punitiva pública²³¹.

Segundo, porque los delitos económicos no son únicamente una especial afectación del patrimonio o de la propiedad, sino que hay otros elementos materiales y normativos que se vulneran con los mismos²³².

Como bien señala Bottke²³³ este enfoque no permitía plantear especialidades en torno al Derecho Penal Económico respecto del Derecho Penal tradicional, siendo su análisis uno de tipo general más un apéndice de análisis criminológico, por lo cual se suscitó un necesario cambio de paradigma que señaló que la justificación del Derecho Penal Económico: "...no se debe a consideraciones genuinamente económico-constitucionales o político-económicas, sino al reconocimiento, indiferente desde un punto de vista económico, del bien jurídico protegido y del principio *neminem laede...*"²³⁴

Si por un lado es correcto afirmar que el Derecho Penal Económico debe legitimarse en base a los baremos que para todo el Derecho Penal se han exigido²³⁵, la justificación de ello en base a la especialidad del autor que protagonizaría estos

²³⁰ CURY, Enrique. 2005. Derecho Penal: Parte General...Op. Cit. pp. 92-95.

²³¹ ABANTO, Manuel. 2005. El Derecho Penal en una Economía de Mercado, influencia de la integración económica y de la globalización. En: La persecución de ciertos delitos a la luz de la nueva justicia procesal penal. Viña del Mar, Chile. Universidad Andrés Bello. 55 pp. pp. 14-15.

²³² HORMAZÁBAL, Hernán. 1995. Los delitos socioeconómicos...Op. Cit. p. 189 y PÉREZ DEL VALLE, Carlos. 2005. Introducción al Derecho Penal Económico. En: Manual de Derecho Penal Económico (Coord. Enrique Bacigalupo) Madrid. Editorial Marcial Pons. 19-39. p. 20.

²³³ BOTTKE, Wilfred. 1995. Sobre la legitimidad del Derecho Penal Económico en sentido estricto y de sus descripciones típicas específicas. En: Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Madrid. Boletín Oficial del Estado. 637-654. p. 638.

²³⁴ BOTTKE, Wilfred. 1995. Sobre la legitimidad del Derecho Penal Económico...Op. Cit. p. 639.

²³⁵ PÉREZ DEL VALLE, Carlos. 2005. Introducción al Derecho Penal Económico...Op. Cit. p. 20.

ilícitos no puede entonces ser aceptada, exigiéndose argumentos de legitimación que discurren en torno a lo protegido por este apartado del Derecho Penal.

A pesar de lo anteriormente explicado respecto de la insuficiencia del autor como criterio de análisis de la legitimación del Derecho Penal Económico, hay un rasgo que pervive de manera relevante y que puede generar consecuencias importantes. El Derecho Penal Económico, constituido por los ilícitos que vulneran el orden económico (todavía en una definición netamente provisoria), como veremos, exige de su sujeto activo una capacidad especial de vulneración que le permita, a través de sus actos, menoscabar efectivamente los bienes jurídicos englobados en este orden. Como señala Hormazábal Malarée: "...si bien el delito socioeconómico queda definido desde el bien jurídico que se protege por el tipo penal, esta definición alcanza también al autor del delito que por su posición social, política o económica sería el que estaría en condiciones de lesionar o poner en peligro dicho bien jurídico."²³⁶ Así, la descripción típica del delito económico dibuja un autor especial puesto que no todos los individuos poseen la capacidad de dañar el bien jurídico económico. Ello debiese repercutir esencialmente en el sustrato normativo de todo tipo penal económico, el que eventualmente debiese exigir una determinada magnitud de afectación o lesión allí donde la cuantificación del daño sea posible²³⁷, por ejemplo, ante una eventual criminalización de la colusión para la fijación de precios, en donde una colusión entre pequeños vendedores no alcanza a dañar el mercado como si lo hace una entre unos pocos oligopolistas en mercados de relevancia y concentrados²³⁸.

El punto se ve hoy mayormente exacerbado con la actuación económica a través de empresas, de naturaleza jurídica compleja, organización jerarquizada y globalmente conectadas, lo cual implica un serio "trasplante" de criterios para el apartado dogmático que analiza la autoría, pero desde ya justifica también la exigencia

²³⁶ HORMAZÁBAL, Hernán. 1995. Los delitos socioeconómicos...Op. Cit. p. 197.

²³⁷ HORMAZÁBAL, Hernán. 1995. Los delitos socioeconómicos...Op. Cit. pp. 200-201.

²³⁸ Con todo, lo allí afirmado es discutible. BOTTKÉ, Wilfred. 1995. Sobre la legitimidad del Derecho Penal Económico...Op. Cit. pp. 640-641.

de ciertas cualidades de relevancia para el sujeto activo de los delitos económicos²³⁹. Punto culmine de esta dinámica es la incorporación de los estatutos legales que sancionan penalmente actos cometidos por personas jurídicas²⁴⁰.

Todo lo anterior, se recalca nuevamente, pasó a constituir rápidamente sólo un anexo, aunque no poco relevante, en el análisis de la criminalidad del ámbito de los negocios, ya que, por mucho que las cárceles estén sobrepobladas de pobres²⁴¹ no puede justificarse la intervención penal contra los ricos sólo por ser ricos o poderosos²⁴². Se dio entonces un vuelco en la discusión sobre legitimación.

2.1.2.2. Derecho Penal Económico del orden económico

El salto lógico para abandonar el forzado argumento que sostenía que el Derecho Penal Económico presenta una justificación plausible en razón de las especiales características de sus protagonistas, fue la configuración y la revelación de los bienes jurídicos tutelados en este apartado, lo cual derivó en discusiones en torno a la caracterización de los mismos y lo que importó también, junto a otras materias igual de atingentes, la comprensión de transformaciones necesarias en los paradigmas tradicionales del Derecho Penal clásico así como de los contextos sociales que lo justifican.

Bien es posible en este punto estar nuevamente de acuerdo con Hormazábal cuando señala lo siguiente: "...para la ciencia penal es (fue) necesario que el centro de la atención se desplace del <<delincuente económico o de cuello blanco>> al <<delito económico o de cuello blanco>>"²⁴³.

²³⁹ BUSTOS, Juan. 1991. Perspectivas actuales del Derecho Penal Económico...Op. Cit. pp. 10-13.

²⁴⁰ Para una revisión general de este proceso legislativo y sus consecuencias dogmáticas y político-criminales, ver: HERNÁNDEZ, Héctor. 2009. La introducción de la Responsabilidad Penal de las personas jurídicas en Chile. [En línea] Revista Electrónica Política Criminal. http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A5.pdf [Consulta: 7 de Junio de 2015]

²⁴¹ SCHÜNEMANN, Bernd. 2000. Del Derecho Penal de la clase alta...Op. Cit. pp. 15 y 20.

²⁴² AVILÉS, Víctor. Orden Público Económico...Op. Cit. p. 270.

²⁴³ HORMAZÁBAL, Hernán. 1995. Los delitos socioeconómicos...Op. Cit. p. 189.

En ningún caso el decir que el Derecho Penal Económico pasó de interesarse por los actores a interesarse en la protección del orden económico es sinónimo de decir que el Derecho Penal Económico tutela el orden público económico como un todo y tal como este, comúnmente, está planteado en la Constitución²⁴⁴. Lo que con un Derecho Penal Económico del orden económico se quiere señalar es la prevalencia de criterios de legitimación auténticos enfocados en la “intromisión” del Derecho Penal en la actividad económica bajo la pretensión de comprender por qué existe un Derecho Penal que protege determinados bienes y que se inserta en esta área, sobrepoblada además de regulaciones de toda índole²⁴⁵.

En esta necesidad de dilucidar el bien o los bienes que las figuras del Derecho Penal Económico tutelan es posible reconocer dos etapas de configuración de los mismos.

En una primera etapa, se señaló la necesidad de comprender que el Derecho Penal Económico tutelaba el orden económico al sancionar aquellas conductas que contrariaban gravemente la actividad interventora y reguladora del Estado en la economía, así como su función económica propiamente tal, entendiendo paradigmáticamente por esto último la función fiscal, recaudadora y tributaria²⁴⁶. Esta primera etapa puede ser entendida como aquella que ofrecía una noción más bien estricta o restringida del Derecho Penal Económico²⁴⁷ en donde los bienes jurídicos en él englobados y la concepción de que el Derecho Penal Económico protegía el orden

²⁴⁴ Se ahondará más adelante sobre este punto. Además, así en: CERVINI, Raúl. 2008. Derecho Penal Económico: perspectiva integrada. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay. N° 3. p. 11.

²⁴⁵ Para un interesante y breve análisis de la relación conjunta entre el Derecho Penal, el Derecho Administrativo Sancionador y otras regulaciones, en la economía, ver: RÍOS, Rodrigo. 2010. Injusto Monopólico: entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador. Revista Derecho y Humanidades. N° 16 Vol. 1.

²⁴⁶ CERVINI, Raúl. 2008. Derecho Penal Económico...Op. Cit. pp. 5-10.

²⁴⁷ CESANO, José. 2011. El Bien Jurídico protegido en los delitos contra el orden económico: una contribución para su determinación. [En línea] Boletín del Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico.

<http://ciidpe.com.ar/area1/DERECHO%20PENAL%20ECONOMICO,%20PERSPECTIVA%20INTEGRADA.%20CERVINI1.pdf> [Consulta: 14 de Junio de 2015] p. 8.

económico se tendía a relacionar con la titularidad del Estado por sobre sus funciones interventoras, así como con el Patrimonio, Erario o Hacienda Pública²⁴⁸ y otros.

Una concepción más amplia de lo anterior viene dada por identificar el orden económico con los programas económicos de mercado que la gran mayoría de las constituciones occidentales han institucionalizado²⁴⁹, esencialmente desde la segunda mitad del siglo XX. En dicho contexto, el Derecho Penal Económico tutelaría bienes contenidos y a la vez derivados de dichos programas de mercado, con mayor o menor presencia del Estado, según sea el caso, pero caracterizados por promover la libertad individual, y por tanto colectiva, de los agentes económicos.

Los bienes jurídicos así protegidos serían múltiples²⁵⁰, necesarios de una profusa revisión que no podrá darse (en su totalidad) aquí²⁵¹. Así entonces, aun existiendo una amplitud en el abanico de los bienes jurídicos protegidos en el Derecho Penal Económico, lo relevante resulta de comprender que la dilucidación de los mismos (de los bienes jurídicos tutelados) marca un especial interés del Derecho Penal por estos tipos de ilícitos, arribándose a esferas de protección que no eran conocidas por el Derecho Penal en general.

El ejercicio de comprensión de este apartado arrojó una nueva configuración para los bienes jurídicos²⁵² la que se condice con la clasificación ya aportada de bienes jurídicos colectivos, de titularidad difusa, supraindividuales o macrosociales que permiten el funcionamiento del sistema y de los bienes individuales. Ante ellos, las

²⁴⁸ Básicamente fue el Fisco y la actividad Fiscal del Estado el primer bien jurídico comprendido en un Derecho Penal Económico, entendido ello además en función de, primero, el Fisco como primer “gran botín” de los delincuentes económicos y la criminalidad económica tal como la conocemos hoy, como actividad moderna y de reciente data (post guerras). Para un omnicompreensivo análisis del Patrimonio Público, Hacienda Pública o Erario en cuanto bien jurídico penal, ver: MAYER LUX, Laura. 2007. El Patrimonio del Estado como objeto de protección penal. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. N° 29.

²⁴⁹ CESANO, José. 2011. El Bien Jurídico protegido en los delitos...Op. Cit. p. 9.

²⁵⁰ CERVINI, Raúl. 2008. Derecho Penal Económico...Op. Cit. p. 3.

²⁵¹ Se volverá más adelante sobre la distinción entre una noción amplia y otra estricta o restringida del Derecho Penal Económico, al analizarlo como estado actual de la discusión y como consecuencia de su evolución en cuanto fenómeno. Así: POZO, Nelson. 2014. Derecho Penal Económico y Delitos Bancarios. Santiago. Editorial Librotecnia. pp. 33 y 34.

²⁵² CERVINI, Raúl. 2008. Derecho Penal Económico...Op. Cit. pp. 4-5.

clásicas técnicas de tipificación penal no arrojaban resultado, debiendo recurrirse a los delitos de peligro. Es esto quizás el verdadero cambio de paradigma que importó la intromisión del Derecho Penal en el orden económico y en el desenvolvimiento de los sujetos en la economía moderna, lo cual exige todo un intento de justificación especial, como el que aquí se está intentando

2.1.2.3. Política Criminal en materia económica

Un intento diferente de agrupación de los delitos que atentan contra el orden económico bajo el título de Derecho Penal Económico ha sido brindado por el autor español Carlos Pérez del Valle y otros autores que siguen esta línea.

Para Pérez del Valle el verdadero sentido de la necesidad de agrupar estos ilícitos y de otorgar una sistematización legal y dogmática en torno a los mismos, justificando además las múltiples transformaciones que dichas figuras le exigen al antiguo Derecho Penal, está constituido por la necesidad de erigir una Política Criminal en torno a los mismos²⁵³ que manifieste un decidido ánimo del Estado por delimitar las conductas de los agentes en la economía, con especial énfasis en economías de mercado y especialmente en cuanto a criminalidad de Empresa se refiere²⁵⁴, complementándose ello además con la necesidad de prevención por sobre la necesidad de castigo, lo que resultaría de mayor conveniencia social ante estos casos de ilícitos. Piénsese así por ejemplo en el Medioambiente, bien jurídico de titularidad difusa, que hoy integra en gran medida el Derecho Penal Económico²⁵⁵ y respecto del cual, ante lesiones o graves afectaciones del mismo, la prevención se presenta como de mayor eficiencia en comparación con las sanciones a *posteriori*.

²⁵³ PÉREZ DEL VALLE, Carlos. 2005. Introducción al Derecho Penal Económico...Op. Cit. pp. 19-23 y CERVINI, Raúl. 2008. Derecho Penal Económico...Op. Cit. p. 27.

²⁵⁴ Para Pérez del Valle la criminalidad de Empresa es el delito económico propiamente tal lo cual exige una configuración especial de los contornos de otros apartados del Derecho Penal, como son autoría y participación y culpabilidad. Así, en: PÉREZ DEL VALLE, Carlos. 2005. Introducción al Derecho Penal Económico...Op. Cit. p. 20.

²⁵⁵ TIEDEMANN, Klaus. 1985. Poder Económico y Delito. Barcelona. Editorial Ariel S.A. (Traducción al castellano de Amelia Mantilla) p. 14.

El ejemplo resulta revelador puesto que no sería ya relevante el bien jurídico tutelado por el Derecho Penal Económico, el cual sería múltiple, y aún más: existirían diversos tipos penales que tutelarían un bien diferente a alguno de los tradicionalmente comprendidos en el orden económico, pero aún podrían reconducirse a un ilícito económico o de empresa²⁵⁶.

En un sentido de política criminal, además, el Derecho Penal Económico vendría en resolver la disparidad en la atención que el *ius Puniendi* dispone ante la actividad ilícita de autores de distintas clases sociales, haciéndose cargo de ello y erigiéndose como corrección del problema²⁵⁷.

En esa misma línea, de exigencias político-criminales, el profesor español Luis Gracia Martín advierte sobre las implicancias que el proceso mundial de globalización tiene por sobre el Derecho Penal y todavía más respecto del Derecho Penal Económico, en cuanto la dependencia económica y el mercado transnacional son caracteres primordiales de aquel proceso²⁵⁸.

Para él, deben distinguirse dos procesos ante esta situación²⁵⁹. En primer lugar, la modificación del medio comisivo para delitos económico-patrimoniales que ya habían sido antaño considerados por el Derecho Penal tradicional. Destaca aquí la estafa. En segundo lugar, la aparición de nuevos ilícitos que integrarían un Derecho Penal Económico como resultado de la globalización y que exigen esfuerzos adicionales de comprensión y tipificación normativa ya que no se encuadran con las figuras penales clásicas. Entre estos últimos hechos, es posible distinguir a su vez el ejercicio de actividades lícitas, pero de manera abusiva o torcida, como la actividad industrial alta y dolosamente contaminante, o bien el ejercicio de actividades prohibidas desde un inicio, como el lavado internacional de activos.

²⁵⁶ PÉREZ DEL VALLE, Carlos. 2005. Introducción al Derecho Penal Económico...Op. Cit. p. 23.

²⁵⁷ ABANTO, Manuel. 2005. El Derecho Penal en una Economía de Mercado...Op. Cit. p. 10.

²⁵⁸ GRACIA MARTÍN, Luis. 2008. El Derecho Penal ante la globalización económica. En: El Derecho Penal Económico y Empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo. Madrid. Editorial Colex. 63-85.

²⁵⁹ GRACIA MARTÍN, Luis. 2008. El Derecho Penal ante...Op. Cit. p. 15.

En el contexto planteado por Gracia Martín, Demetrio Crespo señala que el Derecho Penal haría frente a esta problemática sólo en cuanto constituya una decisión de política criminal transversalmente compartida, lo que parece ocurrir por ejemplo en la Unión Europea, lo que permite a su vez suponer un eventual fracaso de las otras vías políticas para regular, humanizar y hacer más sustentable el orden económico global, haciéndose así exigible la utilización del Derecho Penal²⁶⁰.

Para el autor recientemente citado, la imposibilidad de reconocer en el contexto global vías tradicionales de imputación, debido a su configuración en una complejización corporativa, hacen que para el Derecho Penal Económico resulte siempre más importante determinar cuál conducta o resultado constituye delito, independiente de quién o cómo se cometió²⁶¹.

Así, un Derecho Penal Económico, tanto nacional como internacional, exigiría intentos de políticas-criminales para encausar el orden económico, el cual muchas veces ha sobrepasado los límites tolerados ante la desregulación y las diferencias de poder entre estados en el concierto internacional²⁶², en donde la destrucción del medioambiente es el mejor ejemplo de esta situación.

De tal manera, los acuerdos y tratados regionales o globales, la cooperación y la configuración de un Derecho Penal (económico) de carácter internacional, justificarían la intervención del *Ius Puniendi* en este segmento social a nivel de ser una oportuna y eficiente herramienta de política pública global²⁶³.

²⁶⁰ DEMETRIO CRESPO, Eduardo. 2014. El significado político del Derecho Penal Económico. En: Crisis financiera y Derecho Penal Económico. Madrid. Editorial Edisofer. 3-19. p. 3-5.

²⁶¹ DEMETRIO CRESPO, Eduardo. 2014. El significado político del Derecho Penal...Op. Cit. p. 9.

²⁶² DEMETRIO CRESPO, Eduardo. 2014. El significado político del Derecho Penal...Op. Cit. p. 14.

²⁶³ GRACIA MARTÍN, Luis. 2008. El Derecho Penal ante...Op. Cit. pp. 18-20 y TIEDEMANN, Klaus. 2014. Wirtschaftsstrafrecht...Op. Cit. p. 4.

2.1.2.4. Derecho Penal (Económico) de la Empresa

El prisma de análisis actual para la intervención punitiva en el plano económico se relaciona con la empresa como autor²⁶⁴ y se habla de un Derecho Penal de la Empresa que lógicamente se relaciona con el apartado de la tutela del orden socio-económico.

Aquí, la principal discusión se ha trasladado al punto de la imputación o atribución de responsabilidad penal, analizando la discusión dogmática, en esta materia, diversos detalles relacionados con elementos de la teoría del delito como lo son la autoría, causalidad y la capacidad de acción²⁶⁵. Punto álgido de ello es la aceptación de la posibilidad de atribuir una especial clase de responsabilidad penal a las personas jurídicas²⁶⁶.

Lo relevante (para lo que aquí se comenta) es que este prisma no vuelca el Derecho Penal Económico a una noción de derecho penal de autor tal como fue concebida en sus inicios. Vale decir, si bien no deja de ser central la ubicación del autor en esta clase de delitos (la empresa, en relación con aquellos delitos que pueden ser cometidos por la misma o en su contexto) esta clase de imputación refleja una consecuencia más del proceso expansivo de la criminalización y en general de la intervención del Derecho Penal puesto que, en lo general, no trastoca la idea que se tiene de bienes tutelados en el Derecho Penal Económico o merecimiento del reproche penal en tal área, sino que altera las estructuras clásicas de imputación para hacer frente a una realidad delictiva que no se conocía o, más bien, ante la cual no se había reaccionado desde el reproche penal con anterioridad. Por ello, la justificación en este apartado no es únicamente la necesidad de sancionar al ente colectivo como actor del

²⁶⁴ BERRUEZO, Rafael. 2010. Derecho Penal Económico...Op. Cit. pp. 7-8.

²⁶⁵ POZO, Nelson. 2014. Derecho Penal Económico y Delitos Bancarios...Op. Cit. pp. 73-74.

²⁶⁶ Sobre la discusión de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica no se podrá discurrir aquí. Sobre la materia, resulta sintético y claro las dos posturas contrastadas, en: HERNÁNDEZ, Héctor. La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas...Op. Cit. y VAN WEEZEL, Alex. 2010. Contra la Responsabilidad Penal de las personas jurídicas [En línea] Revista Electrónica Política Criminal. http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/09/Vol5N9A3.pdf [Consulta: 24 de Julio de 2015]

hecho punible por su capacidad de producir lesividad, sino que además la necesidad de generar un contexto posible para tal imputación, contraviniendo el clásico axioma *societas delinquere non potest*²⁶⁷.

Así, aun cuando en nuestro sistema la ley de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas acota el catálogo de delitos a ellas imputable, podría indicarse que “la empresa” logra delinquir tal como podría hacerlo la persona natural, pero para que ello resulte aprehensible por el *Ius Puniendi* se han trastocado los cánones de imputación no porque la empresa sea tal, sino que porque sin ello la impunidad, socialmente reprochable, permanecía.

Por otro lado, al momento de utilizar el bien jurídico como criterio central de diferenciación del Derecho Penal Económico, como aquí se intenta, se puede concluir que la relación de este último no es tan estrecha con el Derecho Penal de Empresa. Así, pareciese que no es posible reconocer un bien jurídico o un conjunto de aquellos como los lesionados por la actividad empresarial, de manera exclusiva. Por tanto, no hay una relación ineludible entre orden socioeconómico como bien jurídico y empresa como autor, sino que más bien un enlace maleable que, como se dijo, requiere distintos presupuestos de imputación. En tal línea lo asevera Nelson Pozo al decir que: “...no es consustancial a buena parte de los delitos socioeconómicos el que el hecho tenga que ejecutarse en el seno de una empresa; de otro lado, hay conductas que, pese a poder ser calificadas indudablemente como delitos empresariales en el caso concreto e incluso ser ejecutadas por autores que criminológicamente deben ser incluidos en el sector de la criminalidad económica, no podrán ser incorporadas a la categoría de los delitos socioeconómicos.”²⁶⁸

Schünemann es un ejemplo de autor que plantea la absoluta diferenciación del Derecho Penal de Empresa con el Derecho Penal tradicional²⁶⁹. Citado por Berruezo, ha sostenido la necesidad de abordar en mayor profundidad este prisma, dado su valor

²⁶⁷ BERRUEZO, Rafael. 2010. Derecho Penal Económico...Op Cit. p. 10.

²⁶⁸ POZO, Nelson. 2014. Derecho Penal Económico y Delitos Bancarios...Op. Cit. pp. 56-57.

²⁶⁹ POZO, Nelson. 2014. Derecho Penal Económico y Delitos Bancarios...Op. Cit. p. 57.

social, instituyendo un Derecho Penal de la Empresa con matices sancionatorios y esencialmente preventivos²⁷⁰.

2.1.3. El Derecho Penal Económico y bienes jurídicos colectivos, macrosociales o supraindividuales

Como no es plausible la comprensión de un Derecho Penal Económico que sólo tutela bienes particulares, ya sean privados o del Estado, y menos lo es entendido como el reforzamiento penal de la intervención estatal en la economía, se asume como legítimo que el Derecho Penal Económico integra en su rango de protección bienes cuya titularidad es colectiva y que es en dichos términos en que debe analizarse su legitimidad²⁷¹.

Ahora bien, esta protección de intereses colectivos está a su vez encaminada a la protección de intereses individuales, tal como se explicó para el binomio bien microsociales y macrosociales, con Bustos, por lo cual el bien jurídico colectivo tutelado está en función teleológica de un bien individual. Lo anterior se entiende en cuanto la economía y su orden no pueden ser tuteladas penalmente sólo como decisión política, sino que siempre y cuando, el elemento o bien protegido, esté encaminado a permitir el ejercicio de la libertad personal²⁷².

Relevante resulta reparar en que este rasgo hace hincapié en la protección de bienes jurídicos como la mejor respuesta ofrecida para la legitimidad del Derecho Penal y así también para el Derecho Penal Económico²⁷³.

Una exacta delimitación normativa del bien jurídico tutelado permitirá discriminar cuándo es meritoria una real sanción penal versus la posibilidad de

²⁷⁰ BERRUEZO, Rafael. 2010. Derecho Penal Económico...Op. Cit. p. 7.

²⁷¹ CERVINI, Raúl. 2008. Derecho Penal Económico...Op. Cit. p. 16.

²⁷² FERNÁNDEZ, Inés y MAYER LUX, Laura. 2013. La Estafa como delito económico. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. N° 61. pp. 193-194.

²⁷³ ABANTO, Manuel. 2005. El Derecho Penal en una Economía de Mercado...Op. Cit. p. 7.

utilización de otra herramienta normativa, reguladora o sancionatoria con relación al ilícito y, además, permite distinguir si se está ante un delito económico propiamente tal²⁷⁴. Esto último tiene directa incidencia en poder determinar la inclusión de bienes jurídicos de tipo personal e intereses individuales en el Derecho Penal Económico para lo cual se estima de relevancia reparar en dos detalles que responden a la pregunta de si acaso el Derecho Penal Económico tutela -sólo- bienes jurídicos colectivos.

El primer elemento es que una exclusión de los intereses personales como objeto de tutela del Derecho Penal Económico sólo tiene relevancia pedagógica para delimitar el repertorio de delitos de la parte especial que podrían incluirse en el mismo. Así, no cabría señalar a la estafa en variantes básicas o modalidades especiales como parte integrante del núcleo esencial del Derecho Penal Económico y constituir éste el prisma, desde el cual se analiza la intervención penal en lo económico. Pero ello sólo tiene una utilidad que, reiteramos, es pedagógica y no crítica (en atención a evaluar la legitimidad de la tematización penal). Así, cuando se dice que el Derecho Penal Económico tutela bienes colectivos se sostiene ello con la idea de caracterizar sustancialmente el apartado, pero no indicar que o bien ningún tipo penal del mismo tutela bienes individuales o que, en caso de así ocurrir, no se podría incluir en él.

Más relevante es, y como segundo detalle a considerar, el alcance conexo que figuras del Derecho Penal Económico tienen con intereses individuales. Esto significa que, como se ha ido sosteniendo de manera profusa al afirmar una idea amplia de Derecho Penal Económico, muchos tipos penales del mismo vienen en proteger también intereses individuales debido a que es innegable la afectación patrimonial que la delincuencia económica provoca²⁷⁵, pero ante ellos sigue siendo esencial recurrir a las categorías de la delincuencia económica: tutela de bienes colectivos (e individuales) a través de delitos de peligro. Por ello es quizás más correcto afirmar no que el Derecho Penal Económico no tutela bienes individuales, sino que cumple su cometido de intervención criminal legítima en el plano económico a través de

²⁷⁴ CERVINI, Raúl. 2008. Derecho Penal Económico...Op. Cit. pp. 29 y 36.

²⁷⁵ FERNÁNDES, Inés y MAYER LUX, Laura. 2013. La Estafa...Op. Cit. pp. 191-192.

elementos propios que no son los clásicos delitos del repertorio patrimonial (que sí tutela sólo bienes individuales).

Un prisma interesante se obtiene también cuando se analiza el fenómeno a la inversa: aquellos delitos que pueden afectar el orden económico, pero que pueden ser comprendidos en el injusto de delitos tradicionales, de resultado y que tutelan bienes individuales. El ejemplo principal de aquello son las estafas piramidales que, actualmente, alcanzan un grado de lesividad masivo y se explican además en virtud de la complejidad en la modalidad operacional u organizacional del sujeto activo. Debido a lo anterior, si bien estamos ante el delito tradicional de estafa o alguna de sus modalidades especiales (algo similar podría ocurrir, por ejemplo, con los fraudes de tarjetas bancarias) la afectación a la integridad del orden económico y ciertas exigencias normativas que del mismo emanan para el ejercicio en tal plano (proscripción del fraude, fe pública, entre otros) es clara²⁷⁶.

2.1.4. El delito económico presenta una ambigüedad moral

El autor norteamericano Stuart Green identifica como característica principal de lo que la ciencia penal y la criminología anglosajona han denominado “delito de cuello blanco” el estar circunscrito a una ambigüedad moral que, por un lado, impide señalar decididamente el carácter inapropiado de una conducta ejercida desde una posición de poder²⁷⁷ y, por otro, impide afirmar de manera convincente la plausibilidad de una sanción de tipo criminal ante un ilícito de esta clase, entendida como la sanción de mayor gravosidad posible²⁷⁸.

²⁷⁶ FERNÁNDEZ, Inés y MAYER LUX, Laura. 2013. La Estafa...Op. Cit. pp. 197-201 y ONFRAY, Arturo. 2001. Ilícitos contra la información en las transacciones de valores. Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado. N° 5. p. 73.

²⁷⁷ La evolución fenomenológica del delito económico (2.1.2.) nos ha mostrado que para la discusión anglosajona adquiere una importancia mayor el agente o protagonista del ilícito, por sobre su carácter de lesividad y de ahí que lo definan en función de su autor: el que viste cuello blanco. En paralelo, la discusión continental ha buscado reparar de manera principal en el resultado o capacidad lesiva de dichas conductas, siendo la identidad del protagonista del ilícito, aunque no menos relevante, no principal.

²⁷⁸ GREEN, Stuart. 2006. Lying, cheating and stealing: a Moral Theory of White-Collar Crime. Oxford. Oxford University Press. p. 24.

Esta ambigüedad tiene a su vez dos particularidades relevantes. La primera de ellas es que se explica no sólo por el origen mismo del interés en el ilícito de cuello blanco: la impunidad que permitía, a sujetos que detentaban poder, sortear el reproche por sus actos ilícitos, sino que también por la evolución misma en torno al fenómeno. Para concluir ello, Green analiza un conjunto de casos modernos verificados en el sistema del *common law*, que le permiten vaticinar un conjunto de causas, vistas a su vez como características del delito de cuello blanco, que explican tal ambigüedad: la dificultad para distinguir entre un comportamiento derechamente criminal y uno simplemente agresivo, la sobre-regulación del área económica, la dificultad para constatar daño, causalidad y víctimas, la difusión de responsabilidad de los sujetos activos, el variable reproche entre tentativa y consumación, la falta de intencionalidad criminal propiamente tal, la favorable posición de prestigio del delincuente, las actitudes del entorno del delincuente para abordar el fenómeno (flexibilidad del juez, del persecutor y del estamento académico para abordar el tópico) y, por último, el poder de defensa del delincuente²⁷⁹. La línea argumentativa de Stuart Green ha buscado señalar que incluso la percepción moral empírica del delito de cuello blanco es completamente diferente de la percepción moral empírica de los delitos que él entiende como “de calle”²⁸⁰. Tal situación vuelve aún más compleja la discusión sobre la criminalización de conductas que son moralmente ambiguas cuando, además, exigen un retoque no menos considerable de los factores clásicos de legitimidad de la intervención penal.

Con todo, esta casuística, y como segunda particularidad, explican que en su mayor medida el Derecho Penal Económico esté aún circunscrito a una idea de impunidad para la cual los intentos de una legislación sistemática y los esfuerzos de la doctrina por aclarar sus patrones más trascendentes, resultan ingentes²⁸¹.

²⁷⁹ GREEN, Stuart. 2004. Moral Ambiguity in White Collar Criminal Law. Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy. N° 18. pp. 506 y ss.

²⁸⁰ GREEN, Stuart y KUGLER, Matthew. 2012. Public Perception of White Collar Crime Culpability: Bribery, Perjury and Fraud. Law and Contemporary Problems Duke Law School Journal. N° 75. p. 58.

²⁸¹ HERNÁNDEZ, Héctor. 2005. Perspectivas del Derecho Penal Económico...Op. Cit. pp. 19 y ss.

Cuando las lecturas que puedan hacerse del ilícito económico se debaten en torno a su aceptación o reproche moral no desembocan decididamente en una demanda por su criminalización. Así, se analizará, en su oportunidad y desde dicho punto de vista, la plausibilidad por la expansión de la intervención hacia el plano económico para el caso de ilícitos en donde una sanción de otra naturaleza se plantea como mayormente oportuna.

2.1.5. Bien jurídico e injusto del delito económico

Para el análisis del bien jurídico que es tutelado en el Derecho Penal Económico debe hacerse eco de las nociones que en él han imperado, las que se denominaron como restringida y amplia y que a su vez constituyen una consecuencia directa de la evolución del delito económico como fenómeno.

Alfredo Etcheberry distingue tres clases de bienes jurídicos, propiamente tales, en el Derecho Penal Económico. Por un lado, intereses económicos individuales como el Patrimonio, que legitima su tutela en cuanto bien jurídico individual primordial. En segundo lugar, se encuentra el Patrimonio del Estado, que no es sino un interés social, dada la afectación o el destino que persigue dicho patrimonio. Por último, es posible encontrar los intereses comunes del orden jurídico-económico que corresponden a la institucionalización de la economía y que exigirían ser entendidos como bienes colectivos del Derecho Penal Económico²⁸².

En tal contexto, el reconocimiento de una noción estricta de Derecho Penal Económico permite identificar fácilmente el bien jurídico con la intervención del Estado en el orden económico, lo que se expresaría especialmente en su actividad recaudadora, siendo el bien jurídico tutelado el patrimonio público²⁸³.

²⁸² ETCHEBERRY, Alfredo. 1962. Objetividad Jurídica en el Delito Económico. Revista de Ciencias Penales. N° 21. pp. 66-69.

²⁸³ OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. 2016. Teoría General del Delito Económico (material de estudio para el Magíster en Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Versión sin editar) p. 12.

Pero hoy se obedece más bien a una noción amplia del Derecho Penal Económico que busca reconocer un orden económico de manera más compleja, recogido en aquello que la Constitución configura de manera teleológica hacia la posibilidad de ejercicio de la libertad individual²⁸⁴. Las codificaciones penales que así lo han establecido recurren normalmente a designar este apartado como el de *delitos contra el orden económico* o contra el *orden socio-económico*, tal como se verifica en los Códigos Penales de Alemania, España y Perú, por ejemplo²⁸⁵. En consonancia con ello se encuentra la idea de Klaus Tiedemann, ya comentada, de comprender la sistematización del Derecho Penal Económico como un bloque que incluye múltiples figuras y sub-sistemas tutelados²⁸⁶.

Esta noción de orden económico, en cuanto bien jurídico tutelado por el Derecho Penal Económico, se suele relacionar con la noción de Orden Público Económico, que es el título con que se estudia, desde el enfoque del Derecho Público, el conjunto de instituciones y principios que son posibles de extraer desde la Constitución con significancia para la configuración de un modelo económico en específico.

Sin embargo, esta relación no resulta del todo pacífica por cuanto calificar al orden económico derechamente como bien jurídico del Derecho Penal Económico, en función de lo que el Orden Público Económico es, importa en principio relacionar dicho bien jurídico con la decisión política del legislador como interventor en el plano económico, lo cual se condice mejor con una noción restringida del Derecho Penal Económico: la intención regulatoria y la función de recaudación tributaria. Y, en todos los ámbitos, nos sitúa en la discusión acerca del Orden Público Económico como decisión estrictamente política.

²⁸⁴ OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. 2016. Teoría General del Delito Económico...Op. Cit. pp. 13-14.

²⁸⁵ Desde los artículos 263 en adelante del Código Penal Alemán es posible reconocer múltiples figuras comprendidas en el Derecho Penal Económico. El Título XIII del Código Penal Español lleva por nombre "*De los delitos contra el orden socioeconómico*" y, en nuestra región, el Código Penal Peruano incluye el Título IX "*Delitos contra el orden económico*".

²⁸⁶ TIEDEMANN, Klaus. 2014. Wirtschaftsstrafrecht...Op. Cit. p. 64.

De tal manera, el orden económico como bien jurídico no puede someterse a tal restricción, considerando aún más que la Constitución configura un sistema económico que aspira no a la intervención, sino que a la falta de la misma, dejando en libertad a los individuos para obrar en materia económica e incluso sometiendo la intervención pública a mayores barreras. En tal contexto, es posible extraer que el bien jurídico de una noción amplia de Derecho Penal Económico se encuentra hoy más bien en espacios de ausencia de regulación y, más específicamente, en los espacios de libertad de acción y de ejercicio por parte de los individuos, que es justamente donde puede configurarse el ilícito económico moderno.

Veremos por tanto la correlación entre el Orden Público Económico y dichos espacios de actuación (estatal y privada) para así poder delinear el bien jurídico que se engloba en este apartado.

La caracterización de dicho bien jurídico se relaciona con la noción amplia de un Derecho Penal Económico que interviene en pos de la protección de los espacios de libertad a los cuales aspira la Constitución y que es consecuente con la configuración constitucional de un aseguramiento, o al menos la aspiración, de permitir el ejercicio de la libertad personal.

2.1.5.1. Orden Público Económico y orden económico como bien jurídico

De manera pedagógica es posible comprender al Orden Público Económico como el conjunto de reglas y principios que determinan normativamente la forma que adquirirá la relación entre el Estado y las personas en el plano económico, pero no es menos cierto que en nuestro medio las visiones acerca de un Orden Público Económico que consagre de manera irrestricta la primacía del impulso privado por

sobre la actividad del Estado (opinión que parece ser relativamente mayoritaria)²⁸⁷ no están ajenas de críticas y formulaciones diversas²⁸⁸.

La discusión acerca del Orden Público Económico es esencialmente política, por cuanto representa la salida de un conflicto cuyo contenido se cuestiona a su vez el poder: quién será el protagonista en dicha relación entre Estado e individuos y a cuál esquema económico se estará. Este último ítem se relaciona con la producción de bienes públicos y privados y los roles que desempeñan Estado y mercado.

Lo que creemos resulta de relevancia, para el Derecho Penal, es la decisión política que, ilustrada en el Orden Público Económico y sus rasgos esenciales, permite concluir que el entramado institucional reconoce un espacio de agencia a todas las personas representado por el mercado, y que ello a su vez es consecuencia directa del principio de posibilitación y maximización de la libertad personal.

Siguiendo a Víctor Avilés, que ha buscado establecer una conexión entre ambos institutos y desarrollarla, se dirá que la relación entre el Orden Público Económico y el Derecho Penal Económico o, más bien, el bien jurídico tutelado por este último, es de continente a contenido. Esto es así, por cuanto la conceptualización de Orden Público Económico que se ha comprendido a través del tiempo es la que arroja en gran medida el interés del legislador por la instauración de la intervención penal en la economía²⁸⁹. En otras palabras, al imprimirse un Orden Público Económico, en la Constitución, que tiende hacia la posibilitación y la maximización de la libertad individual, se encuentran bienes jurídicos –o se conceptúa el bien jurídico “orden económico”- en función de dicho fin.

²⁸⁷ Como su principal expositor: FERNANDOIS, Arturo. 2005. Derecho Constitucional Económico. Santiago. Ediciones UC. pp. 85 y ss.

²⁸⁸ Visiones particularmente críticas del concepto de Orden Público Económico y sus principios derivados, en: SCHÜRMAN, Miguel. 2006. Orden Público Económico y Principio de Subsidiariedad, argumentos para una crítica. Revista Derecho y Humanidades. N° 12 y QUINTANA, Augusto. 2014. El Principio de Subsidiariedad. Revista de Derecho Público. Edición Especial.

²⁸⁹ AVILÉS, Víctor. Orden Público Económico...Op. Cit. p. 285.

En un comienzo lo anterior se relacionó únicamente con la intervención del Estado en la economía, y es por eso que se comprendía el interés del Derecho Penal por sancionar los atentados contra la actividad recaudadora, tributaria y aduanera. Pero luego tanto el dinamismo normativo con matización económica como el interés del Derecho Penal en esta área arrojaron que no eran sólo aquellos los bienes que merecían especial protección, sino que lo eran también otros que se nos representan como necesarios si se desea sostener una idea de justicia en el mercado y en un sistema de protagonismo privado como modelo económico. Por ello es que se evoluciona a una noción amplia del orden económico que abarcaría el Derecho Penal Económico, integrada ahora por, entre otros, la libre competencia, la transparencia en ciertos mercados, la libre concurrencia al mercado, etc²⁹⁰.

Será necesario comprender cuál es la libertad que se especifica al momento de señalar que el Derecho Penal Económico la protege, lo que si bien reconduce a la discusión política sobre la configuración económica, debe poseer salvaguardas que permitan efectivamente indicar los bienes involucrados, puesto que no será misión de esta tarea criticar la norma por no avenirse al eventual espíritu de una también eventual Constitución Económica²⁹¹, sino que criticar la norma por no avenirse al espíritu general de protección e incrementación de la libertad que sostiene el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos como baremo de legitimación de la intervención penal.

De esta forma, es plausible indicar que el orden económico encuentra en el Orden Público Económico sus caracteres de relevancia y los elementos con los cuales se configura como bien jurídico relevante de tutela penal. Esto parece operar en dos planos: el orden económico como la faz de libertad económica a la cual el Derecho Penal está llamado a tutelar, verificado como “macro bien jurídico”²⁹² en consonancia con los principios e instituciones que diseña el Orden Público Económico, en compañía de un conjunto de elementos que posibilitan su existencia, atendidos como bienes

²⁹⁰ AVILÉS, Víctor. Orden Público Económico...Op. Cit. pp. 285-292.

²⁹¹ SCHÜRMAN, Miguel. 2006. Orden Público Económico y Principio de Subsidiariedad...Op. Cit. p. 225.

²⁹² El concepto es nuestro

jurídicos de protección inmediata. Un claro ejemplo de ello es la libre competencia como valor relevante para este orden económico, expresada materialmente en la punibilidad de la colusión o, dicho de otra manera, en la relevancia de la libertad en la formación de los precios en el mercado. Otro ejemplo posible de identificar es la relevancia del mercado de capitales como espacio de ejercicio de la libertad económica²⁹³ expresada en la punibilidad de la utilización de información privilegiada o, en otras palabras, en la relevancia de la libertad y ausencia de fraude en las transacciones.

2.1.5.2. Caracterización del orden económico como bien jurídico

Para la criminalización de aquellas conductas que vulneran el orden económico, debe reconocerse en este último la capacidad de maximización de lo que a su vez entenderemos como capacidad de agencia de las personas en cuanto sinónimo de libertad personal.

Esta tematización, aunque para un fin argumentativo diferente pero rescatable en este apartado de la caracterización del bien jurídico que se engloba en el Derecho Penal Económico, es ofrecida por el profesor Fernando Atria.

Atria repara en la identificación de dos facetas del mercado, cognoscibles en aquellos órdenes que instituyen la existencia del mismo y del impulso privado como motor de la producción y distribución de riquezas²⁹⁴. El mercado consiste, en primer lugar, en una guía de asignación de recursos y de distribución de qué corresponde a cada cual a través de la capacidad de adquisición y alcance de bienes por parte de las personas. Luego, en segundo lugar, esta asignación cobra una existencia real en el mercado como espacio de intercambio en donde dos partes satisfacen mutuamente sus necesidades.

²⁹³ NOVOA, Raúl y NOVOA, Gabriela; 1997. Derecho del Mercado de Capitales. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. pp. 43 y ss.

²⁹⁴ ATRIA, Fernando. 2013. Veinte años después: neoliberalismo con rostro humano. Santiago. Editorial Catalonia. pp. 151-156.

Para Atria, esta segunda cara o faceta del mercado es “de emancipación” y la califica como “espacio institucional de intercambio no forzado”²⁹⁵, lo que es sinónimo de entender que posibilita el ejercicio de la libertad de toda persona y le brinda, consecuentemente, oportunidades de ejercicio de libertad, conectados no únicamente al intercambio en sí, como fenómeno más reducido o a escala, sino que también a la facultad de los individuos para procurarse dicho momento de intercambio, producir bienes o innovar, por ejemplo.

El reconocimiento de Atria tiene no tanto el mérito de identificar al mercado con tal espacio de intercambio y emancipación, sino más bien el de cercenar la faceta de distribución desde el rol de emancipación general, que normalmente liberales y subsidiarios del libre mercado engloban también en un espacio de intercambio. Esto es así por cuanto la fundamentación del mercado como espacio de emancipación es un argumento general de la teoría liberal y, así, no innova Atria en su reconocimiento, pero sí nos sitúa en un plano de poder utilizar las categorías, incluso para el caso de quien es eventualmente detractor del sistema de mercado, como paradigma del esquema de maximización que diseña la Constitución tendiente a la iniciativa privada y al intercambio no forzado, lo que se logra si se suprime mentalmente el ejercicio de ver el mercado como un conjunto de demandas agregadas y se reemplaza por la visión de pequeños hitos en donde los agentes acuerdan libremente entre sí en ejercicio de su autodeterminación.

El poder utilizar la categoría de Atria permite también alejar la discusión, en la mayor medida posible, del reproche exclusivamente moral al ilícito económico²⁹⁶. Esto resulta valioso si se asume que la primera objeción posible de concretar en contra de una intervención penal en el mercado es la que versa sobre la decisión política que

²⁹⁵ La faceta de distribución es, para Atria, no de emancipación. Para su teoría política, en dicha esfera del mercado, se refleja un criterio de *oportunidad* opuesto a un criterio de *ciudadanía* ya que se reconoce la necesidad de un bien sólo cuando otro está dispuesto a satisfacerlo, de manera contingente a sus propios intereses. Cuando tal disposición no existe, no hay fundamentación para asignar el bien a quien lo necesita, y tal conclusión se vuelve crítica cuando el bien en cuestión es de aquellos que merecen la consideración de ser tenidos como derechos sociales.

²⁹⁶ BARROS, Enrique. 1983. Derecho y Moral: consideraciones a propósito de la teoría de los delitos económicos. Revista de Estudios Públicos. N° 10. p. 10.

éste último representa, en atención a la reducida idoneidad del Derecho Penal para la tutela de sentimientos morales.

Una visión del mercado como espacio de intercambio no forzado permite su idealización como tal en cualquier plano en que el mismo se instituya y, con todo, el ejercicio de la libertad personal a tal escala no debería ser moralmente reprochable, sino que una aspiración, convirtiéndose así en un objeto que merece tutela en mayor medida por el valor que en sí mismo representa que por sobre la velada decisión en su establecimiento (político).

Si la Constitución, como acuerdo fundante, ha tendido a bien otorgar dicho espacio de emancipación, requiere de una institucionalidad y de un entramado de principios y valores que la hagan positiva, esto es, empíricamente ejercible por las personas.

La funcionalidad que representa el orden económico como el bien jurídico del Derecho Penal Económico es el estar constituido por aquellos objetos que permiten el reconocimiento recíproco de los individuos, en igualdad de condiciones para la tutela de sus derechos, en el espacio que permite aquellos intercambios no forzados²⁹⁷.

El autor alemán Wilfried Bottke repara en que la relevancia que cobra la Economía Social de Mercado, como la configuración empírica que el orden económico adquiere en la Constitución, para su tutela penal, radica en que es ella la que asegura mayores niveles de libertad de disposición, soberanía, agencia y autonomía a los individuos y a la vez a la sociedad, en cuanto la libertad de los primeros incrementa la del conjunto²⁹⁸.

²⁹⁷ KINDHÄUSER, Urs. 2013. Los tipos de delito...Op. Cit. pp. 71-72.

²⁹⁸ BOTTKE, Wilfred. 1995. Sobre la legitimidad del Derecho Penal Económico en sentido estricto y de sus descripciones típicas específicas. En: Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Madrid. Boletín Oficial del Estado. 637-654. p. 644.

Señala así Bottke que estos atributos son reconocidos por el Estado Social y Democrático de Derecho y por la Economía Social de Mercado como características pre-estatales, y así estos ven en los sujetos: "...ciudadanos emancipados, que definen sus necesidades básicamente libres de tutela estatal y con igualdad de derechos, demandan la oferta mediante exigencias de consumo, pueden conseguir la soberanía exclusiva de disposición sobre medios de producción corporales e incorporeales y pueden concurrir entre sí como ofertantes en la competencia de prestaciones."²⁹⁹

Pero a la vez, la justificación de dicho orden económico no estriba de manera exclusiva en el individuo, sino que también en el conjunto social, ordenando así la Justicia entre los sujetos, corrigiendo el déficit que el libre mercado origina y las externalidades que del mismo emanan, en un compromiso con la equidad en la distribución de recursos, la seguridad social y la ecología³⁰⁰.

Esta última argumentación nos sitúa en el concepto actual de Derecho Penal Económico y de orden económico de relevancia penal, el que no debe dejar de complementarse con el rol de intervención del Estado y, además, con el rol de provisión que el mismo cumple en la actualidad al alero de los Estados de Bienestar.

Por tanto, nuestra caracterización del orden económico como bien jurídico se relaciona más bien directamente con la faz del mercado que obedece a un espacio de maximización y ejercicio de libertad, pero sin desconocer, como señalaba Etcheberry, en adición, la intervención del Estado como regulador y proveedor, así como la irrefutable situación de que siempre, independiente de la autonomía que cobre la configuración de los bienes jurídicos colectivos del orden económico y del tipo *sui generis* de su afectación³⁰¹, se podrán verificar bienes jurídicos individuales clásicos como tutelados por este apartado.

²⁹⁹ BOTTKE, Wilfred. 1995. Sobre la legitimidad del Derecho Penal Económico...Op. Cit. p. 648.

³⁰⁰ BOTTKE, Wilfred. 1995. Sobre la legitimidad del Derecho Penal Económico...Op. Cit. pp. 648-649.

³⁰¹ KINDHÄUSER, Urs. 2013. Los tipos de delitos...Op. Cit. p. 81.

2.1.5.3. Sobre el injusto del delito económico

Como bien indica Urs Kindhäuser, el injusto en el Derecho Penal Económico no debe desentrañarse de manera distinta a cómo ello se efectúa para el Derecho Penal Económico, independiente de la distinta naturaleza en la verificación de la lesión del bien jurídico u objetos de protección³⁰².

Habiendo ya entendido el orden económico de relevancia penal como el esquema de maximización de libertad y capacidad de agencia que el orden (la Constitución) reconoce a los individuos, deberá entenderse el injusto penal de relevancia económica en función de la capacidad que el mismo tenga para coartar o cercenar dicha posibilidad de ejercicio de la autonomía, verificándose como el quebrantamiento de aquella norma social que permite que en el mercado, el espacio de los intercambios no forzados, los individuos sean vistos como recíprocamente iguales en lo relativo a la tutela de sus derechos y ejercicio de la libertad³⁰³.

El delito económico es, entonces, aquel apto para impedir que se ejerza la agencia en el mercado por parte de cualquier persona, cuando se asume una idea amplia de lo que el Derecho Penal Económico es³⁰⁴. Luego, para la construcción de su injusto, deben desentrañarse los elementos necesarios que permiten el ejercicio de la libertad individual en el mercado.

Lo anterior es lo que entenderemos esencialmente por orden económico como bien jurídico del Derecho Penal Económico.

El orden económico como espacio de ejercicio de libertad debe considerarse en suma con otros elementos adicionales y así, diremos que el injusto del delito

³⁰² KINDHÄUSER, Urs. 2013. Los tipos de delitos...Op. Cit. p. 69.

³⁰³ KINDHÄUSER, Urs. 2013. Los tipos de delitos...Op. Cit. p. 72.

³⁰⁴ Recordemos que, como se vio en 2.1.3., una noción amplia de Derecho Penal Económico no excluye a una noción restringida, sino que la integra, y se asumen en su conjunto los bienes del Patrimonio Público, intereses de la regulación de la economía por parte del Estado, bienes jurídicos patrimoniales individuales y el conjunto del orden económico.

económico radica en la posibilidad de afectar tres clases de bienes jurídicos que componen dicho orden: el Patrimonio Público, los intereses de regulación del Estado y el ejercicio de la libertad en el mercado, entendido como espacio de intercambio autónomo y no forzado.

Explicaremos en lo siguiente la consistencia de cada uno de dichos bienes circunscritos a la idea de orden económico de relevancia penal, guardando la caracterización más compleja para el caso del mercado como espacio de autonomía.

2.1.5.3.1. Marco de ejercicio de la libertad en el mercado: orden económico como sistema que posibilita la autodeterminación.

Quien ha buscado establecer una teoría para este marco de posibilitación de la libertad es el autor estadounidense Stuart Green con la intención de esquematizar un conjunto de desvalores que ponen en riesgo o lesionan tal ejercicio, impidiéndolo, y, por ello, se hacen merecedores de un reproche y una sanción de mayor intensidad.

El intento de Stuart Green posee dos diferencias necesarias de aclarar para proceder a su extrapolación como configuración de un esquema normativo que permita el ejercicio de la libertad en el mercado. La primera es que se encuentra encaminada para diseñar un patrón moral de aquellos ilícitos que la teoría anglosajona denomina como “de cuello blanco”, y ya vimos que dicha noción dice más bien relación con los especiales caracteres del autor del ilícito, por su raíz criminológica, que con el objeto de protección. Por ello es que para el autor su teoría es aplicable no sólo para ofensas de clase penal, sino que para otras diferentes (ilícitos regulatorios, por ejemplo)³⁰⁵ Es lo que explica también por qué para dicha tradición una banda de narcotraficantes compuesta por políticos es un ilícito “de cuello blanco” mientras que para la tradición continental tal ilícito no sería uno de tipo económico propiamente tal. Esto se explica además porque la teoría analizada busca adquirir un potencial crítico que permita

³⁰⁵ GREEN, Stuart. 2006. Lying, cheating and stealing...Op. Cit. p. 16.

evaluar distintos ilícitos en cuanto ilícito no sea sinónimo exclusivo de delito positiva y contingentemente establecido en la ley.

Con todo, la conexión entre lo que la dogmática anglosajona ha desarrollado como delito “de cuello blanco” y lo que en nuestra tradición continental aparejamos como delito económico se entiende desde que se asume que el delito económico es, en prácticamente todos los casos, un delito de aquellos que ocupan dicha especial posición de poder y, seguramente, uno de sus mejores ejemplos, y que por tanto sus proyecciones criminológicas y de otra clase, como las que aquí permiten determinar el injusto tras dichas conductas, le son aplicables. Es en dicha perspectiva también como anteriormente explicamos la evolución fenomenológica del delito económico³⁰⁶.

La segunda diferencia es que el proyecto del profesor Green se encamina a justificar el reproche, de tipo moral, para conductas desviadas que se asumen como el abuso de una posición de poder, en un contexto en donde la legitimación de la intervención penal viene dada por la proscripción de la afectación a intereses legítimos de otras personas, idea que es reconducible a la noción de derecho subjetivo, como aquello que se ve lesionado con la conducta ilícita³⁰⁷. Esto es, por tanto, una postura considerablemente más individualista de aquella que en nuestra investigación se pregunta por la plausibilidad de sancionar atentados contra bienes comúnmente compartidos y por ello, cuando Green examina el reproche que debe hacerse a las conductas caracterizables como delitos “de cuello blanco” antepone de manera inicial su capacidad de lesionar a otros (normalmente individualizados en sus pretensiones objeto de tutela), pero como ello no se verifica con simplicidad es que el profesor norteamericano que analizamos ha reparado en la ambigüedad moral del delito

³⁰⁶ 2.1.2.

³⁰⁷ En 1.2.3.1. aclaramos esto como el *Harm Principle* o *Principio del Daño* que es el principal intento de justificación de la sanción penal en la teoría anglosajona. Si bien ello, en principio, diferencia el análisis de Stuart Green en cuanto a su aplicabilidad en el contexto continental, el intercambio de un baremo por otro no debiese alterar la veracidad de la construcción del injusto moral para ilícitos que se manifiestan como el ejercicio de una posición de poder en contra de intereses comunes. Ver: GREEN, Stuart. 2006. *Lying, cheating and stealing...* Op. Cit. pp. 42-45.

económico: aquel que pareciese no perjudicar a nadie ni provocar lesiones concretas³⁰⁸.

Hechas estas salvedades, la teoría de Stuart Green permite efectuar el siguiente paralelo. De lo que aquí se ha planteado, es posible entender que el orden económico que resulta de interés para el Derecho Penal es aquel marco normativo que posibilita que toda persona ejerza su libertad en el mercado de manera plena. Dentro de él, ciertos elementos rectores e instituciones pueden ser identificados como bienes jurídicos, comúnmente de titularidad colectiva, y legítimos de tutela penal.

Esto es así, por cuanto lo que se exige para el efectivo goce y ejercicio de dicha libertad es un marco de seguridad que se traduce en un conjunto de comportamientos tanto exigidos como proscritos.

Luego, si ya hemos argumentado por qué, desde una óptica que reviste interés penal, el mercado es un espacio que permite a los individuos el ejercicio de su libertad y que ello se condice con el plan constitucional de su maximización, es posible entender que, si la Constitución aspira a que los individuos ejerzan tal libertad, debe intervenir en su tutela cuando la misma es vulnerada. Cuando dicha vulneración corresponde a una autodeterminación errónea y abusiva de otro sujeto, en consonancia con los principios de legitimación de la intervención criminal ya profusamente detallados, tal intervención debe ser de tipo penal, puesto que es reconocible asimismo una culpabilidad de tipo penal para el infractor³⁰⁹.

Ahora bien, resulta relevante que este orden sea a su vez, como indica Urs Kindhäuser, una norma social que se traduzca en el reconocimiento recíproco de los individuos como igualmente dignos en la protección y en la expectativa de respeto de sus derechos³¹⁰. Tal contenido del marco en cuestión lo convierte en normativo, vale decir, en vinculante en su reconocimiento y respeto, lo que podríamos diferenciar de

³⁰⁸ GREEN, Stuart. 2006. Lying, cheating and stealing...Op. Cit. pp. 23-27.

³⁰⁹ KINDHÄUSER, Urs. 2013. Los tipos de delitos...Op. Cit. pp. 71-72.

³¹⁰ KINDHÄUSER, Urs. 2013. Los tipos de delitos...Op. Cit. p. 72.

aquellas normas que no vinculan coactivamente por no constituir, su transgresión, un injusto de relevancia jurídica, y al mismo tiempo es éste contenido el necesario para dar cauce a la participación en el espacio de los intercambios no forzados. Nuevamente: el ejercicio de la libertad o autodeterminación.

Conforme a la búsqueda del reproche moral que intenta Stuart Green, es posible efectuar una comparación alegórica o metafórica que identifique al marco normativo de seguridad en el ejercicio de la libertad³¹¹ con las reglas de un juego. Estas reglas, a diferencia de las reglas de juegos reales, ya no buscan evitar injustos que a la luz del Derecho Penal son irrelevantes³¹² sino que buscan tutelar que el marco de seguridad permita efectivamente que cada persona, actora en el mercado, pueda “moverse” por el mismo sin que se vean defraudados sus intereses y, además, bajo la convicción de que dichas reglas del juego le permiten “moverse libremente” en él. Sólo ello es lo que le permite el absoluto despliegue de la capacidad de autodeterminación en el mercado.

El injusto en la trasgresión de estas reglas, es que permiten obtener una ventaja por sobre aquel que las cumple, ventaja que por ello es ilegítima o indebida y ello para Green es el daño propiamente tal causado por la adopción de alguna conducta que vulnere tal código³¹³. En nuestra tradición podemos extrapolar lo anterior indicando que tanto el reproche moral derivado de la culpabilidad de aquel que trasgrede la norma, sumado al daño lesivo provocado en un bien penalmente tutelado, legitiman la intervención penal.

³¹¹ Se ha utilizado ahora la idea de marco *de seguridad* para dar cuenta de la idea comentada por Kindhäuser y que ya se ventiló en 1.5.3.1. Este marco requiere una seguridad tanto autónoma como heterónoma. La ausencia de la seguridad de la primera clase no es relevante para el Derecho Penal: como el caso de quien toma riesgos injustificables en la inversión financiera. Pero la segunda clase de seguridad es la que se constituye finalmente como objeto de tutela: aquella que busca evitar la intromisión indebida en la esfera de autonomía ajena, por un tercero que configura así abusivamente su espacio propio de libertad. Así, en: KINDHÄUSER, Urs. 2013. Los tipos de delitos...Op. Cit. pp. 79.

³¹² Stuart Green ejemplifica esto con el ejemplo de la mentira como desvalor moral. Es posible diferenciar aquella mentira que defrauda a otro en su espacio de autonomía (esto en nuestros términos) versus aquella mentira que no lo hace. Por ejemplo, no es indistinto mentir en un prospecto de inversión en comparación con copiar en una prueba escolar, vistos como una mentira que daña a otros versus una mentira que sólo persigue el beneficio propio. Así, en: GREEN, Stuart. 2006. Lying, cheating and stealing...Op. Cit. pp. 72-74.

³¹³ GREEN, Stuart. 2006. Lying, cheating and stealing...Op. Cit. pp. 42-45.

Ahora bien, la identificación de estas reglas de conducta son para Green un conjunto de exigencias morales que no escapan necesariamente de la moralidad cotidiana que se exige a todo individuo³¹⁴, pero para el caso de su desviación, cuando tal trasgresión es una vulneración indebida de la esfera de libertad de otro que importa además un beneficio indebido, permite inferir un reproche ante tal injusto³¹⁵.

En atención a lo anterior, se vulnera el orden jurídico de relevancia penal cuando se trasgrede una norma que arroja como culpabilidad el cercenar la libertad de otro, ya que dicho incumplimiento o trasgresión es sinónimo de una coacción en la capacidad que dicho sujeto tiene para ejercer su libertad y, además, conllevan normalmente un beneficio propio que no se habría obtenidos de haber “jugado conforme a las reglas”.

Como última referencia, cabe indicar que Green reconoce un conjunto de ocho injustos de clase moral, los que son aplicables a los principales delitos “de cuello blanco” que logra identificar como familia de ilícitos, acorde a dichos injustos³¹⁶.

En cuanto el intento aquí llevado adelante es desde la dogmática penal, no es posible delimitar el abanico de delitos económicos desde el reproche moral que Green reconoce. De hecho, el autor comprende su análisis moral como indistinto ante la tipificación o falta de tipificación del ilícito comentado, lo cual se diferencia considerablemente de nuestro medio en donde comúnmente se constriñe todo análisis acorde a la función sistemática del bien jurídico³¹⁷, lo cual no deja de ser un dato empírico ante la evidencia de potencialidad crítica del análisis dogmático. En otras palabras, por análisis dogmático, en Green, debe comprenderse la tipificación penal legalmente consagrada, como repertorio de análisis, sin que ello descarte que en la tradición continental tal perspectiva es también crítica y abarca campos distintos a la tipificación (de *lege ferenda*, aplicación restrictiva, entre otros).

³¹⁴ GREEN, Stuart. 2006. Lying, cheating and stealing...Op. Cit. p. 45.

³¹⁵ GREEN, Stuart. 2006. Lying, cheating and stealing...Op. Cit. p. 127.

³¹⁶ GREEN, Stuart. 2006. Lying, cheating and stealing...Op. Cit. pp. 133 y ss.

³¹⁷ GREEN, Stuart. 2006. Lying, cheating and stealing...Op. Cit. pp. 14-16.

Concluimos que el injusto del delito económico viene determinado por la posibilidad de impedir que un individuo ejerza su libertad en el marco de seguridad que se lo permite y es esa la especial forma de afectación de los bienes colectivos que compartimos con Urs Kindhäuser³¹⁸. Él denomina a tal forma de afectación como *sui generis* y es la que deduce no desde el punto de vista de un observador externo que, supuestamente, prevé el peligro creado, sino que en virtud de hacer retroceder la facultad plena de autodeterminación que a todos los sujetos se les reconoce en el mercado como expresión, a su vez, del plan de maximización de la libertad³¹⁹.

Son estos los elementos que permiten evaluar la intervención penal en lo económico, en sus distintas manifestaciones, para determinar si el injusto está o no constituido efectivamente por dicha especial forma de afectación de aquellos marcos o bienes comunes que permiten que un individuo se auto determine de manera plena. Por tanto, será relevante para el Derecho Penal intervenir en el mercado para aquellos casos en que la no observancia de las reglas del juego (con Green) signifique una afectación como la ya descrita.

2.1.5.3.2. Otros bienes: patrimonio público y regulación

La definición del patrimonio público como bien jurídico que es tutelado a través de ciertas figuras penales, integrantes éstas a su vez de lo que entendemos como Derecho Penal Económico, viene dada por una noción teleológica que escapa de la simple titularidad del Estado por sobre su patrimonio (en un símil al patrimonio privado)³²⁰.

Lo que caracteriza al patrimonio público en cuanto bien jurídico merecedor de protección penal es el fin o propósito al cual está afecto, que es la satisfacción de múltiples y complejas necesidades sociales englobadas en su misión de prosecución del bien común, la que es reconocible en la idea de Estado Social y Democrático

³¹⁸ Injusto sumado a daño, en términos de Stuart Green.

³¹⁹ KINDHÄUSER, Urs. 2013. Los tipos de delitos...Op. Cit. pp. 78.

³²⁰ VAN WEEZEL, Alex. 2007. Delitos Tributarios. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. pp. 14-15.

moderno³²¹. La satisfacción de estas necesidades sociales es también expresión del principio de maximización de libertad que imprime determinados deberes al Estado y, así, se protege el Erario Público como correlato de la posibilidad de cumplimiento de dichas funciones.

Por su parte, la tutela del erario público se verifica a través de delitos que sancionan su detrimento propiamente tal, en donde los delitos de evasión ilegal de impuestos son icónicos y a los que se suman además otros delitos, típicamente denominados “delitos funcionarios”, como la malversación de caudales públicos y el cohecho, entre otros, que además de lesionar patrimonialmente al Estado merman la probidad que se espera de éste en ejercicio de sus funciones a través de sus órganos y agentes³²².

Otra vía de protección del patrimonio público a través de figuras penales es la tipificación de sanciones que importan un *enforcement* o cumplimiento forzado de ciertos deberes de transparencia y garantía del sistema impositivo que pueden o no tener como resultado una disminución no justificada del patrimonio del Estado o, en otros términos, pueden o no significar una evasión tributaria reprochable penalmente, pero que se han tenido como esenciales para la pervivencia del sistema de recaudación³²³.

Resulta interesante constatar que el patrimonio público, en los términos que ya hemos venido sosteniendo, debe señalarse como un bien jurídico colectivo pero que permite una lesión efectiva cuantificable y material. En tal sentido, el monto tributario defraudado puede no significar una lesión grave o extinguir el bien, pero sí puede

³²¹ OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. 2007. El sujeto activo en los delitos tributarios. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. N° 28. pp. 168-169.

³²² MERA, Jorge. 2015. Colusión en licitaciones públicas a la luz del artículo 287 del Código Penal: ¿Sanción o Impunidad? Revista de Estudios Jurídicos Ius Novum de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. N° 8. pp. 40-42.

³²³ MERA, Jorge. 2015. Colusión en licitaciones públicas...Op. Cit. p. 40.

cuantificarse en al menos un porcentaje de lesión, lo que no es posible verificar con respecto a todos los bienes colectivos³²⁴.

Tras lo dicho, concluimos que el injusto de los distintos delitos que buscan la protección del patrimonio público, los que fueron vistos como el núcleo inicial de un Derecho Penal Económico restringido, radica en la merma que ocasionan en la función de consecución del bien común que toca al Estado, la que se materializa en la satisfacción de múltiples necesidades sociales y en el mantenimiento de un sistema social encaminado a la realización del individuo y permitir, como consecuencia, su autodeterminación.

Dentro de este punto es conveniente referirse a la situación de otros bienes jurídicos que también se han englobado por la mayoría de las opiniones autorizadas en el Derecho Penal Económico. Un primer ejemplo de ello es el Medioambiente el que se tutelaría a través de un eventual Derecho Penal del Medioambiente, inserto en el Derecho Penal Económico. El injusto de aquellos delitos vendría definido, como ya vimos, por el criterio de los daños cumulativos como constitutivo de lesión: la necesidad de evitar la lesión efectiva del bien que se produciría toda vez que sucesivamente se verifiquen pequeñas afectaciones en contra del mismo si es que ellas se permiten³²⁵. Esta área se ha articulado en torno al bien jurídico protegido y es el mismo, por su significancia económica, esto es, el Medioambiente y los recursos naturales, el que ha fundamentado su inclusión en el Derecho Penal Económico³²⁶.

Otro ejemplo de un área integrada en el Derecho Penal Económico es la responsabilidad penal por el producto defectuoso. Fue en los '70 cuando el conocido

³²⁴ O resultaría, al menos, en extremo difícil. Sería posible, por ejemplo, intentar calcular el porcentaje de terreno o recursos dañados en función de un ilícito que atente contra el Medioambiente pero, si es éste otro ejemplo en donde es posible idear una cuantificación de la lesión de un bien jurídico colectivo material, está muy distante en exactitud si se compara con el cálculo de impuestos defraudados.

³²⁵ ALCÁCER, Rafael. 2002. La protección del futuro y los daños cumulativos...Op. Cit.

³²⁶ Con todo, la doctrina alemana pareciese reconocer para él mayor autonomía. Así, es: TIEDEMANN, Klaus. 2014. Wirtschaftsstrafrecht...Op. Cit. p. 55.

“caso Contergan”³²⁷ viene en inaugurar este apartado que se caracteriza por la controversial imputación de responsabilidad penal que se puede verificar a industrias y empresas. En dicha línea es quizás uno de los mejores ejemplos de la dificultosa atribución de responsabilidad penal a o en la Empresa y es éste el criterio relevante que ha motivado su inclusión en el Derecho Penal Económico, sin perjuicio de que el bien jurídico tutelado normalmente reconduce a la integridad física de las personas.

Con lo anterior queremos graficar estos bienes jurídicos cognoscibles en el Derecho Penal Económico como complemento al orden económico y respecto de los cuales se presentan idénticas características en cuanto a su evolución fenomenológica. Huelga decir, además, que una consideración de los mismos exige un esfuerzo considerablemente mayor que el aquí desplegado, pero retener la idea su incorporación al Derecho Penal Económico refuerza el argumento de que este apartado es hoy más bien complejo e integrado por múltiples figuras penales adicionales al Patrimonio Público y la intervención estatal.

En paralelo, distintos ilícitos del Derecho Penal Económico corresponden a la sanción punitiva por el incumplimiento de determinados fines que podemos caracterizar como de simple regulación, esto es, la adopción de conductas positivas y omisiones que deben seguir los agentes económicos.

Lo característico de esta regulación, para ser tenida como objeto de tutela penal, es su rol teleológico para la consecución de determinados fines, fines que en cuanto relacionados con la protección del Patrimonio Público o el ejercicio de la libertad individual en el mercado responden a la interrogante acerca de cuál es el bien jurídico. Esto quiere decir que, como es obvio, la regulación e intervención de distintas áreas del mercado por parte del Estado debe perseguir un objeto que sea a su vez la

³²⁷ Consistió en el daño físico que produjo a un gran número de personas la talidomina, componente químico de un spray para cueros comercializado bajo dicho nombre que se distribuyó sin el resguardo derivado de su potencialidad dañosa. En nuestro país un caso de relevancia, y reciente, es el denominado “Nutricomp ADN”, consistente en el daño físico que produjo a múltiples personas la distribución de un suplemento alimenticio que no contaba con los requerimientos nutricionales adecuados. Ver: WINTER, Jaime. 2013. Derecho Penal e Impunidad Empresarial...Op. Cit. p. 103.

protección del patrimonio público del Estado o la posibilidad de ejercicio de libertad y de intercambio.

Expresión de lo anterior, por ejemplo, es que se sancione criminalmente, en la letra j) del artículo 59 de la Ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores, la obstrucción a la fiscalización por parte de la Superintendencia de Valores y Seguros por sobre dicho mercado a través de diversos medios de comisión.

En principio se debiese asumir lo exacerbado de sancionar de manera criminal a aquel que oculta un determinado documento de la fiscalización, siendo quizás meritoria una sanción de otra clase si no se estimase que existe otro fin ulterior tutelado, cual es para el caso la transparencia y la potestad de orden y control que se entrega al regulador externo, la Superintendencia, para que se permita el despliegue individual en dicho mercado.

Así, lo que caracteriza a dichas regulaciones como objeto de tutela penal es el fin que persigue y en función de aquello el injusto que ocasionan debe ser evaluado para el examen de legitimidad de la norma. En todos los casos obedecen a la distinción de sanciones *mala in prohibita*: reproches que se verifican por la imposición coactiva de la intervención de la autoridad para la consecución de fines distintos de la norma misma³²⁸. En cuanto estas transgresiones no pareciesen ser mayormente lesivas, el fin perseguido por la norma en cuanto medio es lo que “calibra” a la misma norma, continente de una sanción penal, como legítima a la luz de la tutela de un bien ulterior³²⁹.

Aquellas normas que se entienden como “de garantía”, para el caso del cumplimiento de la obligación tributaria, y cuya tutela penal tiene por objeto la protección del erario público, comparten de todas maneras la característica de ser un cumplimiento penalmente reforzado de una intención regulatoria (que persigue un fin

³²⁸ Se diferencian de las sanciones *mala in se*: atentados al conjunto de bienes jurídicos elementales y mínimos para la existencia del individuo. Así, en: BARROS, Enrique. 1983. Derecho y Moral...Op. Cit. pp. 8-9.

³²⁹ BARROS, Enrique. 1983. Derecho y Moral...Op. Cit. p. 13.

adicional). Un ejemplo de ello es la sanción penal contenida en el número 4 del artículo 97 del Código Tributario a la omisión arbitraria y dolosa en los libros de contabilidad de aquel sujeto obligado a llevarlos.

2.2 Derecho Penal Económico como modernización

La plausibilidad de la respuesta acerca de la legitimidad especial del Derecho Penal Económico viene dada por el hecho de que ésta tenga la capacidad de responder favorablemente las interrogantes planteadas por el estadio actual en que el apartado se encuentra: la intervención criminal en la economía como una manifestación de la expansión del Derecho Penal tradicional que, o bien trastoca derechamente los principios esenciales de legitimación, o bien exige un esfuerzo de justificación adicional que lo adapte a tales principios, habida consideración de la necesidad de modernización del Derecho Penal ante el fenómeno vigente de la expansión. Nos haremos cargo de la segunda propuesta.

En lo que sigue se fundamentará por qué es necesario aceptar la expansión del Derecho Penal hacia su intervención en el orden económico.

2.2.1. Autonomía y expansión como estado del Derecho Penal Económico

En base al análisis de la evolución del Derecho Penal Económico y del delito económico, que nos ha llevado a denominarla como “fenomenológica”, y en base también al estudio de las características relevantes que éste presenta hoy, es posible leer que el Derecho Penal Económico se encuentra en un estado actual de autonomía y que representa, quizás de la manera más patente, el proceso de expansión del Derecho Penal moderno en general.

2.2.1.1. Amplitud y autonomía

Klaus Tiedemann nos señala que el concepto de Derecho Penal Económico, debido a las causas que ya se explicaron con anterioridad, estuvo afecto inicialmente a una restricción que lo comprendía como el apartado del Derecho Penal que “...reforzaba con intimidación penal el Derecho Económico Administrativo, es decir, el derecho de dirección y control estatal de la economía.”³³⁰ Esto, en cuanto la primera identificación del orden económico tutelado por el Derecho Penal Económico era con la intervención del Estado en la economía.

La amplitud que con posterioridad operó respecto del mismo, lleva a comprender, como también señala Tiedemann, un Derecho Penal Económico que protege, en primer lugar, los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales de la economía, derivando de ello una extensa enumeración de delitos económicos, así como un extenso catálogo de bienes protegidos, englobados en el orden económico que la institucionalidad de cada Estado configura³³¹.

Creemos que la relevancia de la apertura que operó en la noción de Derecho Penal Económico no se debe exclusivamente a la inclusión de más bienes jurídicos en su interior o a la evolución de la forma en que la regulación se relacionó con la actividad económica, sino que radica en la consolidación de determinados rasgos que otorgan particularidad al mismo, en cuanto permiten conciliar los aspectos relevantes de las corrientes estrictas y amplias de la definición del Derecho Penal Económico, apostando entonces por salvaguardar los errores y falencias y por promover los desarrollos dogmáticos como elementos de legitimidad.

El profesor español Miguel Bajo Fernández observa la distinción entre un Derecho Penal Económico en sentido estricto y otro en sentido amplio, adoptando para ello un punto de vista también fenomenológico, en el sentido de que el estricto Derecho

³³⁰ TIEDEMANN, Klaus. 1993. Lecciones de Derecho Penal Económico: (comunitario, español, alemán). Barcelona. Promociones y publicaciones universitarias. (Traducción al castellano de Teresa Martín) p. 31.

³³¹ TIEDEMANN, Klaus. 1993. Lecciones de Derecho Penal Económico...Op. Cit. p. 32.

Penal Económico fue la reacción punitiva ante el incumplimiento del intervencionismo estatal, pero rápidamente, sobre todo desde la segunda mitad del siglo XX, se saltó a la intervención punitiva ante la trasgresión del modelo económico de mercado, debiendo hoy adoptarse tal noción amplia en un contexto de múltiples legislaciones penales que así lo han hecho³³².

Por su lado, el estado actual de autonomía propone que el Derecho Penal Económico se encuentra alejado del núcleo tradicional del Derecho Penal y que debe, por tanto, reconocérsele ciertos principios propios y un enfoque de estudio también particular. De lo contrario, en aplicación absoluta e irrestricta de los principios tradicionales del Derecho Penal clásico, no se concibe una lectura clara de la legitimidad de la intervención penal en el plano económico.

En nuestro medio, Nelson Pozo Silva reconoce un conjunto de criterios que permiten indicar por qué el Derecho Penal Económico goza –y debe gozar- de esta autonomía.

El primer criterio diferenciador es el bien jurídico que se encuentra aquí tutelado. Éste no pertenece al del tipo clásico individual, sino que al del tipo colectivo o supraindividual, como ya se fundamentó³³³.

Reconociendo entre características constitutivas y accidentales de todo tipo penal, es común del Derecho Penal Económico la integración de delitos que tutelan bienes colectivos puesto que, tanto en su objeto de ataque como en su forma de comisión se integra, a su vez como característica constitutiva, un injusto sistémico. Esto no se verifica en el núcleo del Derecho Penal tradicional³³⁴, en donde ciertas figuras pueden eso sí accidentalmente constituir un injusto de sistema.

³³² Citado en: POZO, Nelson. 2014. Derecho Penal Económico y Delitos Bancarios...Op. Cit. pp. 35 y ss.

³³³ 1.4

³³⁴ POZO, Nelson. 2014. Derecho Penal Económico y Delitos Bancarios...Op. Cit. pp. 50-57.

La principal consecuencia de ello es que la estafa no se incluye en el núcleo esencial del Derecho Penal Económico, pero, con todo, las implicancias de la misma para tal área son relevantes cuando su lesión accidental también se irradia a elementos normativos del orden económico y se explican por caracteres especiales tales como la compleja criminalidad de empresa.

A su vez, que los bienes jurídicos incluidos en el Derecho Penal Económico sean colectivos, determina una técnica penal más bien independiente en cuanto a su tipificación, cual es la de los delitos de peligro y en especial de los delitos de peligro abstracto³³⁵.

Derivado de lo anterior, y como segundo rasgo que le imprime autonomía, el Derecho Penal Económico abarca áreas de incumbencia por las cuales no se interesó el Derecho Penal tradicional. Esto es consecuencia obvia del análisis fenomenológico y resulta de importancia aquí volver a distinguir al Derecho Penal Económico del tradicional, que llevaba impreso un corte “liberal”³³⁶.

También resulta relevante, para Pozo, destacar el aspecto procesal, que exige una adecuación sobre todo en relación al contexto de organización e internacionalización del Derecho Penal Económico³³⁷; el aspecto criminológico que determina que el autor de las infracciones penales que pueden calificarse como económicas se inscribe en un tipo de autor que presenta características peculiares y que recurre a un *modus operandi* también especial³³⁸. Sobre ello ya se fundamentó, a la hora de indicar que el Derecho Penal Económico no logra desatenderse de la figura de su autor de manera absoluta³³⁹.

³³⁵ POZO, Nelson. 2014. Derecho Penal Económico y Delitos Bancarios...Op. Cit. p. 78.

³³⁶ Si bien, como se explicitó en la Introducción de esta Monografía, muy cuestionado, especialmente por Bernd Schünemann a la hora de representar este supuesto interés del Derecho Penal clásico su cariz liberal.

³³⁷ POZO, Nelson. 2014. Derecho Penal Económico y Delitos Bancarios...Op. Cit. pp. 63-67.

³³⁸ POZO, Nelson. 2014. Derecho Penal Económico y Delitos Bancarios...Op. Cit. p. 70.

³³⁹ 2.1.2.1. y 2.1.3.1.

Por último, la denominada criminalidad de empresa también otorga caracteres propios al Derecho Penal Económico, en cuanto al elemento autoría, circunscrito a la teoría de la imputación³⁴⁰. Pero esta especificidad no se ve únicamente en relación al sujeto activo del delito económico, sino que generalmente también en relación al sujeto pasivo, de momento que éste es normalmente o el conjunto masivo de titulares del bien jurídico, o la sociedad toda, en cuanto interesada en la preservación del orden económico o bien el Estado como titular del bien patrimonio público³⁴¹.

El alcance de hablar de un Derecho Penal Económico autónomo debe ser correctamente ubicado. No puede descartarse que este apartado del Derecho Penal deba ser analizado en base a los mismos principios rectores que limitan y rigen el *Ius Puniendi*.

Cuando se habla entonces de tal autonomía se hace referencia a que el Derecho Penal Económico presenta caracteres particulares, todos ellos ya desarrollados, que exigen modelar especialmente los criterios de legitimación del Derecho Penal, pero en ningún caso excluirlos. Abonaremos a la idea de que tanto estas características particulares como su reconocimiento se relacionan con la evolución fenomenológica del Derecho Penal Económico que llevó al Derecho Penal a ingresar a un área que antes no abarcaba. De tal manera, la autonomía del Derecho Penal Económico exige un esfuerzo por justificar su legitimación, más prolongado o bien diferente en relación con el enfoque tradicional, el que ya vimos en la parte inicial y general de esta monografía. Tal esfuerzo se intentará a continuación de esta descripción general del estado actual del Derecho Penal Económico.

³⁴⁰ POZO, Nelson. 2014. Derecho Penal Económico y Delitos Bancarios...Op. Cit. pp. 78-79.

³⁴¹ BERRUEZO, Rafael. 2010. Derecho Penal Económico...Op. Cit. p. 17.

2.2.1.2. Expansión

El estado actual de expansión del Derecho Penal ha sido reclamado por parte de muchos autores desde hace ya décadas y es en gran medida el Derecho Penal Económico, junto a otros apartados, ejemplo relevante de esta situación.

La expansión nos señala específicamente dos consecuencias. Primero que todo, la intervención del Derecho Penal en áreas en donde inicialmente no intervino. Si se toma en cuenta que el núcleo tradicional del Derecho Penal abarcaba bienes jurídicos esencialmente circunscritos al individuo, tales como su integridad física, libertad ambulatoria y propiedad o patrimonio, huelga concluir que la múltiple gama de otros bienes, hoy existentes al alero del Derecho Penal, refleja cómo éste ha intervenido en otras áreas diferentes respecto de aquellas por las cuales prestó inicialmente atención³⁴². Ejemplo de ello son los bienes jurídicos que se pueden englobar bajo el título de orden económico o socio-económico.

Por otro lado, la expansión importa reconocer que la forma en que el Derecho Penal Económico busca tutelar bienes jurídicos de estas nuevas áreas en las cuales ha intervenido, también ha mutado y se ha ampliado. Ello se traduce en el reconocimiento de los bienes jurídicos colectivos y la implementación de los delitos de peligro³⁴³ cuyo injusto radica en la lesividad *sui generis* de la que ya nos hemos definido como subsidiarios³⁴⁴.

Por lo anterior, el Derecho Penal actual o moderno dista mucho de su estadio pre-moderno: abarca otras áreas, emplea otros mecanismos y busca responder a interrogantes que inicialmente no se plantearon.

³⁴² FELLER, Claudio. 2005. El Derecho Penal en la sociedad actual: un riesgo para las garantías penales. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. N° 26. pp. 5-6.

³⁴³ *Ibidem* y HASSEMER, Winfried. 1991. Rasgos y características del Derecho Penal moderno...Op. Cit. pp. 6 y ss.

³⁴⁴ 2.1.4.3.3.1.

La consecuencia de esto es la confrontación entre dos puntos de vistas principales: la del criticismo o rechazo a este estadio de expansión, ya sea por su engrosamiento excesivo o aún por defecto de cobertura (para quienes conciben que aún se puede intervenir penalmente en múltiples otras índoles)³⁴⁵; y la de aceptación del mismo sin dejar por ello de actuar de manera crítica.

La primera postura, es decir, aquella que sostiene la insostenible situación de la expansión del Derecho Penal moderno se ha concentrado en los autores de la Escuela de Frankfurt, ya caracterizada³⁴⁶. La corriente de opinión de Frankfurt, liderada por el profesor alemán Winfried Hassemer, promueve una visión individualista del Derecho Penal: su misión es la promoción de la libertad individual y la protección de bienes jurídicos de corte también individual, pudiendo sólo ser el individuo particular la víctima o sujeto activo de todo delito³⁴⁷. Ante tal postulado central, no es difícil averiguar su crítica a la poco sostenible situación de expansión constante del Derecho Penal de la actualidad, para el cual el bien jurídico ha pasado a ser únicamente una herramienta de modelación de intereses vagos y poco precisos a los cuales se les atribuye el merecimiento de protección penal por vía de una política criminal irracional que no conoce límites³⁴⁸.

Por su parte, un claro ejemplo de una postura en favor de la modernización, pero crítica a su vez, es Roxín, el que sin dejar de analizar el actual Derecho Penal desde los clásicos principios limitantes y de legitimación, sostiene la plausibilidad de la modernización del Derecho Penal, fundando en la necesidad del Estado moderno de promover el bien común y la libertad³⁴⁹.

³⁴⁵ FELLER, Claudio. 2005. El Derecho Penal en la sociedad actual...Op.cit. pp. 6-8.

³⁴⁶ 1.4.1.

³⁴⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. 1996. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. N° 49. (Traducción al castellano de Manuel Cancio Meliá) pp. 2-3.

³⁴⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. 1996. Consideraciones críticas...Op. Cit. pp. 5-6.

³⁴⁹ FELLER, Claudio. 2005. El Derecho Penal en la sociedad actual...Op. Cit. pp. 7-8.

Adicionalmente a este binomio, quien ha buscado imprimir una respuesta trascendente a la pregunta por la situación de expansión del Derecho Penal moderno es el autor español Jesús María Silva Sánchez. Difundida es su propuesta en torno a enfrentar este fenómeno, primero, desde la asunción de la imposibilidad de su evitación, si es que somos condescendientes con que el Estado debe intervenir en órdenes modernos, que no existían hasta hace un siglo o poco más, para que cumpla con su cometido de maximización de la libertad individual. Luego, para lograr ello, propone la idea de un Derecho Penal de “dos velocidades”: el núcleo tradicional de bienes jurídicos de mayor relevancia y de corte individual, tales como la vida o la propiedad, deben ser amparados por el Derecho Penal clásico, el cual está sujeto a criterios de legitimación estrictos e inamovibles. Por ello, además, es que tal apartado reacciona con la imposición de penas más graves. Por su parte, los nuevos órdenes tales como el orden económico, pueden ser tutelados a través de un Derecho Administrativo Sancionador especial, que actúe sin las extremas limitaciones que los principios del *Ius Puniendi* significan, pero que a su vez sólo esté facultado para la imposición de penas más laxas, así como a operar en reconocimiento de los cambios estructurales que el delito representa hoy. Nuevamente: bienes jurídicos colectivos, sanción de la creación de riesgo o peligro, imputación difusa, etc³⁵⁰.

No hay duda, por tanto, que, de este proceso de expansión, el Derecho Penal Económico es un ejemplo paradigmático, dado el interés que el Derecho Penal mostró especialmente desde inicios del siglo XX por intervenir en dicho plano. Tras explicar la causa del proceso, se argumentará en torno a la legitimidad de este proceso expansivo. Antes, recalcaremos en este punto, que concibiéndose al Derecho Penal Económico como una intervención excepcional ante el especial fenómeno de la delincuencia económica, que se ha perfeccionado a través del último siglo, es posible inferir el porqué del mismo proceso expansivo hacia el orden económico, un área que, como se dijo, ha variado de manera relevante, distinguiéndose nuevos intereses que puedan estar sujetos a protección penal así como múltiples modalidades de actuación, afectación e imputación.

³⁵⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. 1998. La expansión del Derecho Penal...Op. Cit. pp. 159 y ss.

En este contexto, el proceso de expansión del Derecho Penal hacia el orden económico también puede ser caracterizado como no previsto o no planificado, en cuanto responde a transformaciones sociales respecto de las cuales no ha existido una intencionalidad generalizada por parte de la sociedad. Ejemplo de ello es que hace un par de siglos atrás, cuando se institucionalizó normativamente el libre mercado reflejado como un espacio de intercambio, se tuvo en mente el flujo transaccional de productos y no el comercio instantáneo y volátil de instrumentos financieros, por ejemplo, que siendo susceptibles de ser objeto de variados ilícitos, pueden afectar el interés de millones de individuos. Así, el simple transcurso del tiempo se convierte en un argumento plausible para la comprensión de la adaptabilidad de los medios normativos y de las herramientas del Estado para el cumplimiento de sus fines.

2.2.1.2.1. El paradigma del riesgo como explicación

El paradigma del riesgo, tal como ya se señaló³⁵¹, constituye una visión sociológica acuñada por el alemán Ulrich Beck, la que ha sido adoptada por muchos sectores de la doctrina penal a nivel global con el objeto de responder a la pregunta por la situación del Derecho Penal actual, ante la constatación de que el mismo estaría sufriendo un exponencial proceso de expansión hacia áreas y conductas que inicialmente no consideraba en su intervención, trastocándose, por tanto, sus criterios y principios más esenciales, que se correspondían con un Derecho Penal mínimo del cual ya no quedaría mucho vestigio y de una supuesta intención “liberal” (ya vimos la crítica en Schünemann³⁵²) que brindaban protección a elementos esenciales de la naturaleza humana como la libertad, la integridad o la propiedad, agrupando a su vez principios limitadores reales y sólidos ante la intervención penal.

Punto inicial de la teoría es que la sociedad moderna o post-industrial se caracteriza por someter a los individuos a un conjunto enorme de riesgos que antes no estaban contemplados. Las características propias de la sociedad moderna:

³⁵¹ 1.2

³⁵² Introducción

complejidad, transnacionalidad, dinamismo en la economía, multiplicidad de interconexiones causales y la existencia de una alta intervención de entes colectivos así lo disponen³⁵³.

La Sociedad del Riesgo presentaría, a grandes rasgos, tres elementos centrales que la definirían³⁵⁴. Primero, el desarrollo de una cantidad enorme de consecuencias no esperadas, no manejables y además riesgosas, como resultado de la acción humana. Segundo, una transformación del carácter “tradicional” de la sociedad de fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX (al menos hasta comienzos de las guerras del siglo XX), en función del cual muchos rasgos sociales seguían un curso pre-establecido que ya no es tal. Tercero, una homologación entre el desarrollo técnico y científico y el progresivo aumento de los riesgos, en virtud del cual es más bien cierto que este avance genera más incertidumbres que certezas y, por tanto, más problemas que soluciones.

En tal realidad juega un rol relevante la posibilidad de evitación. Siendo cierto que en gran medida el individuo no ha renunciado a su proyecto modernizador y riesgoso, sí ha echado mano a herramientas que permiten disminuir y controlar el riesgo y evitar la concreción de los peligros³⁵⁵ y, entre ellos, el Derecho Penal.

Para el caso del Derecho Penal, ha sido llamado éste a intervenir ante conductas que aumentan el riesgo de un peligro mayor, expandiéndose, como hemos señalado, a un conjunto de áreas en las cuales antes no intervenía, y que son justamente expresión de esta complejidad moderna. De manera obvia: el orden económico. Ello exige una adecuación del Derecho Penal para intervenir en la disminución o prevención de dichos riesgos. Se afirma que: “...el Derecho Penal actual es un Derecho en expansión como respuesta a dicha sociedad del riesgo, de manera

³⁵³ JIMENEZ, María José. 2014. Sociedad del Riesgo e Intervención Penal. [En Línea] Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. http://criminet.ugr.es/recpc_16-08.pdf [Consulta: 12 de Enero de 2016] pp. 2-5.

³⁵⁴ GALINDO, Jorge. 2015. El Concepto de Riesgo en las teorías de Ulrich Beck y Niklas Luhmann. Revista Acta Sociológica. N° 67. pp. 147-148.

³⁵⁵ GALINDO, Jorge. 2015. El Concepto de Riesgo...Op. Cit. p. 143.

que lo que viene en calificarse como expansión del Derecho Penal se vincula básicamente a su utilización para defender a la sociedad moderna de esos nuevos peligros que comporta la actual era post-industrial.”³⁵⁶

Lo que es relevante de conjugar es la situación del Estado Moderno (bajo el epígrafe de Social, Democrático y de Derecho) ante la denominada Sociedad del Riesgo. Así, se le ha exigido al Estado intervenir para la evitación de tales riesgos, dadas las magnitudes de afectación (la posibilidad de un perjuicio masivo) o las posibilidades de que se dañen bienes colectivos que representan instituciones necesarias para el ordinario funcionamiento social³⁵⁷.

Con todo, para la discusión dogmática penal no deja de ser relevante aplicar tal criterio de explicación: el que el Derecho Penal constituya una herramienta de evitación de concreción de riesgos y lesiones de extensión considerable, con un criterio de punibilidad o criminalización de conductas sancionadas. Así, es penalmente reprochable aquél riesgo creado y/o aquella lesión provocada a raíz de una configuración abusiva y arbitraria de la libertad propia que importa en sí mismo una intromisión ilegítima en la esfera de libertad ajena, restringiéndola. Esto ya fue dicho con Jakobs y parece asimismo complementar el criterio de punibilidad en relación al ataque en contra de bienes jurídicos: es cierto que el Derecho Penal no se interesa ni se puede hacer cargo de la puesta en peligro o de la lesión de todos los bienes jurídicos sin importar la forma en que ellos han sido vulnerados, pero sí debe sancionar tal vulneración cuando el actor comunica a través de su accionar un ordenamiento propio diferente y contrario a la norma social³⁵⁸.

³⁵⁶ JIMENEZ, María José. 2014. Sociedad del Riesgo e Intervención...Op. Cit. p. 3.

³⁵⁷ FELLER, Claudio. 2005. El Derecho Penal en la sociedad actual...Op. Cit. pp. 1-5.

³⁵⁸ 1.2.2.

2.2.2. Reduccionismo versus expansión: Derecho Penal Económico como un caso de expansión tolerada

El Derecho Penal ha intervenido decididamente en la evitación y control de los riesgos de la sociedad moderna. Su expansión es notoria y con ello el desgaste de la forma con que inicialmente fue concebido. Así, si se ilustra a la sociedad actual como una en que aumentan exponencialmente los riesgos, cabe vislumbrar si el Derecho Penal está llamado a evitar su concreción, sancionando su verificación.

Ya vimos que el proceso de expansión del Derecho Penal es innegable, así como también la pugna que este proceso ha generado entre algunas posturas doctrinarias tanto a favor como en contra de él.

A pesar de esta pugna "...no ha renunciado, la humanidad, a su proyecto progresista, con el objeto de evitar un nuevo Chernobil."³⁵⁹. Al contrario, más bien se han adoptado continuamente medidas que busquen controlar los riesgos y evitar que el peligro se transforme en daño, y nada diferente debiese ocurrir con el desarrollo de la vida social, que es el plano en donde el Derecho Penal se instrumentaliza para, *mutatis mutandi*, proceder al control de riesgos y a la evitación de daños.

Se sostendrá que el posibilitar una expansión del Derecho Penal obedece a dos razones: reconocer el fenómeno como una respuesta necesaria por parte del Estado moderno e identificar correctamente los deslindes de dicha expansión, descartando la actual utilidad de la pre-modernidad del Derecho Penal.

2.2.2.1. Respuesta ante el fenómeno delictual

El fin del Estado moderno se concibe como la promoción más generalizadamente posible de la libertad individual³⁶⁰. Por su parte, el Derecho Penal

³⁵⁹ GALINDO, Jorge. 2015. El Concepto de Riesgo...Op. Cit. p. 146.

³⁶⁰ HASSEMER, Winfried. 1991. Rasgos y características del Derecho Penal moderno...Op. Cit. pp. 4-5.

moderno debe efectuar un balance certero entre la libertad y la seguridad, puesto que no por permitir un máximo posible de libertad se tornará imposible la misma y, viceversa, no por permitir altos niveles de seguridad en los usos, se tornará conculcada una gran medida de la libertad de actuación³⁶¹.

Ante la sociedad del riesgo, la expansión del Derecho Penal constituye un caso de respuesta del Estado ante el fenómeno delictual vigente que también se expande de manera creciente, a medida que los riesgos aumentan. En el orden económico esto es más que claro: tanto del desarrollo como de las formas y del contenido de tal clase de criminalidad ha debido hacerse cargo el Estado, adoptando múltiples legislaciones a un fenómeno que es completamente diverso a la realidad del delito para la época racionalista del supuesto buen Derecho Penal liberal.

Es cierto que, en dicho contexto, la intervención penal, tanto en el área económica como también en otras, ha jugado un rol de política pública, en muchos casos, encaminada a la regulación o al simple *enforcement* de normativa sectorial. No obstante, también ha desarrollado un proceso de política pública, pero de tipo criminal, la cual exige no únicamente un balance entre costo y beneficios, sino que la sujeción al conjunto de elementos que permiten decidir cuándo corresponde la intervención penal³⁶². Cuando esto último resulta favorablemente resuelto, lo es también la intervención penal en el plano económico.

Ahora bien, resulta importante también destacar que el proceso de expansión no se infunde exclusivamente por sobre áreas en las cuales el Derecho Penal antaño no intervenía. Aquellas áreas o aquellos bienes respecto de los cuales otorgaba tutela de manera más paradigmática como la integridad física o la propiedad han visto completamente reforzada su tutela a través de la sanción al riesgo y el adelantamiento de la barrera punitiva, lo que se ha materializado a través de una expansión consistente en la proliferación de múltiples tipos penales de sanción tanto de resultado, pero

³⁶¹ JIMENEZ, María José. 2014. Sociedad del Riesgo e Intervención...Op. Cit. p. 21.

³⁶² FELLER, Claudio. El Derecho Penal en la sociedad actual...Op. Cit. pp. 1-5.

también del peligro. Un ejemplo excepcional de lo anteriormente señalado es la tutela del patrimonio y de la propiedad en nuestro actual Código Penal, en comparación con la intervención penal en el orden económico, manifestada escasamente en el mismo Código Penal o bien en la legislación especial vigente.

En dicho contexto, resulta paradójico que el artículo 443 bis del Código Penal contemple un delito de robo con fuerza de cajeros automáticos, calificado de manera especial en virtud del objeto por sobre el cual recae (el aparato cajero automático), hecho sancionado con una pena mayor en comparación con el tipo base de robo con fuerza en las cosas, lo cual se buscó instituir tras la proliferación de este hecho delictual para lograr la aplicación de penas efectivas en caso de reincidencia y evitar, o al menos dificultar, la “justicia transaccional” en este caso de delitos reflejada en acuerdos reparatorios, en la suspensión condicional del procedimiento o en la aplicación de medidas alternativas a la de reclusión conforme a la ley N° 18.216³⁶³.

Otros ejemplos grafican también la constante expansión: la instauración definitiva de la pena efectiva para aquel que conduzca bajo los efectos de alcohol o estupefacientes originando un atropello o accidente con resultado de lesiones o muerte³⁶⁴ o el polémico artículo 445 que sanciona a aquel que fabricare o portase elementos ¡de aquellos conocidamente destinados para la comisión del robo de robo!³⁶⁵

³⁶³ En general: RAMOS, César. 2013. Comentario al nuevo artículo 443 bis del Código Penal, que sanciona el robo con fuerza de cajeros automáticos. Revista de Estudios de la Justicia. N° 19. pp.

³⁶⁴ En nuestro país la ley N° 20.770, conocida como “Ley Emilia”, promulgada en el año 2014, viene a cerrar un ciclo de expansión que en casi todo el mundo confrontó en la discusión dogmática a aquellas posturas reduccionistas versus aquellas expansionistas. El denominado “Derecho Penal del tráfico rodado” ha sido ejemplo patente de la discusión sobre la sanción del peligro y el adelantamiento de la sanción criminal. El ejemplo de Chile parece ser más timorato, habiendo discurrido entre la tipificación como falta simplemente administrativa, falta penal, delito y actualmente como delito que lleva aparejada una pena corporal efectiva ante el resultado de lesiones o muerte.

³⁶⁵ En este caso nos encontramos ante una ley penal en planco que no entrega a un cuerpo normativo de inferior jerarquía la descripción completa del tipo penal (qué se entiende por elemento conocidamente destinado para la comisión del delito de robo), sino que la entrega al arbitrio de la decisión del juez. Los resultados de esto son bastante obvios.

El proceso de expansión del Derecho Penal, en abstracto e independiente de su calificación como oportuna en contraste con los principios de legitimación, es general, y nuestra legislación penal vigente grafica que es impropio señalar que sólo se manifiesta como la intervención del *Ius Puniendi* en áreas que no deben ser tuteladas por el mismo.

La contradicción resulta más paradójica si se analiza la expansión que ha vivido el estatuto de la protección penal de la propiedad en comparación con aquél estatuto que podríamos denominar como el Derecho Penal Económico chileno, compuesto esencialmente por una intención legislativa que se verifica desde las últimas décadas del siglo XX a través de leyes timoratas, dispersas y de escasa utilización³⁶⁶. Lo criticado por Jaime Winter permite extraer la conclusión: en un contexto de economía empresarial, en la que un enorme porcentaje de los activos administrados por distintas empresas corresponden a aquellos fondos previsionales invertidos en ellas, es particularmente llamativo que el legislador penal no haya manifestado jamás la intención de instituir un delito de administración fraudulenta, habiendo proliferado en los últimos años los casos de este ilícito (no penal)³⁶⁷.

Huelga entonces descartar el argumento que caracteriza a la expansión del Derecho Penal como dirigida únicamente a áreas criminalmente no relevantes o que al menos inicialmente no lo eran, como buscan indicar los partidarios del Derecho Penal mínimo. La expansión es una intervención generalizada que se caracteriza por el engrosamiento general del Derecho Penal, debiendo calificarse en cada caso la plausibilidad de la misma y que preferentemente caracterizaremos como la respuesta del Estado moderno ante la exigencia de seguridad y tutela de la libertad en un contexto de transformación absoluta, por lo demás dinámica y muy veloz, del fenómeno delictual.

³⁶⁶ MERA, Jorge. 2014. Derecho Penal Económico y Libertad Positiva. Revista de Filosofía y Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. N° 5.

³⁶⁷ WINTER, Jaime. 2013. Derecho Penal e Impunidad Empresarial...Op. Cit. pp. 22-26.

Esta intervención se inserta en el binomio de libertad y seguridad: ¿Debe el Derecho Penal preservar la seguridad de ciertos órdenes sociales o institucionales relevantes, tales como la economía? Para muchos casos este análisis no será sencillo ya que no es aritmético (en cuanto a la ponderación entre libertad y seguridad), y ciertamente para el caso de la economía y del mercado no lo es tal. En dicho sistema, la seguridad resulta esencial para el disfrute de las libertades individuales, pero no deben convertirse en un cercenamiento de la misma. Es así como se procede a la protección de los bienes jurídicos del orden económico, colectivos en su gran medida, a través de las figuras de delitos de peligro, las que permitirán sancionar la puesta en peligro y, consecuentemente, la especial forma de daño que se concreta al dificultar o imposibilitar el ejercicio de las libertades, como se justificó en el primer capítulo³⁶⁸.

Toda vez que se identifica a la expansión del Derecho Penal como un fenómeno generalizado que lo permea en integridad, la pregunta por la legitimidad de dicho fenómeno se torna mayormente sectorial: ¿Cuáles expansiones son o deben ser toleradas, y cuáles no?

En nuestro medio, la situación del estatuto de protección penal de la propiedad, el cual se ha complementado constantemente a través de la dictación de múltiples “agendas cortas” para el “combate contra la delincuencia”³⁶⁹, genera de manera permanente una acalorada discusión en torno a la cárcel como mecanismo efectivo de respuesta ante el fenómeno delictual de tipo más bien “callejero”. Otro tanto ha

³⁶⁸ 1.5.3.

³⁶⁹ Los discursos del “*combate contra la delincuencia*” y de la “*seguridad ciudadana*” parecen acertar un diagnóstico no menos cierto en torno al problema de la delincuencia común, constituida esencialmente por delitos y crímenes en contra de la propiedad y la integridad de las personas. Sin embargo, denotan una visión centralizada que es absolutamente criticable desde el punto de vista de las respuestas que se han elaborado y se ofrecen ante dicho problema. Tal como se ha afirmado profusamente en esta monografía, el descuido en torno a la respuesta del Ius Puniendi ante ilícitos de relevancia del plano económico, así como también en el plano de la corrupción y de la actividad política, por ejemplo, parece a estas alturas ser velado, en comparación con el interés exacerbado que se ha manifestado por contener la supuestamente desbordada situación de criminalidad ordinaria. Esto último ha trascendido comúnmente en reformas constantes al estatuto Penal y Procesal Penal con dos efectos principales: conseguir o acercar lo más posible las sanciones contempladas en los tipos penales a la pena de cárcel o reclusión efectiva, viendo entonces a la inoquización del malhechor como la mejor solución posible; y flexibilizar aspectos de garantías procesales que hagan más expedita y menos formalizada la investigación y prevención de determinados delitos. El único apelativo posible, para este fenómeno, es el de expansión.

ocurrido durante los últimos años en torno a la ineficacia y a la escasa respuesta sancionatoria de tipo criminal ante ilícitos que provocan perjuicios considerables, ya sea de índole económica, empresarial o, más recientemente, corrupción política. El paralelo resultaría más que interesante, pero no podrá ser abarcado aquí, señalándose de todas maneras que aquél introduce a la pregunta por la adecuación específica de la expansión del Derecho Penal hacia el orden económico.

2.2.2.2. Modernización

La intervención penal ante los ilícitos del plano económico vista como reacción del Estado moderno ante tal fenómeno debe ser calificada como una modernización o actualización no sólo legítima, sino que también necesaria.

La expansión, como se indicó anteriormente, confronta dos macro-posturas relevantes: aquellas que sostienen la necesidad de cortar este proceso, revertirlo y retornar a un Derecho Penal de mínima intervención de corte racionalista-liberal, tal como fue actualizado desde fines del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX³⁷⁰; y aquellos que indican que la única vía posible para continuar viendo al Derecho Penal como un instrumento de aplicación de justicia y control social, en consonancia tanto con la misión del Estado moderno como con la primacía de principios democráticos de garantía para con los individuos, es la de aceptar y promover su modernización.

2.2.2.2.1. La crítica de Winfried Hassemer y Frankfurt

Desde los años ´80, el profesor alemán Winfried Hassemer, ha articulado su crítica al proceso de actualización del Derecho Penal, liderando la corriente de la Escuela de Frankfurt.

³⁷⁰ El “buen, liberal y clásico Derecho Penal” es ubicado temporalmente por sus subsidiarios en el proceso racionalista de la Ilustración, en cuanto consecuencia de la superación de la etapa naturalista. En: HASSEMER, Winfried. 1991. Rasgos y características del Derecho Penal moderno...Op. Cit. pp. 3.

Para Hassemer el clásico Derecho Penal no es necesariamente un estadio empírico, pero sí una aspiración legítima. Esta aspiración deriva de concebir la función del Estado como estabilizador de las relaciones sociales, en búsqueda de la maximización de la libertad y, por tanto, el Derecho Penal es el instrumento que utiliza en aquellos casos en que la libertad es trastocada³⁷¹.

Lo anterior presenta tres consecuencias relevantes que caracterizan al Derecho Penal clásico³⁷². En primer lugar, sólo la efectiva lesión de la libertad puede ser fundamento de una sanción penal. Así, el bien jurídico es una herramienta de limitación del Derecho Penal y no de expansión del mismo. Su función crítica corresponde a restar legitimidad a un tipo penal que no tutele un bien, pero no promover su constante identificación para criminalizar múltiples conductas.

En segundo lugar, en cuanto la instauración del Estado y del Derecho Penal requiere y significan una renuncia recíproca a la auto-tutela y a la libertad individual, los contornos de actuación de la intervención penal deben estar estrictamente detallados y definidos, reflejados en principios que limiten la intervención.

Por último, en cuanto el Derecho Penal es la intervención más gravosa que existe, sólo puede verificarse como *última ratio*.

Por su parte, el Derecho Penal moderno se aparta considerablemente del plano ideal del Derecho Penal. El principio de protección de bienes jurídicos ya no cumple una función negativa, sino que derechamente positiva, es decir, ya no critica la criminalización inocua, sino que promueve la misma, identificando constantemente bienes jurídicos nuevos; la función del Derecho Penal actual, o más estrictamente de la pena, es la prevención y no la retribución. En adición, el Derecho Penal se ha instrumentalizado para dejar de ser una *última ratio* y pasar a ser *prima ratio*³⁷³.

³⁷¹ HASSEMER, Winfried. 1991. Rasgos y características del Derecho Penal moderno...Op. Cit. pp. 3.

³⁷² HASSEMER, Winfried. 1991. Rasgos y características del Derecho Penal moderno...Op. Cit. pp. 3-5.

³⁷³ HASSEMER, Winfried. 1991. Rasgos y características del Derecho Penal moderno...Op. Cit. pp. 5-6.

El paralelo entre el clásico Derecho Penal y el moderno es evidente y permiten concluir a Hassemer que el moderno Derecho Penal no es sino un nuevo Derecho Penal, constituido por una herramienta completamente distinta a lo que era en su época racionalista³⁷⁴. Así, el nuevo Derecho Penal ofrece un cambio radical en lo que podría calificarse como contenido y medios. En cuanto al contenido, abarca actualmente un conjunto vasto de áreas, intereses y bienes, reflejado ello en el engrosamiento de la parte especial del mismo en prácticamente todas las legislaciones. En cuanto a los medios, concurre a lo anterior a través de la identificación y tutela de bienes colectivos y delitos de peligro abstracto³⁷⁵.

Como característica de clausura o general del nuevo Derecho Penal, se encuentra la flexibilización general de sus deslindes lo cual reduce su función a la de un instrumento simbólico, esencialmente preventivo, en donde la aplicación de una pena muchas veces sólo simboliza que se ha “hecho justicia” en ciertos casos³⁷⁶. Lo anterior vendría dado en cuanto el nuevo Derecho Penal es una masa gris, informe y vaga que ordena una actuación a su vez rápida ante un problema que exige profunda cautela, como lo es la criminalidad. La exigencia de que el Estado actúe, y rápido, ante el fenómeno delictivo, colocan al juez en la necesidad de operar a toda costa trastocando todos los principios que le exigen un accionar cauto, mientras que obligan al legislador a dar respuesta al conjunto de problemas derivados del fenómeno para los cuales no existiría una solución de tipo penal. Vale la pena tener en cuenta lo que el mismo Hassemer indica: “La mezcla explosiva de las crecientes demandas sociales de <<dar una respuesta>>, junto con la creencia extendida en la eficacia de los medios penales, conjuntamente con el déficit observado en la aplicación de estos medios, implican el peligro de que el Derecho Penal se reduzca al engaño de que realmente puede solucionar estos problemas. El Derecho Penal simbólico a corto plazo mitiga, a largo plazo destruye.”³⁷⁷

³⁷⁴ HASSEMER, Winfried. 1991. Rasgos y características del Derecho Penal moderno...Op. Cit. p. 6.

³⁷⁵ HASSEMER, Winfried. 1991. Rasgos y características del Derecho Penal moderno...Op. Cit. pp. 6-9.

³⁷⁶ HASSEMER, Winfried. 1991. Rasgos y características del Derecho Penal moderno...Op. Cit. p. 10.

³⁷⁷ *Ibidem*

El autor concluye indicando que la necesidad de retornar al verdadero Derecho Penal provocaría una actividad de descriminalización considerable, que otorgaría al Derecho Penal su funcionalidad clásica, sin desmedro de desconocer nuevas formulaciones irrenunciables, como ciertos bienes jurídicos colectivos (la seguridad del Estado, por ejemplo)³⁷⁸.

Se puede ver, que de la diferenciación absoluta entre un clásico Derecho Penal y un nuevo Derecho Penal no parecieran haber términos medios en torno a la superposición de uno u otro. En cuanto Hassemer y la corriente de Frankfurt se definen como partidarios de un clásico Derecho Penal sólo el retorno al mismo, con el consecuente abandono del nuevo Derecho Penal, posibilitan que el mismo se vuelva a erigir como herramienta de justicia y control social.

Anteriormente se indicó que han existido propuestas de actualización conciliadoras, conscientes de la situación de expansión crítica del Derecho Penal moderno, pero también de la imposibilidad de revertir tal proceso³⁷⁹, lo cual parece más razonable, *prima facie*, que un retorno ciego al punto de origen en que supuestamente se gozaba de mayores bondades.

2.2.2.2. La apuesta por la modernización de Bernd Schünemann

Con la definición de la postura de Schünemann esperamos justificar afirmativamente la legitimidad de la expansión del Derecho Penal en el plano económico dejando atrás la oferta pre-moderna de Frankfurt, al menos para esta área.

Schünemann indica que la base de la postura de Hassemer y de Frankfurt es una concepción individualista del bien jurídico, que él denomina como monista (de una sola cara o significación) y que ha permitido atribuir, o mal atribuir, el carácter de liberal a dichos planteamientos.

³⁷⁸ HASSEMER, Winfried. 1991. Rasgos y características del Derecho Penal moderno...Op. Cit. pp. 12-15.

³⁷⁹ Es la propuesta del Derecho Penal de “dos velocidades” de Jesús María Silva Sánchez. Ver 2.1.4.2.

La postura monista del bien jurídico asume que sólo el individuo, visto como una unidad ensimismada, es digno de protección penal, lo cual se expresa en dos bienes relevantes y prácticamente exclusivos: la integridad individual y la propiedad³⁸⁰. Los fundamentos de esta postura monista o individualista serían aquellos ofrecidos por Frankfurt para justificar el clásico Derecho Penal, pero para Schünemann hay dos caracteres relevantes que tal postura no considera y que, por no ser considerados, la deslegitiman en cuanto a su contenido. El primero de ellos es a cuáles individuos el contrato social, con su consecuente intervención penal, queda circunscrito. En Frankfurt ello se manifiesta sólo para aquellos individuos que existen en un momento determinado, quienes gozan de absoluta libertad para el disfrute de sus bienes o, en otros términos, el ejercicio de su libertad. No se considera entonces, por ejemplo, a las generaciones futuras. Luego, por no efectuar tal consideración, atribuye una preferencia jerárquica absoluta e injustificada a las generaciones presentes, quienes podrían agotar la disponibilidad de todo bien sin miramientos a las generaciones futuras³⁸¹.

Un ejemplo relevante para la discusión anterior es el bien jurídico medioambiente. Este bien jurídico, caracterizado como uno de tipo colectivo que sólo puede ser puesto en peligro, pero no lesionado de manera absoluta, ha sido el punto de fuga para la pugna entre la Escuela de Frankfurt y sus contradictores, planteando al respecto Frankfurt, en consonancia con su concepción monista que capacita al individuo para el disfrute absoluto, una intervención penal nula y la inmediata descriminalización de los tipos penales que ya lo amparan.

Este ejemplo grafica que para la corriente reduccionista los individuos existentes actualmente están capacitados para el más irrestricto consumo de dicho bien sin que se justifique ello ni que tampoco se justifique la preferencia que ellos tendrían por sobre las generaciones futuras³⁸². Si en un contexto pre-moderno ello podría haber sido aceptado, en donde la abundancia de recursos naturales podía llegar a tolerar, al

³⁸⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. 1996. Consideraciones críticas...Op. Cit. pp. 4 y ss.

³⁸¹ SCHÜNEMANN, Bernd. 1996. Consideraciones críticas...Op. Cit. pp. 7-8.

³⁸² SCHÜNEMANN, Bernd. 1996. Consideraciones críticas...Op. Cit. p. 9.

menos cuantitativamente, el más absoluto descuido del medioambiente, en la actualidad es simplemente imposible, mientras la escasez de recursos y la súper-población humana amenazan la integridad global³⁸³.

La anotación de Schünemann permite inferir que la postura de Frankfurt, que circunscribe la actuación del *Ius Puniendi* sólo en protección del individuo inmediato y temporal, supuestamente en subsidio de un control de la herramienta penal, resta al Derecho Penal toda finalidad trascendente de protección de la especie humana en su conjunto, atendidas las especiales y críticas circunstancias en que desarrolla su existencia hoy. Así, circunscribir el bien jurídico que el Derecho Penal debe tutelar únicamente al individuo (actual) y su propiedad se aleja de toda pretensión de trascendencia del individuo, mediatizada ésta por la herramienta que el Derecho Penal representa³⁸⁴, y además grafica una noción ajena a la situación actual de todo individuo, que depende de manera muy directa del complejo de interconexiones existentes en casi toda sociedad.

En lo que toca a los medios utilizados por el nuevo Derecho Penal, esto es, los delitos de peligro y en especial de peligro abstracto, señala Schünemann que la postura de Frankfurt, de deslegitimarlos, va en desmedro con la necesidad de que el Derecho Penal cumpla su función de tutela. Así, no deja de ser cierto que una reducción de esta clase de tipos penales imprime una menor gravosidad a la intervención penal pero desconoce completamente la situación de imputación con la que el Derecho Penal debe lidiar hoy, caracterizada en primer lugar por un sin número de relaciones causales que impiden atribuir concretamente la lesión efectiva de un bien jurídico, incluso individual, y que se caracteriza además por un contexto de actuación colectiva en desmedro del clásico paradigma de actuación unipersonal. Ante ello, las legislaciones han reaccionado instaurando los delitos de peligro como regla común, con el objeto de tender hacia el fin de tutela del Derecho Penal. La opción opuesta de simple descriminalización deja en la más absoluta desprotección a los individuos ante

³⁸³ SCHÜNEMANN, Bernd. 1996. Consideraciones críticas...Op. Cit. pp. 8-9.

³⁸⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. 1996. Consideraciones críticas...Op. Cit. p. 7.

este contexto de imputación moderna³⁸⁵. Por ello es que Schünemann caracteriza a la tipificación a través de los delitos de peligro abstracto como una modernización normativa necesaria que se condice con los contextos de actuación actuales e imprimen mayor proporcionalidad a las penas asignadas a hechos o delitos que, en definitiva, o no producen un resultado lesivo por sí mismos, dadas las especiales características de los bienes jurídicos colectivos, o ante los cuales es imposible imputar una exclusiva responsabilidad, como sería en el caso de los delitos de resultado, puesto que de hacerse no sería conducente con el grado de actividad dispuesto por el agente (en esferas de actuación colectiva, por ejemplo).³⁸⁶

Creemos que no resulta casual que Bernd Schünemann califique como modernización al proceso que más bien peyorativamente se entiende como expansión. Lo que con ello quiere decir es una constatación que no por obvia deja de ser relevante: el contexto general de existencia y verificación de la intervención penal, como una de las herramientas de paz social del Estado, es absolutamente distinto que hace 1 o 2 siglos atrás. Quizás es probable que la profunda crítica de la Escuela de Frankfurt, que aquí sólo ha sido abordada en sus términos más generales, busca de buena fe alarmar acerca de la funcionalidad del Derecho Penal actual, que no se condice con un ideario retribucionista sino más bien utilitario, tendiente a la prevención cuando ello es posible. Desconocer por tanto la certeza en las ideas de Frankfurt es imposible, y tampoco lo ha efectuado Schünemann, salvo algunas precisiones, pero queda claro que entre el diagnóstico denunciado y la propuesta formulada por Frankfurt existe un salto lógico imposible, compuesto por décadas de evolución social.

³⁸⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. 1996. Consideraciones críticas...Op. Cit. pp. 13-14.

³⁸⁶ Quizás nada grafica mejor esta arista de la discusión que el ejemplo del bien jurídico medioambiente. Continuando con él, se observa que su tutela a través de delitos de resultado significaría que se sancionase, en algún momento, a aquel que malogró su efectiva erosión, desconociendo no sólo la disminución natural de este bien jurídico a través del tiempo, sino que también el aporte que a ello hicieron otros individuos con anterioridad, por conductas sancionadas o impunes. Esto atentaría absolutamente con todo principio de proporcionalidad, al atribuir responsabilidad absoluta en una persona desconociendo otros cúmulos de responsabilidad también concurrentes. Desde un punto de vista utilitarista, sólo podría esperarse a su efectiva lesión, eventualmente sin retroceso, para poder sancionar, restando toda utilidad preventiva al Derecho Penal. Incluso todo esto puede resultar desmerecido para la Escuela de Frankfurt, pero inequívocamente su propuesta conduce a ello. En cambio, la instauración del tipo penal de peligro se condice con una pena proporcional al real aporte del responsable por haber creado dicho peligro y lo imputa de manera directa al autor del mismo sin que sobrepase por exceso o defecto el cúmulo de responsabilidad penales identificables. SCHÜNEMANN, Bernd. 1996. Consideraciones críticas...Op. Cit. p. 16.

Schünemann es conciso en descartar todos los postulados de la corriente de Frankfurt, abogando por la necesaria y también crítica modernización del Derecho Penal. Como él indica: "...¿Cómo va a justificarse la ulterior persecución intensa de la criminalidad aventurera y de miseria, si se cierran los ojos frente a las necesidades de la persecución efectiva de la criminalidad organizada moderna, generando de este modo una presión desigual, en perjuicio de aquellas formas de criminalidad que en el fondo son menos graves?"³⁸⁷

2.2.2.3. Legitimidad de la modernización

Continuando con la línea argumentativa de Schünemann, que califica al proceso de expansión no como un engrosamiento injustificado de la intervención penal, sino que, como un proceso de modernización necesario, creemos oportuno justificar si la misma debe ser tolerada o no en el apartado del Derecho Penal Económico.

Ya hemos visto que, tomando como ejemplo nuestra legislación penal, hablar de una expansión dirigida únicamente hacia nuevas áreas es completamente erróneo. En donde mayormente se ha verificado una expansión del Derecho Penal es hacia la protección de los bienes jurídicos individuales más paradigmáticos. En contraste, la expansión hacia el orden económico es timorata, lo cual devela un descuido por parte del legislador penal. Esta situación se condice con la opinión de Schünemann, revisada en la etapa introductoria de esta monografía, que califica al Derecho Penal, desde el enfoque del interés que muestra por ciertos bienes y áreas, como uno que sanciona con preferencia a un sector social por sobre otro, dejando en desmerecimiento de reproche penal la delincuencia de los poderosos, reflejada hoy en el "delito de cuello blanco". Así, Schünemann alegorizaba en torno al buen y clásico Derecho Penal como aquel que castigaba a los pobres, carentes de toda propiedad y tendientes en mayor medida hacia la vulneración de los bienes individuales de corte tradicional. Al cabo del tiempo, la evolución fenomenológica del delito económico permitió reparar que la especial delincuencia, no de aquellos que atentaban contra la propiedad, sino que

³⁸⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. 1996. Consideraciones críticas...Op. Cit. p. 18.

justamente de aquellos que la detentaban, causaba múltiples perjuicios y que su impunidad era una externalidad social intolerable.

De allí en más, especialmente desde la segunda mitad del siglo XX, el legislador penal ha mostrado un interés por intentar intervenir penalmente a través de los delitos económicos, viéndose en la constante necesidad de actualizar y expandir, debido al especial dinamismo que la economía, el delito económico y los contextos tanto de actuación como de imputación que representan hoy. Así, de momento que la corriente de Frankfurt se plantea en contra de dicha modernización, se plantea asimismo en contra de la superación del Derecho Penal que prefiere el castigo hacia ciertos sectores y que posibilita la impunidad de formas de delincuencia que resultan incluso más gravosas. Además, desconoce todo el contexto de actuación de la delincuencia moderna y de la exigencia al Estado moderno en cuanto a su cometido de maximización de la libertad.

Por tanto, la modernización que sostiene Schünemann no puede sino recibir aplicación en el caso del Derecho Penal Económico. En nuestra opinión, ello debe pasar dos barreras necesarias. La primera de ellas es que la modernización no debe significar necesariamente un abandono de todos los principios tradicionales a los cuales se ha sujetado el Derecho Penal en general. Así, los tipos del Derecho Penal Económico deben continuar tutelando bienes jurídicos, de manera proporcional, subsidiaria y como última ratio, sin perjuicio de que la construcción discursiva y práctica de esta adecuación (entre el Derecho Penal Económico y el núcleo tradicional de legitimación) exigirá un esfuerzo adicional y diferente del común.

Por otro lado, la protección de bienes jurídicos colectivos a través de delitos de peligro abstracto debe reflejar la relevancia de dichos bienes atendida no exclusivamente la evitación de riesgos, sino que de manera esencial la relevancia de bienes colectivos del orden económico que no deben ser únicamente vagas pretensiones, sino que sistemas y valores institucionales que permitan efectivamente el mayor ejercicio de la libertad de los individuos. En este punto acierta Schünemann

al señalar al paradigma del riesgo como un factor relevante a la hora de la discusión por la imputación puesto que, por ejemplo, hoy los riesgos en contra de la integridad física son mucho menos que hace dos siglos, mientras que los riesgos del descalabro financiero por un pequeño conjunto de operaciones fraudulentas parece ser exponencialmente mayor. Por ello, lo relevante, no es señalar que el Derecho Penal esté encaminado a evitar tales riesgos, sino que a evitar lesiones gravísimas de bienes relevantes aún en desmedro de la escasa probabilidad de su verificación³⁸⁸.

Por los motivos que se han indicado, a los cuales debiera agregarse todo el análisis sociológico de la modernidad conducente a plantear una nueva forma de actuación del Derecho Penal vigente, es posible concluir que la pregunta por la expansión del Derecho Penal Económico es la elección entre la impunidad o la sanción ante ilícitos de considerable relevancia, siendo del todo legítimo indicar que en este apartado favorecer la impunidad a través de cualquier constructo teórico, como el reduccionista, es intolerable.

La crítica de Frankfurt, en este contexto, es un “callejón sin salida”³⁸⁹ que no ofrece respuesta plausible ante el estadio actual del Derecho Penal Económico y que, en dicho contexto, debe ser abandonado en favor una modernización crítica y tolerable.

2.3. Conclusión provisoria: condiciones de legitimidad del moderno Derecho Penal Económico

El delito económico es un fenómeno que ha provocado la intervención del Derecho Penal conforme a una evolución propia, la que abarca el interés desde su autoría –lo que la doctrina anglosajona ha caracterizado como el delito “de cuello blanco”- hasta la especial discusión moderna en torno a la imputación penal por la delincuencia empresarial.

³⁸⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. 1996. Consideraciones críticas...Op. Cit. p. 12.

³⁸⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. 1996. Consideraciones críticas...Op. Cit. p. 19.

Esta evolución del fenómeno ha hecho que el delito económico presente complejidades, las que a su vez han exigido trastocar las formas tradicionales del Derecho Penal para dar respuesta ante él.

Una de estas complejidades dice relación con la pregunta que aquí se ha buscado resolver: cuál es el criterio material que fundamenta y sostiene la legitimidad especial de la intervención de naturaleza penal en resguardo del orden económico.

De momento que ya se había señalado, en el primer capítulo de la presente investigación, que, en términos generales, la legitimidad de la intervención penal viene dada por estar encaminada a la tutela de aquellos intereses relevantes que permiten el despliegue de la libertad individual, debe anclarse allí el criterio material que fundamenta la punibilidad de ciertos atentados contra el orden económico.

En dicho contexto, hemos caracterizado al mercado como una herramienta que permite intercambios de tipo no forzado entre los individuos, también como expresión de su capacidad de autodeterminación. Es, por tanto, un interés relevante que permite el despliegue de la libertad individual. Lo anterior exige la integración de elementos normativos que posibiliten el real ejercicio de la autonomía por parte de cada persona y que proscriban, y sancionen, el ejercicio abusivo de la misma. Dichos elementos normativos configuran un orden que está compuesto, a su vez, por expectativas y reglas de conducta deducibles en cada escenario en donde se posibilita el ejercicio de la libertad personal: si aquí, por ejemplo, se analizará tal especificidad para el caso del Mercado de Valores, deberá extraerse de su institucionalidad el conjunto de elementos normativos o, en otros términos, el orden, que permite concluir que efectivamente la libertad de cada concurrente al mercado es tutelada y dicho orden adquirirá relevancia penal cuando su afectación trastoque la libertad de cada concurrente y sea resultado de una configuración arbitraria de la libertad propia.

Siguiendo la línea, diremos que tal orden económico es uno de tipo institucional³⁹⁰ y con ello queremos significar dos cosas. Primero, que es compartido o común: hay expectativas y reglas de comportamiento (como la proscripción del fraude, por ejemplo) que constituyen un bien común a todos quienes concurren al mercado, sin dejar de reconocer que, en última instancia, están posibilitando el desarrollo de un mecanismo que permite a su vez la libertad particular de cada persona. Luego, es normativo y vinculante, debido a que emana del mandato de maximización de la libertad general que se contiene en la Constitución.

Si el orden económico, entonces, posibilita que cada individuo ejerza su libertad en el mercado, el injusto del delito económico viene dado por hacer retroceder y mermar tal posibilidad de autodeterminación al constreñir actual y materialmente su ejercicio tras la vulneración de pilares del orden normativo sin los cuales la autodeterminación económica deviene en fútil. Creemos que tal es la especial clase de afectación o de tipo *sui generis* que Urs Kindhäuser reconoce en los delitos de peligro³⁹¹, y que tales pilares comunes y de tipo institucional, que sostienen el ejercicio compartido de la autodeterminación económica, pueden ser tenidos por bienes jurídicos colectivos.

Ahora bien, en la línea de Percy García, el criterio material que justifique en este contexto la imposición de una sanción penal, en desmedro de otra, exige que la afectación de la libertad ajena sea resultado de la configuración desviada de la libertad propia y no exclusivamente una omisión de deber u observancia de regulación sectoriales que bien podrían buscar un fin cualitativamente distinto, tales como la ordenación social o el cumplimiento de fines instrumentales. Conforme a Jakobs, ello es asimilable a la comunicación de un orden individual diferente del general, arbitrario,

³⁹⁰ GARCÍA PALOMINOS, Gonzalo. 2013. Modelo de protección en normas administrativas y penales que regulan el abuso de Información Privilegiada en la legislación chilena. [En línea] Revista Electrónica de Política Criminal. http://www.politicacriminal.cl/Vol_08/n_15/Vol8N15A2.pdf [Consulta: 28 de Noviembre de 2016] pp. 40 y ss.

³⁹¹ 1.5.3.1.

que debe activar el mecanismo comunicativo que reafirme la validez del orden compartido³⁹².

Cabe por último concluir que el criterio material de legitimidad de la intervención penal se relaciona con la sanción de conductas que normalmente colocan en riesgo el orden económico y afectan la libertad individual en la manera *sui generis* que ya hemos descrito, significando muchas veces una ventaja injustificada por sobre el otro en un escenario como el mercado.

Tomar todo lo anterior como aceptable alimentó una pugna entre aquellos sectores que abogan por hacer retroceder tal fenómeno, asumiendo que el Derecho Penal no puede hacerse cargo del mismo, y aquellos que fundamentan su modernización y adaptabilidad.

Entre nosotros, una voz relevante en favor de la modernización ha sido la de Héctor Hernández quien también concluye que ante las voces disidentes de un Derecho Penal moderno cabe anteponer el rol teleológico que el Derecho Penal persigue. Éste, como herramienta de control social, sanciona el ejercicio abusivo de la libertad y debe hacerlo no restringido a un núcleo básico de aquél Derecho Penal “inicial” sino que haciéndose cargo de la transformación social que el tiempo conlleva de manera indefectible³⁹³.

Una consecuencia clave, para el caso de aceptarse el postulado anterior, es analizar cómo se ha entroncado el esfuerzo dogmático y legislativo con tal fin de política criminal supuestamente compartido y anhelado.

³⁹² GARCÍA, Percy. 2016. El principio del *ne bis in ídem* material en caso de concurrencia de pena y sanción administrativa. [En línea] Revista Electrónica de Política Criminal. http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_21/Vol11N21A2.pdf [Fecha de consulta: 28 de Noviembre de 2016] pp. 28-29.

³⁹³ HERNÁNDEZ, Héctor. 2005. Perspectivas del Derecho Penal Económico...Op. Cit. pp. 108 y ss.

Para el caso de Chile, Hernández concluye que se está más bien en deuda³⁹⁴ y, así, pasaremos a analizar con este conjunto de elementos ya asentados, el delito de uso de información privilegiada, visto como un hito relevante de la legislación de interés penal económica en nuestro ordenamiento.

³⁹⁴ HERNÁNDEZ, Héctor. 2005. Perspectivas del Derecho Penal Económico...Op. Cit. p. 119.

CAPÍTULO 3: LEGITIMIDAD DEL DELITO DE USO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA

Mientras en el primer capítulo se ofreció un intento de sistematización de la discusión en torno a la legitimidad general del Derecho Penal, el capítulo segundo buscó aplicar dicho contenido al apartado especial que representa el Derecho Penal Económico.

Tras ello se ha concluido que la preocupación del Derecho Penal por tutelar el ejercicio de la libertad en el mercado y, en general, intervenir penalmente cuando la misma se ve vulnerada, es legítima. Sólo una postura anquilosada respecto de lo que el Derecho Penal debe hacer, alejada además de las actuales exigencias en torno a la protección del Estado para el cumplimiento de sus fines, podría sostener lo opuesto. Por nuestra parte hemos sostenido que la intervención penal en tutela del orden económico se condice con el plan de maximización de la libertad al que aspira la Constitución y que, si dicho fenómeno es un proceso de modernización, es de aquellos que deben ser tolerados.

Para continuar el análisis de legitimidad y alejarlo, en este punto, de la abstracción de la parte general, es intención del presente capítulo efectuar un análisis de la figura de uso abusivo y/o malicioso de información privilegiada, contenida en la Ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores y entendida como un ejemplo paradigmático que encarna las problemáticas que ya hemos ido develando. Dentro de ellas se justificará la especial elección del tipo penal de uso abusivo o malicioso de información privilegiada.

A continuación, se argumentará en torno a la justificación de elegir dicha figura de la parte especial para efectuar un contraste con el bagaje teórico que se ha desarrollado en los dos primeros capítulos de la presente investigación.

3.1 Breve caracterización de la parte especial del Derecho Penal Económico en nuestra legislación

3.1.1. La inicial intención legislativa penal económica y la moderna intención legislativa penal económica

El Código Penal chileno fue promulgado como ley de la república en 1874 y entró en vigencia en marzo de 1875. En cuanto no ha sufrido una modificación orgánica, vale decir, que busque reemplazarlo por una codificación diametralmente nueva en comparación a la inicial y que no constituya únicamente una modificación, podemos concluir que la data de esta ley penal es de 141 años.

La pregunta por el interés de tutelar el orden económico, manifestada por el legislador penal, exigiría un estudio que contraste ello con tan largo tiempo de evolución, referido no únicamente a la dinámica legislativa sino a cuánta transformación social esos 141 años representan y cómo el *Ius Puniendi* ha reaccionado, si asumimos la premisa generalmente aceptada de que el Derecho y la institucionalidad van siempre un paso atrás del cambio social.

Por otro lado, ya argumentamos que el delito económico es un fenómeno moderno por el que los sistemas jurídicos y la discusión doctrinaria y teórica se han interesado principalmente desde el siglo XX en adelante³⁹⁵. Para comprender así si existe un Derecho Penal Económico en un Código Penal cuyo origen es la primera mitad del siglo XIX hay que hilar un poco más fino.

En tal escenario, se planteará que el legislador penal original sí manifestó un interés por intervenir en tutela del orden económico, pero, lógicamente, adaptado a las especiales características de la época. Tal interés se traduce en un reducido conjunto de tipos penales contenidos en el Código Penal desde su dictación, lo que puede entenderse como el inicial, clásico o tradicional Derecho Penal Económico. Tal

³⁹⁵ 2.1.2.

reducción no dice relación necesaria con el hecho de que el número de tipos penales sea bajo, de hecho, no lo son, sino más bien con la situación de que dibujen un marco de seguridad más bien pequeño, decidiendo por la no intervención de tipo penal ante esta clase de ilícitos. La evolución legislativa nos indica que posteriormente, durante la segunda mitad del siglo XX, tal legislación se complementó con múltiples leyes especiales que conformarían un bloque del Derecho Penal Económico actual sin que eso importe desconocer la problemática de tipos penales poco claros, de escasa aplicación y de casi nula sistematización, lo que ha motivado a Hernández a calificarlo como un apartado que “infunde miedo, pero no hace daño”³⁹⁶.

3.1.1.1. El “clásico” Derecho Penal Económico

El Derecho Penal Económico identificable en el Código Penal es reconocible tras diferenciar el patrimonio como bien jurídico de otros bienes como serían el patrimonio público y el ejercicio de la libertad en el mercado.

La propiedad es un bien jurídico individual y clásico³⁹⁷, que es tutelado esencialmente a través de los diversos tipos de robo o hurto, sumados además estos últimos a los casos en que la afectación al patrimonio se condice también con una lesión de la integridad física y psíquica. En una visión dualista, se distingue del patrimonio, en cuanto concepto más amplio que es tutelado principalmente por las diversas figuras de estafa. Esta salvaguarda es relevante de tener en cuenta de momento que, en ciertos intentos por argumentar el Derecho Penal Económico desde una perspectiva histórica, se asocia a aquellos delitos cuyo injusto viene configurado por la afectación del patrimonio, mientras que en realidad si el enfoque se sitúa en una caracterización no individualista del bien jurídico tutelado es posible concluir que el interés del legislador penal inicial por tutelar un determinado orden económico es escaso³⁹⁸.

³⁹⁶ HERNÁNDEZ, Héctor. 2005. Perspectivas del Derecho Penal Económico...Op. Cit. pp. 19-31.

³⁹⁷ SCHLACK, Andrés. 2008. El concepto de patrimonio y su contenido en el delito de estafa. Revista Chilena de Derecho. N° 35. p. 286.

³⁹⁸ AVILÉS, Víctor. Orden Público Económico...Op. Cit. pp. 264-265 y 281.

Por otro lado, es posible identificar delitos que podrían integrarse en un Derecho Penal Económico propiamente tal, conforme a la definición y caracterización que intentamos anteriormente³⁹⁹.

De inmediato saltan a la luz los controvertidos tipos penales de los artículos 285, 286 y 287 del Código Penal. Después de un prolongado debate en la doctrina, que se dio a raíz de los bullados casos de colusión⁴⁰⁰, y después también de un par de procesos penales referidos a dichos casos⁴⁰¹, ha quedado fehacientemente establecido que tales tipos penales protegen no la libre competencia en el mercado sino que la concurrencia al mismo exenta de fraude o *agio*, entendido este último como la maquinación fraudulenta tendiente a manipular el precio de los productos (para el caso del artículo 285 del Código Penal o de su versión calificada contenida en el artículo 286). Por su parte el artículo 287 replica tal especial forma de concurrencia en aquellos casos de subastas⁴⁰².

Otras figuras no tan controvertidas son las clásicas falsedades (de dinero o papel moneda, por ejemplo), los delitos relativos a la regulación de las casas de juego

³⁹⁹ 2.1.1.

⁴⁰⁰ La discusión doctrinaria estuvo protagonizada por Héctor Hernández, quien publicó el año 2013 manifestándose a favor de la aplicación del artículo 285 del Código Penal y su tipo calificado contenido en el artículo 286 al caso de colusión. Así, en: HERNÁNDEZ, Héctor. 2013. La punibilidad de la colusión (secreta) de precios en el derecho chileno. [En línea] Revista Electrónica Política Criminal. http://www.politicacriminal.cl/Vol_07/n_13/Vol7N13A4.pdf [Consulta: 28 de Septiembre de 2016] En 2013 y 2014 Jean Pierre Matus publicó aseverando la tesis opuesta, con artículos de una investigación más acabada que resultaron, a la luz de la discusión doctrinaria y judicial, acertados. Así, en: MATUS, Jean Pierre. 2013. Acerca de la actual falta de punibilidad en Chile de los acuerdos de precios. [En línea] Revista Electrónica Política Criminal. http://www.politicacriminal.cl/Vol_07/n_14/Vol7N14A3.pdf [Consulta: 28 de Septiembre de 2016] y en: MATUS, Jean Pierre. 2012. De nuevo sobre la falta de punibilidad de los atentados contra la libre competencia, de conformidad con el Art. 285 del Código Penal. Algunos aspectos de la discusión con Héctor Hernández en *Política Criminal*. [En línea] Revista Electrónica Política Criminal. http://www.politicacriminal.cl/Vol_08/n_15/Vol8N15D1.pdf [Consulta: 28 de Septiembre de 2016] Más recientemente otro autor ha logrado sintetizar debidamente la discusión y reafirmar la falta de punibilidad para el delito de colusión acorde al Código Penal pero en concordancia con la reciente reposición de dicho tipo penal tras la última reforma al DL 211 sobre Libre Competencia. Así, en: SALAZAR, Andrés. 2016. La alteración de precios como fraude. Comentarios acerca del origen histórico del artículo 285 del Código Penal chileno y su interpretación. [En línea] Revista Electrónica Política Criminal. http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_22/Vol11N22A3.pdf [Consulta: 28 de Septiembre de 2016]

⁴⁰¹ El controvertido caso de colusión en las farmacias terminó con la absolución de todos los cargos en favor de todos los imputados, mientras que en el más reciente caso de colusión de las productoras de papel confort el Ministerio Público no intentó siquiera llevar a juicio el asunto, comunicando su intención de no perseverar.

⁴⁰² MERA, Jorge. 2015. Colusión en licitaciones públicas...Op. Cit.

y azar, el delito de usura y los delitos concursales o de insolvencia, estos últimos recientemente actualizados tras la dictación de la ley N° 20.720 de 2014 sobre Insolvencia y re-emprendimiento. No hay que olvidar también que se ha caracterizado una dimensión de la estafa como de significación económica en función principalmente de su alcance y del objeto lesionado⁴⁰³.

La idea importante de retener es que todas estas figuras, si bien no son necesariamente escuetas en su número, tutelan un concepto bastante inicial de orden económico: constituyen la proscripción del fraude y del abuso, la tutela del sistema crediticio y, claro está, el patrimonio público cuando se integran todos aquellos delitos que así lo establecen, tales como cohecho o la malversación de caudales públicos, por ejemplo.

Este orden económico inicial puede ser reconducido a la intención que ya manifestamos de indicar que su relevancia penal viene dada por constituirse como una norma de reconocimiento que asegura a todos los individuos el ejercicio de su autonomía, en cuanto marco de seguridad o posibilitación, pero ello se traduce únicamente en la proscripción del fraude y en la tutela del sistema crediticio de la época. Por eso, lejos está de reconocer algunos otros subsistemas como el mismo Mercado de Valores, la libre competencia o la tutela penal del sistema crediticio bancario que si bien no constituye en caso alguno un subsistema moderno desde el punto de vista estrictamente económico, sí lo es su tutela penal, la que a la luz del Código Penal y antes de la dictación del Decreto con Fuerza de Ley N° 3 sobre Ley General de Bancos se tutelaba a través de los delitos base de estafa y otros, demostrando que la verdadera “revolución” para delinear un Derecho Penal Económico es bastante más moderna y que, por tanto, la identificación de bienes jurídicos de índole económica cuya tutela se representó como oportuna para el legislador penal, también lo es.

⁴⁰³ MAYER LUX, Laura. 2013. La Estafa como delito económico...Op. Cit. pp. 194-201.

3.1.1.2. El “moderno” Derecho Penal Económico

Si hemos definido al Derecho Penal de relevancia económica contenido en el Código Penal como de un escueto interés tutelar, es relevante “cruzar” dicha situación con la profusa legislación contenida en leyes especiales que se elaboró durante el siglo XX y principalmente durante su segunda mitad.

Es así como dicha dinámica legislativa viene en “cerrar” un verdadero bloque (en consonancia con lo afirmado por Klaus Tiedemann⁴⁰⁴) que aborda al delito económico como un ilícito más bien complejo y tutela múltiples manifestaciones del orden económico.

El mismo delito de colusión que ya anunciábamos, por ejemplo, fue tematizado criminalmente en 1959 y de ahí en más fue descriminalizada y repuesta la sanción penal en 3 oportunidades⁴⁰⁵. Ello representa con creces la intención que se ha perseguido al aparejar al delito económico con sus características de dinámico y sujeto a una ambigüedad moral que se fundamenta en la dependencia que el mismo posee de la relativa opinión subjetiva sobre su injusto, contrastable de manera clara con el reproche casi absoluto a aquellos delitos que sancionan la lesión de bienes tradicionales⁴⁰⁶.

Luego, es posible identificar además múltiples otras legislaciones especiales que contienen tipos de tutela del orden económico: el DFL N° 3 sobre Ley General de Bancos cuya versión actual data de 1997, los delitos de giro doloso de cheques y uso fraudulento de tarjetas de crédito, el tipo penal que sanciona la apropiación indebida de fondos de pensiones y, lógicamente, la legislación penal contenida en la ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores.

⁴⁰⁴ 2.1

⁴⁰⁵ MATUS, Jean Pierre. 2012. Acerca de la actual falta de punibilidad en Chile...Op. Cit. pp. 15-32.

⁴⁰⁶ Quien discurre notoriamente sobre esta especial situación para el ilícito de colusión es Raúl Carnevalli, en: CARNEVALLI, Raúl. 2000. Algunas reflexiones en torno a la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales. Revista Chilena de Derecho. N° 27.

Así, si el legislador penal de la primera mitad del siglo XIX afrontó su escenario social determinando una intervención penal prácticamente mínima, el que lo secundó se hizo cargo de las múltiples manifestaciones del delito económico como fenómeno dinámico. A pesar de ello, y de conformarse efectivamente un conjunto amplio de tipos penales que protegen el orden económico, sumados a aquellos que tutelan el patrimonio público y ciertas manifestaciones de la intención regulatoria del Estado, la dificultad en su interpretación y aplicación ha sido la constante en esta área, marcada también por la dispersión orgánica y la negligente intención del legislador de no integrar estos delitos, como conjunto, en un apartado del Código Penal que se haga cargo de manera sistemática del bien tutelado y el injusto sancionado⁴⁰⁷.

Es posible indicar, entonces, que un apartado Penal Económico reconocible en nuestro sistema es de reciente institucionalización y que, en su interior, el conjunto de tipos penales que contempla la Ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores, cuya primera dictación es de 1981, constituyen un verdadero hito en nuestro repertorio penal.

3.1.2. Consecuencias de la distinción

Ya con anterioridad⁴⁰⁸ se analizó la importancia de distinguir entre una noción restringida y otra amplia de Derecho Penal Económico. La primera, en cuanto producto de las circunstancias fácticas circunscritas a su verificación, decía relación con el reforzamiento en el cumplimiento coactivo de la intervención penal en la vida económica, esencialmente para fines regulatorios y de recaudación. En contraste, una idea amplia reconoce ya el espacio del mercado como uno que incuba el ejercicio de la autonomía y libertad personal.

En tal escenario resulta importante constatar, primero, que el primigenio legislador penal económico plasmando su intención en las figuras relativas, contenidas en el Código Penal desde su dictación, ya miraba a una noción más amplia que la

⁴⁰⁷ WINTER, Jaime. 2014. Derecho Penal e impunidad empresarial...Op. Cit. pp. 92-98.

⁴⁰⁸ 2.2.1.

simple intervención estatal para el cumplimiento de sus fines. En efecto, se castiga el fraude y las maquinaciones fraudulentas o también denominadas como el bullado *agio*, en el mercado y en los intercambios. Sin embargo, es la caracterización del Derecho Penal Económico como “moderno” aquel que permite observar mejor cómo sus distintas disposiciones reconocen un orden económico objeto de tutela penal en donde ciertos elementos se sitúan como bienes o intereses de relevancia. Así: el crédito, el sistema financiero, el mercado de capitales, llegando hasta las últimas reformas que han situado a la libre competencia y al esquema de insolvencia y re-emprendimiento como partícipes de tal escenario.

Lo anterior y, en síntesis, el “moderno” Derecho Penal Económico, es consecuencia de reconocer un orden económico que ya hemos señalado en innumerables ocasiones como de ejercicio de la libertad individual, sobre todo cuando ello se deduce de analizar el mercado como un espacio de intercambio libre⁴⁰⁹.

Este orden económico ha establecido un conjunto de intereses y bienes institucionales como objetos de tutela penal. Tal carácter de institucional es sinónimo de señalar que su relevancia rebaza la sanción gravosa (penal) de afectaciones al patrimonio, en cuanto bien individual, sino que se conecta con expectativas y normas de conducta comúnmente exigidas que permiten la pervivencia y el funcionamiento justo del sistema y sus respectivos sub-sistemas (en cuanto el Mercado de Valores es uno de estos últimos, por ejemplo y como se verá a continuación)⁴¹⁰.

3.2. Los tipos penales de la Ley N° 18.045 como hito

La relevancia de los múltiples tipos penales contenidos en la ley comentada se debe a diversas particularidades.

⁴⁰⁹ 2.1.5.3.1.

⁴¹⁰ GARCÍA PALOMINOS, Gonzalo. 2013. Modelo de protección en normas administrativas y penales que regulan el abuso de Información Privilegiada...Op. Cit. pp. 40 y ss.

Su novedad temporal, que todavía persiste si se sitúa al lado de la ya descrita intención primigenia del legislador penal económico, sigue siendo relevante.

Además, el cúmulo de responsabilidades que genera la ejecución de las conductas proscritas, el que incluye una responsabilidad administrativa perseguible por un ente regulador actualmente denominado Comisión de Valores, una responsabilidad civil que busque resarcir el daño patrimonial causado por alguna de estas infracciones y responsabilidad penal⁴¹¹. En tal marco la fe pública y la transparencia de este mercado resultan más que relevantes si se analiza este cúmulo de responsabilidades que constituye un derecho sancionatorio complejo⁴¹².

Pero más relevante aún, y para ser tomado como el motivo de su selección e idoneidad para el contraste con los elementos de legitimidad de la parte general ventilados, es la particularidad con que sus casos grafican las interrogantes de legitimidad que cuestionan la tutela del orden económico de relevancia penal.

En efecto, muchas otras normas de este conjunto son mayormente asimilables a la protección de bienes individuales y posibles de asociar a formas o variantes de una estafa tradicional, por ejemplo. Así se ha analizado para el caso del uso malicioso o fraudulento de tarjetas de crédito⁴¹³, como protección del sistema crediticio, y el fraude bancario⁴¹⁴, constituyendo ambas normas dos hitos relevantes dentro de este espectro de normas penales de relevancia económica.

Pero por su parte, el Mercado de Valores puede ser catalogado como un sub-sistema del sistema económico que cumple ciertas finalidades complejas, las que

⁴¹¹ LONDOÑO, Fernando. 2015. Aproximación histórico comparada del Título VIII de la Ley de Mercado de Valores: bases para el reconocimiento de un contenido anti-manipulativo. [En línea] Revista Electrónica Política Criminal. http://www.politicacriminal.cl/Vol_10/n_20/Vol10N20A1.pdf [Consulta: 1 de Octubre de 2016] p. 392.

⁴¹² NOVOA, Raúl y NOVOA, Gabriela; 1997. Derecho del Mercado de Capitales...Op. Cit. p. 68.

⁴¹³ HERNÁNDEZ, Héctor. 2008. Uso indebido de tarjetas sustraídas o falsificadas y de sus claves. [En línea] Revista Electrónica Política Criminal. http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_2_5.pdf [Consulta: 29 de Septiembre de 2016]

⁴¹⁴ POZO, Nelson. 2014. Derecho Penal Económico y Delitos Bancarios...Op. Cit. pp. 155-167.

explican, a su vez, tanto su esencia ontológica como el interés del legislador por la tutela de bienes en él presentes.

El primer fin del Mercado de Capitales es otorgar un espacio libre de decisión para la inversión, facultando a los privados y eventualmente también al Estado para ingresar capital a empresas, siendo esta última función, la de acopiar financiamiento, su segundo rol relevante, en cuanto toda economía de mercado requiere que aquellos que poseen recursos en superávit (en este caso los particulares) los traspasen a aquellos que además de necesitarlo permiten rentar y producir por sobre dicho capital⁴¹⁵.

El Mercado de Capitales es una segunda variable del Mercado Financiero. Este último estuvo inicialmente compuesto por la relación entre bancos y privados o empresas, verificándose entre ellos una relación de préstamo crediticio. Por su parte, el Mercado de Valores permite que se conecten los ahorrantes, los que en el sistema bancario inyectan dinero a empresas sólo de manera indirecta a través de su ahorro en bancos, ahora de manera directa con las empresas ya sea a través de préstamos o bonos o derechamente a través de títulos de participación en las mismas o acciones.

Así, el sentido económico del Mercado de Capitales como modelo alternativo o paralelo de financiamiento, junto al sistema crediticio bancario, es el que permite a los inversores una mayor ganancia y a las empresas un acceso al financiamiento a menor costo que la intermediación y tasas de interés bancarias⁴¹⁶.

Es posible entonces comprender que el Mercado de Capitales es un subsistema que posibilita la aspiración de maximización del ejercicio de la libertad

⁴¹⁵ NOVOA, Raúl y NOVOA, Gabriela; 1997. Derecho del Mercado de Capitales...Op. Cit. pp. 44-45.

⁴¹⁶ LONDOÑO, Fernando. 2013. Ilícito de manipulación bursátil: fenómeno y lesividad. Aspectos de política sancionatoria. [En línea] Revista Electrónica de Política Criminal. http://www.politicacriminal.cl/Vol_08/n_15/Vol8N15A3.pdf [Consulta: 2 de Octubre de 2016] pp. 72-74 y GARCÍA PALOMINOS, Gonzalo. 2015. La idealización y la administrativización de la punibilidad de Información Privilegiada. Un análisis e los discursos penales en la doctrina chilena. [En línea] Revista Electrónica de Política Criminal. http://www.politicacriminal.cl/Vol_10/n_19/Vol10N19A5.pdf [Consulta: 9 de Octubre de 2016] p. 134.

constitucionalmente asegurada. Y es así un subsistema que, a escala, exige un marco de reconocimiento recíproco caracterizado por los principios de la transparencia, la fe pública y la responsabilidad por daños injustamente causados⁴¹⁷, lo que viene a constituir el marco de seguridad en el ejercicio de la autonomía señalada.

Si con anterioridad nos preguntábamos por la plausibilidad de una intervención penal que sancione el injusto constituido por la afectación o lesión a la libertad ajena, en virtud de un ejercicio abusivo de la propia⁴¹⁸, tomando ello como una de las principales interrogantes que se suscitan en torno al Derecho Penal Económico, es posible replicar dicha interrogante respecto de los tipos penales del Mercado de Valores cuando éste último es entendido como un subsistema económico a escala e integrante del espacio de intercambio y las normas penales que lo atraviesan son vistas como sinónimo de un respaldo normativo de expectativas que posibilitan el ejercicio pleno de la autodeterminación individual.

Diremos que el Mercado de Capitales es el mejor caso para efectuar lo anterior pero no el único. La álgida discusión en torno al valor de la Libre Competencia en el mercado, también como bien jurídico de relevancia penal, o la tutela penal del sistema crediticio a través de múltiples figuras, condensan igualmente tales cuestionamientos y, esperamos, el análisis aquí intentado pueda ser de utilidad también para su extrapolación con otros componentes del denominado “bloque” del Derecho Penal Económico.

3.2.1. Esquema de los delitos contenidos en la Ley N° 18.045

La ley N° 18.045 contempla un conjunto amplio de tipos penales. Para su organización tendremos en cuenta lo que sigue.

⁴¹⁷ NOVOA, Raúl y NOVOA, Gabriela; 1997. Derecho del Mercado de Capitales...Op. Cit. pp. 65-73.

⁴¹⁸ 2.1.4.

En el capítulo segundo se señaló que, para una noción restringida del Derecho Penal Económico, son reconocibles como bienes jurídicos tutelados el patrimonio público y la intención regulatoria⁴¹⁹. Esta última, se dijo, debe reconducirse a un horizonte teleológico que apunte hacia la posibilidad de ejercicio, ya que constituyen injustos caracterizados como *mala in prohibita*, esto es, de aquellas prohibiciones que en sí mismas no son reprochables, pero sí en cuanto buscan un fin posterior⁴²⁰.

Delitos de regulación son posibles de identificar en los artículos 59 y 60 de la ley.

Luego, conforme a la idea que en base a Stuart Green se ha sostenido, relativa a que el delito económico en un sentido amplio es posible de criminalizar de manera legítima toda vez que concurra una lesión a aquél marco de seguridad que posibilita el ejercicio de la libertad en el mercado, cuando dicha lesión constituye a su vez un injusto cuyo reproche deriva de la culpabilidad de coartar la libertad ajena como producto de un uso abusivo de la propia, obteniendo muchas veces un beneficio injustificado, es posible reconocer las siguientes clases de delitos característicos de esta legislación sobre Mercado de Valores.

La manipulación o alteración de precios, contenida en los artículos 52 y 53 en relación al artículo 59, todos de la Ley N° 18.045.

Los actuales tipos penales referidos al delito de uso abusivo de información privilegiada son paradigmáticos al interior del Mercado de Capitales y fueron incluidos en nuestra legislación sobre el tema a través de reformas legislativas correspondientes a los años 1994, 1995, 2000 y una última actualización en el año 2009⁴²¹.

⁴¹⁹ 2.1.4.3.

⁴²⁰ 2.1.4.3.2.

⁴²¹ RIED, José Miguel. 2004. Fundamentos de la prohibición del uso de información privilegiada en Chile: una mirada crítica. Revista Chilena de Derecho. N° 31. pp. 441-442.

Así, actualmente, la orgánica y el tratamiento de la información privilegiada en la Ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores arroja que el artículo 164 la define como: *...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...* Por otro lado, el inciso segundo indica que: *También se entenderá por información privilegiada, la que se posee sobre decisiones de adquisición, enajenación y aceptación o rechazo de ofertas específicas de un inversionista institucional en el mercado de valores.*

Luego, el artículo 166 establece una presunción de estar en posesión de información privilegiada para con respecto a un amplio grupo de actores del mercado que operan, siguiendo la denominación académica clásica, desde su interior y, por ello, se denominan como *insiders*, cuya traducción al castellano es la de *iniciado*⁴²².

Es del caso, que la última modificación legislativa al efecto tuvo como norte modificar este conjunto de actores respecto de los cuales se presume “poseer” la información privilegiada, ampliando su cobertura hasta llegar a un conjunto de 10 supuestos, habiéndose efectuado ello con la intención de regular el desempeño de los gobiernos corporativos, tomando justamente como aliciente los casos de administración desleal o fraudulenta de empresas (no exclusivamente en un sentido penal) que se ventilaban durante los últimos años⁴²³.

Justamente el primer tipo penal referido al uso de información privilegiada, contenido en la letra e) del artículo 60 sanciona lo que es entendido como uso abusivo o malicioso de información privilegiada por parte de *insiders*: aquellos señalados en el artículo 166 que, para sí o para terceros, de manera directa o indirecta, utilizaren información privilegiada en transacciones de diversa naturaleza.

⁴²² 3.2.1.1.

⁴²³ BASCUÑÁN, Antonio. La regulación de la información privilegiada en el Mercado de Valores después de la Ley N° 20.382. 2011. En: Gobiernos Corporativos: aspectos especiales de la reforma a su regulación. Santiago. Editorial Abeledo Perrot. p. 20.

Posteriormente las letras h) y g) de la norma, que son las más recientemente incorporadas (año 2000), sancionan a aquellos que obtengan un beneficio para sí o para terceros, directa o indirectamente, ejecutando operaciones en utilización de información privilegiada y a aquellos que obtengan un beneficio por divulgar dicha información. Cabe tener presente que para ambos tipos penales la obtención del beneficio es equiparable a evitar una pérdida y, además, es indistinto si el sujeto activo es *insider* u *outsider* (este segundo término utilizado en contraposición al primero)⁴²⁴.

Por último, se reconoce el delito de difusión maliciosa de información falsa, relacionado directamente con el delito de uso abusivo de información privilegiada, contemplado en el artículo 61 de la ley.

Creemos que esta sistematización entre un conjunto de tipos penales constitutivos de un *enforcement* penal para el cumplimiento regulatorio y los otros delitos relevantes, es útil para el análisis de su injusto, el que buscará responder a la pregunta acerca de qué tutelan estos tipos penales, en el contexto de haberse ella ya respondido para el Derecho penal en general y para el apartado del Derecho Penal Económico en especial.

3.2.2. Delito de uso abusivo y/o malicioso de información privilegiada

Recientemente se caracterizó a la Ley sobre Mercado de Valores como una que contempla un repertorio penal compuesto, a su vez, por un reforzamiento en el cumplimiento de exigencias regulatorias y otros tipos que pueden caracterizarse en el escenario que ya en múltiples ocasiones hemos señalado como objeto de tutela del Derecho Penal Económico.

Entre aquellos tipos penales que son posibles de ser enmarcados en la última caracterización señalada, se encuentran el delito de manipulación o alteración

⁴²⁴ RIED, José Miguel. 2004. Fundamentos de la prohibición del uso de información privilegiada...Op. Cit. p. 444.

fraudulenta de precios y el delito de uso abusivo y/o malicioso de información privilegiada.

El ilícito de manipulación bursátil, así definido por Fernando Londoño⁴²⁵, guarda una conexión más directa con criterios de eficiencia que son sinónimos de la libre formación de precios en el mercado como objeto de tutela. Ello puede correlacionarse, por ejemplo, con el valor de la formación de precios en el mercado en general ante lo cual el delito de colusión presenta determinadas similitudes en su fundamento de lesividad⁴²⁶.

Por su parte, el delito de uso abusivo y/o malicioso de información privilegiada ha sufrido una evolución en su fundamentación de lesividad, desde su instauración y a través de sus modificaciones, que nos permitirán, a continuación, justificarlo desde la óptica en que hemos ya señalado como plausible la intervención penal en el orden económico⁴²⁷. Para ello se verá la evolución que ha sufrido la justificación comentada y cómo ello se enmarca en el reconocimiento de un criterio o baremo de legitimidad de las figuras penales comentadas como expresión, a su vez, de la expansión del repertorio penal.

La selección del delito que se comentará no es azarosa. El mismo, como se verá, permite aplicar el estándar cualitativo de legitimidad de la tematización penal en el orden económico el que, ya visto, se relaciona no sólo con el objeto o interés de protección, sino que también con la legitimidad de aquello que se castiga. Para el caso de la afectación del orden económico: la vulneración de la norma social que impone deberes y expectativas de conducta como reconocimiento de la igualdad de todo individuo en su capacidad de auto-determinación y ejercicio de la libertad económico-patrimonial⁴²⁸.

⁴²⁵ LONDOÑO, Fernando. 2013. Ilícito de manipulación bursátil...Op. Cit.

⁴²⁶ LONDOÑO, Fernando. 2013. Ilícito de manipulación bursátil...Op. Cit. p. 100.

⁴²⁷ 2.1.4.2. y ss.

⁴²⁸ POZO, Nelson. 2016. Bien Jurídico Penal Económico o Imputación Penal Económica. Santiago. Editorial Librotecnia. pp. 93-94.

Como corolario, pareciese ser que la falta de acuerdo o la escasa claridad en esta materia, así como su tratamiento más bien escueto por la discusión motivan a buscar aportar elementos en torno a este delito específico⁴²⁹.

3.3. Legitimidad del delito de uso de información privilegiada

La pregunta por la legitimidad de la intervención penal referida pasa por concebir, de la mano de las conclusiones ya aportadas en los capítulos primero y segundo, si el delito responde a la tutela penal de un bien jurídico necesario de dicha protección y si, habiéndose identificado aquello, puede también ser calificado como un caso de expansión tolerable e idónea de criminalización.

Para responder a lo anterior creemos oportuno reparar en dos caracterizaciones relevantes. Primero, establecer la construcción dogmática de cuál es el modelo de tutela por el que ha optado la legislación de Mercado de Valores. Esto se relaciona con determinar, a su vez, si el objeto de protección de la legislación es un actor determinado del mercado o bien el sistema mismo. Luego, y adelantándose que nuestra legislación ha optado y progresado hacia un esquema normativo que tutela el Mercado de Valores en cuanto institución, se busca determinar el bien jurídico protegido, desentrañando la lesividad del delito.

Por último, del análisis esquematizado anteriormente, se podrá concluir la vinculación entre el delito de uso de información privilegiada y el Derecho Penal Económico como un caso de expansión y actualización necesaria.

3.3.1. Modelo de protección

Como indica Gonzalo García Palominos⁴³⁰, la literatura nacional se encuentra en una tensión entre reconocer la tutela penal y administrativa del Mercado de Valores

⁴²⁹ ONFRAY, Arturo. 2001. Ilícitos contra la información...Op. Cit. p. 73.

⁴³⁰ GARCÍA PALOMINOS, Gonzalo. 2013. Modelo de protección en normas administrativas y penales que regulan el abuso de Información Privilegiada...Op. Cit. p. 29.

como un modelo institucional, que dispone la protección de intereses comunes para la participación en el mismo, mientras otras posturas sostienen una visión más reducida del problema al señalar que distintos injustos y actos lesivos, tales como la utilización de información privilegiada, no son sino derivados de una relación entre actores del sistema que no amerita una sanción gravosa, o no al menos de tipo penal, por no estar en juego una tutela de valores comunes exigidos sino sólo eventualmente un aspecto patrimonial.

En tal escenario, se utilizará como base el ejercicio desarrollado por García Palominos que busca determinar si acaso la normativa sobre información privilegiada, en general, se inserta en un modelo de tutela institucional, vale decir, desde algo así como una macro perspectiva, que reconoce sistemas y sub-sistemas, en este caso, del mercado financiero, y que posibilita la expresión y ejercicio de disposición en ellos.

3.3.1.1. Fundamentaciones patrimonialistas sobre el modelo de protección

Sin tener a la vista algunos cambios relevantes en la institucionalidad del Mercado de Valores, y sobre todo en su arista penal, José Miguel Ried postuló en el año 2004 una fundamentación restringida y un tanto divergente de la tematización criminal en esta área. Como indica Ried⁴³¹, es connatural al Mercado de Valores que se deba reconocer entre *insiders* y *outsiders* puesto que, por un lado, es inevitable que a alguien se le deba confiar el rol de arbitrar la especulación financiera, lo que se ve reflejado en los precios que se pagan por acciones y bonos, mientras que por otro lado es también inevitable que cada empresa que cotiza en la bolsa y participa de dicho mercado tenga roles que por esencia se caractericen tanto por acceder a información que se aviene con la definición de privilegiada, como a determinarla (Art. 164).

Ried antepone la siguiente crítica. La asimetría de información no es subsanable con la aspiración de elevar la fe pública y la transparencia a bienes rectores del espacio

⁴³¹ RIED, José Miguel. 2004. Fundamentos de la prohibición del uso de información privilegiada...Op. Cit. pp. 447 y ss.

de intercambio y tampoco es el fundamento para explicar la especial posición del *insider* y la exigencia que se efectúa a él de no utilizar abusivamente la información. De hecho, es ésta la crítica principal que antepone la mayoría de los postulados contrarios a concebir que la paridad en el acceso a la información puede ser alcanzada en el mercado y que, por tanto, se plantean como escépticas de la idoneidad de la tutela penal en el Mercado de Valores⁴³².

De manera fácil se desprende esto al indicar que la simetría de información no es posible de lograr en el Mercado de Capitales, ni tampoco en algún otro. Por ello es que no se castiga al *outsider* que se encuentra en mejor postura que otro en cuanto a posesión de información se refiere (no privilegiada) y aun de tipo privilegiada⁴³³ y, conforme a lo que sostiene este mismo autor, la norma que sanciona al *outsider* que accede a información privilegiada y la utiliza abusivamente no debiese tener como destinatario a aquel que la obtiene sin conocimiento de su injusto⁴³⁴. Esto demostraría que la simetría de información no puede tomarse como aspiración del legislador a lograr a través de la tutela de la transparencia y la fe pública.

El modelo norteamericano, sobre sanción del fraude, amparado en la hipótesis de que la posesión de información privilegiada se justifica en una relación de confianza entre el emisor de la misma y quien accede a ella se esbozó en el caso *Oliver v Oliver*, en donde se discurrió sobre un eventual deber de declarar la información⁴³⁵.

⁴³² REAÑO, José Leandro. 2001. La problemática del bien jurídico protegido en el delito de *insider trading* y su técnica de protección. Revista *Thémis*. N° 42. p. 339.

⁴³³ En cuanto el autor no es subsidiario de comprender en las letras e) y g) del referido artículo 60 al *outsider* de manera absoluta, vale decir, cuando no tiene conexión alguna que explique, en razón de su cargo, posición o relación, la utilización de información privilegiada. En: RIED, José Miguel. 2004. Fundamentos de la prohibición del uso de información privilegiada...Op. Cit. pp. 444-445 A su favor es posible señalar que a la época de redacción de sus argumentos no se habían suscitado ciertas transformaciones que explican una fundamentación más bien amplia del delito, como se verá.

⁴³⁴ RIED, José Miguel. 2004. Fundamentos de la prohibición del uso de información privilegiada...Op. Cit. pp. 449-452.

⁴³⁵ RIED, José Miguel. 2004. Fundamentos de la prohibición del uso de información privilegiada...Op. Cit. pp. 454 y ss.

En 1934 la legislación norteamericana atingente: *Securities Exchange Act* (SEA) mandató a la *Securities Exchange Commission* (SEC), órgano administrativo y sancionatorio de la institucionalidad americana que supervigila el Mercado de Capitales en dicha región, a regular áreas en donde se concretaban casos de abuso de información privilegiada, situación que favoreció la verificación de múltiples situaciones fraudulentas entendidas como un quiebre de un deber de fidelidad entre el emisor de la información y su receptor. En razón de ello, en 1942 se instituyó la regla N° 10 b-5 de la SEA en los siguientes términos:

Será ilegal que cualquier persona, directa o indirectamente, mediante el uso de cualquier medio o instrumentalización del comercio interestatal, o del correo, o de las instalaciones de cualquier bolsa nacional de valores:

(a) Emplee cualquier estrategia, maquinación o artificio para defraudar;

(b) Haga cualquier declaración falsa de un hecho relevante u omita cualquier hecho de importancia necesaria para asegurar que las declaraciones hechas no fueran engañosas, a la luz de las circunstancias en que fueran hechas; o

(c) Realice cualquier acto, práctica o curso de negocio que constituya o que pudiera constituir un fraude o engaño en contra de cualquier persona, en relación con la compra o venta de cualquier valor.⁴³⁶

Como es la usanza en el sistema anglosajón, fue la jurisprudencia la que aparejó el ilícito de uso abusivo de información privilegiada a la prohibición legalmente establecida. Se indica que ello significó, en Estados Unidos, una sanción al fraude que cometía el *insider*, e incluso quien no se categoriza como aquél, cuando pudiese atribuírsele un deber fiduciario basado no en la promoción de la transparencia y la fe pública en el mercado, sino en la sanción del perjuicio a otro derivado del incumplimiento del deber fiduciario que existiría⁴³⁷.

⁴³⁶ RIED, José Miguel. 2004. Fundamentos de la prohibición del uso de información privilegiada...Op. Cit. p. 457.

⁴³⁷ RIED, José Miguel. 2004. Fundamentos de la prohibición del uso de información privilegiada...Op. Cit. p. 456.

De relevancia resultó que en 1968 una Corte del circuito de Apelaciones de Estados Unidos sancionase a un conjunto de individuos que utilizó información privilegiada indicando que existía un deber fiduciario para los *insiders* que se resolvía en la regla “*disclosure or abstain*” que indica que aquél que posee información privilegiada en función del rol que desempeña debe: o bien revelarla, o bien abstenerse de usarla en su provecho sin efectuar su revelación⁴³⁸. Así, en este caso, caratulado *SEC v Texas Gulf Sulphur Co.* se inaugura la regla maestra de la situación del *insider trading* en Estados Unidos, acerca del deber de lealtad que se le extiende, cuya trasgresión fue tomada como un fraude para con los accionistas de la compañía⁴³⁹.

En un posterior caso, *Chiarella v United States*, la jurisprudencia americana determinó que no sólo es *insider* aquel que obtiene la información derivada de su rol o del cargo específico que desempeña⁴⁴⁰, sino incluso aquel que la obtiene por su relación con alguien que desempeña ese rol e incluso fortuitamente a sabiendas de la especial calificación de la información⁴⁴¹. Es justamente en este último caso citado en donde el voto de minoría indica que la omisión en revelar la existencia y posesión de información privilegiada constituye un fraude tradicional al representar a otro un engaño que lo induce a un error y, posteriormente, a un perjuicio patrimonial dada la imposibilidad en el ejercicio libre de su autonomía, coaccionado por el desconocimiento de la información que, a su vez, se origina en base a la omisión de quien la posee⁴⁴².

Por último, una nueva fundamentación para abonar a una teoría distinta en torno al uso abusivo de información privilegiada, se originó a raíz del caso *United States v O’hanan*. En él se adoptó la teoría de la apropiación indebida en cuya virtud se aseveró

⁴³⁸ RIED, José Miguel. 2004. Fundamentos de la prohibición del uso de información privilegiada...Op. Cit. p. 457.

⁴³⁹ GREEN, Stuart. 2006. Lying, cheating and stealing...Op. Cit. p. 237.

⁴⁴⁰ En el modelo de Estados Unidos no hay una definición taxativa de los roles que se comprenderán como *insiders*. Por ello, conforme a la inicial jurisprudencia que interpretaba la regla de la *Securities Exchange Act*, se asoció a los roles directivos e influyentes de las compañías en cuanto eran ellos los que debían un rol fiduciario para con los accionistas. Luego dicho criterio de calificación del *insider* se amplió.

⁴⁴¹ GREEN, Stuart. 2006. Lying, cheating and stealing...Op. Cit. p. 238.

⁴⁴² GREEN, Stuart. 2006. Lying, cheating and stealing...Op. Cit. p. 238.

que el deber de fidelidad del *insider* se vulnera toda vez que éste último se apropia de información que pertenece a la compañía para obtener un beneficio propio, pero no necesariamente a través de la omisión en revelarla a los accionistas.

Para José Miguel Ried la “historia fidedigna” en el establecimiento de la regla norteamericana y su derivación jurisprudencial contrasta con la intención manifestada en nuestro medio, en donde se indica que la promoción o tutela de la fe pública y de la transparencia en el mercado serían los fines perseguidos, pero se menciona al modelo americano como la fuente directa de la introducción de la figura penal actualizada sobre información privilegiada.

Si bien es cierto que en determinadas instancias se indicó al modelo americano como fuente directa de nuestro esquema normativo al respecto, lo cierto es que ello no necesariamente abona a la idea de que exista tal conexión en términos irrefutables. Así, es la conceptualización de Ried la que sostiene que el modelo de protección de nuestra norma estaría enfocado en la tutela del emisor de los valores por haberse desprendido así del establecimiento de la norma en el sistema estadounidense, pero la redacción misma de la normativa, así como su considerable evolución legislativa dan cuenta de un alejamiento de aquellos fundamentos esbozados para su implementación en Estados Unidos que, o bien señala una incongruencia como denuncia Ried, o bien dan cuenta de un norte de tutela diferente.

La inicial argumentación del deber de lealtad entre *insiders* y accionistas o emisor refleja que lo único relevante era el deber fiduciario entre tales partes. En concreto, la legislación primigenia al respecto, en nuestro medio, reconocía la relación fiduciaria entre el emisor de la información y el *insider*, ya que su utilización imponía la obligación de restituir al emisor las utilidades obtenidas en virtud de operaciones en que se utilizase la información, sin contemplar inicialmente una sanción de tipo penal,

atribuyendo a la operación un carácter abusivo y/o fraudulento para con la compañía⁴⁴³.

Esta fundamentación clásica del ilícito que se comenta desconoce la amplitud actual de la figura, que sí daría cuenta de una tematización penal de tipo legítima. En el fondo, el modelo primigenio es coherente con la ausencia de una sanción de tipo penal desde el punto de vista de la tutela del orden económico, porque se encontraba basada en la relación particular entre dos partes cuya eventual tematización penal sólo podría explicarse como alguna clase de figura especial de fraude, o en virtud de una apropiación indebida y sólo si es que efectivamente se mira a la información privilegiada como un activo de tipo patrimonial⁴⁴⁴. Así, la sanción civil procedería en preferencia cuando el acto se funde en una falta de diligencia, mientras que la sanción administrativa aplica en aquellos casos de contravención regulatoria.

García Palominos indica consecuencias relevantes de adoptar este prisma. Para este autor la fase inicial, en donde la supuesta aspiración institucional se confundía con medios de protección exclusivamente individuales (restitución civil y sanción administrativa) está caracterizada por una restricción que importa que sea el emisor, y no el mercado, el elemento neurálgico que rige la desvaloración de la conducta: se comete un fraude a su confianza, ya como infracción de un deber fiduciario para con él o bien en virtud de una apropiación indebida de la información que se posee en custodia. En tal contexto, el sujeto activo del delito es limitado, así como también las transacciones u elementos objeto que podrían verse involucradas en ella: sólo aquellos que corresponden a valores emitidos por la compañía⁴⁴⁵. Se excluye, además, una fundamentación colectiva del ilícito que vea al mercado como un espacio institucionalmente tutelado⁴⁴⁶.

⁴⁴³ RIED, José Miguel. 2004. Fundamentos de la prohibición del uso de información privilegiada...Op. Cit. p. 440-441.

⁴⁴⁴ GARCÍA PALOMINOS, Gonzalo. 2013. Modelo de protección en normas administrativas y penales que regulan el abuso de Información Privilegiada...Op. Cit. p. 41.

⁴⁴⁵ PRADO, Arturo. 2003. Acerca del concepto de Información Privilegiada en el Mercado de Valores chileno: su alcance, contenido y límites. Revista Chilena de Derecho. N° 30. p. 241.

⁴⁴⁶ GARCÍA PALOMINOS, Gonzalo. 2013. Modelo de protección en normas administrativas y penales que regulan el abuso de Información Privilegiada...Op. Cit. p. 39.

Lo anterior obedeció a una fase exclusivamente inicial de tutela⁴⁴⁷.

3.3.1.2. Apertura al modelo institucional

3.3.1.2.1. Evolución legislativa

La introducción en general de la sanción al uso de información privilegiada en 1994 a través de la Ley N° 19.301 importó una serie de elementos innovadores que se introdujeron en la Ley N° 18.045 y en el mercado mismo, las que poseen dos características importantes.

La primera es que la discusión legislativa estuvo trazada por rasgos que siempre caracterizaron a la figura de la información privilegiada y a dicha institucionalidad afín, con el ánimo de lograr una confianza en la equidad y en la transparencia del sistema mismo, independiente de que, semánticamente, se haya aludido en considerables ocasiones al modelo norteamericano como ejemplo a imitar. El análisis de tal discusión así lo demuestra desde prácticamente todos las sensibilidades políticas y roles que se desempeñaron en la inserción de la figura penal⁴⁴⁸.

Por otro lado, la introducción de la figura se enmarca en transformaciones complejas que incluyeron elementos de prevención y de sanción de ciertas conductas y situaciones que alteran los valores anteriormente enumerados. La Ley pasó a definir qué es la información privilegiada, a presumir que un conjunto de operadores del mercado pueden poseerla, a exigir deberes de reserva a su respecto, establecer inhabilidades para ejercer ciertas funciones y, finalmente, sancionar de manera penal el uso abusivo de información privilegiada⁴⁴⁹. El proceso de modernización, así, se

⁴⁴⁷ BASCUÑÁN, Antonio. La regulación de la información privilegiada en el Mercado de Valores...Op. Cit. p. 88.

⁴⁴⁸ GARCÍA PALOMINOS, Gonzalo. 2013. Modelo de protección en normas administrativas y penales que regulan el abuso de Información Privilegiada...Op. Cit. pp. 42-43.

⁴⁴⁹ PRADO, Arturo. 2003. Acerca del concepto de Información Privilegiada...Op. Cit. p. 240.

enmarca en un propósito ulterior que no puede confundirse únicamente con la situación tangencial de que haya estado inspirado, en cierta medida todavía discutible, en el modelo estadounidense, sino que debe entroncarse con la tutela de una visión compleja del sistema que requiere de los elementos normativos que ya hemos definido⁴⁵⁰.

Con posterioridad hubo dos reformas relevantes. En el año 2000 a través de la Ley N° 19.705 y en el año 2009 a través de la Ley N° 20.382. La historia legislativa de ambas vuelve a dar cuenta de un interés por profundizar la confianza en el sistema, la equidad y la igualdad en el acceso a la información, poniendo énfasis en la protección de los inversionistas minoritarios y en el desarrollo de los gobiernos corporativos⁴⁵¹. De relevancia también es que, en general, la reforma amplió la cobertura de tutela en el sentido de extender los destinatarios de la norma, exigencias y sanciones administrativas vinculadas a las figuras penales e incorporó otros delitos vinculados con la tutela de la fe pública en la equidad del modelo. Ello determina, como señala García Palominos: "...que el modelo propuesto, al menos en rasgos generales, se orienta a la protección de los intereses colectivos de los participantes en el mercado, ya sea en el funcionamiento eficiente del mercado, la confianza o fe pública en ciertas condiciones de funcionamiento del mismo."⁴⁵²

Es en ese contexto en el que debe analizarse el esquema normativo de la actual configuración del tratamiento del uso de información privilegiada en la Ley N° 18.045.

3.3.1.2.2. Configuración normativa actual

En cuanto un análisis de la estructura y sistemática normativa es un paso relevante para delimitar el alcance y efectuar una caracterización institucional de la

⁴⁵⁰ GARCÍA PALOMINOS, Gonzalo. 2013. Modelo de protección en normas administrativas y penales que regulan el abuso de Información Privilegiada...Op. Cit. p. 43.

⁴⁵¹ GARCÍA PALOMINOS, Gonzalo. 2013. Modelo de protección en normas administrativas y penales que regulan el abuso de Información Privilegiada...Op. Cit. pp. 43-44.

⁴⁵² GARCÍA PALOMINOS, Gonzalo. 2013. Modelo de protección en normas administrativas y penales que regulan el abuso de Información Privilegiada...Op. Cit. p. 45.

sanción de la utilización de información privilegiada, se tratará de argumentar acerca de por qué dicho análisis refleja efectivamente una tutela de tipo institucional que implica exigencias de conducta y expectativas que a su vez son condescendientes con el baremo que presupone que toda tematización penal-económica debe sostener un orden económico protector del mercado como espacio de intercambio, elevando a bienes protegidos ciertas exigencias del sistema que se señalarán⁴⁵³.

Para García Palominos el análisis debe centrarse en tres elementos configurativos del tipo penal contemplado en la letra e) del artículo 60: el concepto de valor o instrumento financiero, el concepto de información privilegiada y los destinatarios de la norma⁴⁵⁴.

El concepto de valor o instrumento financiero con que se relaciona la letra e) del artículo 60 de la Ley es equivalente a “valores de oferta pública”. La amplitud de dicha noción es casi total y no se restringe al Mercado de Capitales en sentido estricto, vale decir, a la relación tradicional entre emisor de un título y el adquirente, sino que en general a la transacción de toda clase de títulos de participación, deuda o bonos, por ejemplo, lo que permite inferir su vinculación al mercado financiero en general⁴⁵⁵.

Luego, la norma exige que los sujetos del delito usen deliberadamente información privilegiada y, como se sabe, es el artículo 164 de la Ley el que define lo que se entiende por aquella. Dicha definición no da cuenta de estarse refiriendo a un bien patrimonial del emisor puesto que incluye, por ejemplo, información que puede no ser de su propiedad, sino que es exclusivamente “de mercado”⁴⁵⁶. Al contrario, instaura un paradigma referido a la información como un intangible esencial para el inversor⁴⁵⁷.

⁴⁵³ *Ibidem*.

⁴⁵⁴ GARCÍA PALOMINOS, Gonzalo. 2013. Modelo de protección en normas administrativas y penales que regulan el abuso de Información Privilegiada...Op. Cit. pp. 43-ss.

⁴⁵⁵ GARCÍA PALOMINOS, Gonzalo. 2013. Modelo de protección en normas administrativas y penales que regulan el abuso de Información Privilegiada...Op. Cit. p. 46.

⁴⁵⁶ En el contexto de la información que el mercado produce y maneja en torno a un título. Su soporte y contenido puede ser amplísimo. Así, en: BASCUÑÁN, Antonio. La regulación de la información privilegiada en el Mercado de Valores...Op. Cit. p. 91.

⁴⁵⁷ GARCÍA PALOMINOS, Gonzalo. 2013. Modelo de protección en normas administrativas y penales que regulan el abuso de Información Privilegiada...Op. Cit. pp. 47-48.

Lo que hay, es que la información debe tener la característica de “influir en el valor de oferta pública” entendido aquello como la previsibilidad y la indexación en el precio de los elementos informativos, lo que puede efectuar quien adquiere el título en el mercado (quien invierte), pero no entendida la misma como la factibilidad de que su utilización abusiva perjudique patrimonialmente a su emisor lo que, como se vio, se relacionaba con la compañía y sus accionistas o dueños⁴⁵⁸.

Otro elemento que contradice la noción de información privilegiada como un bien patrimonial de propiedad del emisor es la profusa exigencia de develación que hace la ley, sumado a las trabas que la misma dispone para calificar cierta información como “reservada”⁴⁵⁹. El estatuto actual del tratamiento de la información privilegiada en la Ley N° 18.045 se relaciona con que ella es un elemento de indexación al precio que debe ser conocida por quienes invierten. Así, los artículos 9 y 10 de la ley obligan a develar información relevante y hacerlo de manera continua, estableciendo importantes requisitos para calificar como reservada cierta clase de la misma, lo que importa extraerla del mercado. En ese sentido, la letra a) del artículo 59 sanciona especialmente la maliciosa falta de veracidad en dicha información aportada⁴⁶⁰.

Por último, el círculo de autores del delito es contemplado en el artículo 166, hecha la referencia que efectúa la letra e) del artículo 60. La enumeración que el mismo artículo otorga es bastante amplia e incluye sujetos que poca o escasa fidelidad deben al emisor de la información, al punto que la letra f) de la norma incluye a aquellos que habitan el mismo domicilio de otros sujetos enumerados en este listado⁴⁶¹. En dicha sistemática el artículo 166 hace una enumeración extensiva de los posibles sujetos activos del delito incluyendo *insiders* primarios y secundarios y hasta *outsiders*

⁴⁵⁸ GARCÍA PALOMINOS, Gonzalo. 2013. Modelo de protección en normas administrativas y penales que regulan el abuso de Información Privilegiada...Op. Cit. pp. 49-51.

⁴⁵⁹ BASCUÑÁN, Antonio. La regulación de la información privilegiada en el Mercado de Valores...Op. Cit. p. 89.

⁴⁶⁰ ONFRAY, Arturo. 2001. Ilícitos contra la información...Op. Cit. p. 73.

⁴⁶¹ GARCÍA PALOMINOS, Gonzalo. 2013. Modelo de protección en normas administrativas y penales que regulan el abuso de Información Privilegiada...Op. Cit. pp. 51-52.

propriadamente tales, mientras que el artículo 167 prolonga dicha calidad, ahora en la de *ex insider* (en términos de Bascuñán⁴⁶²), respecto de todos los sujetos señalados.

La tutela institucional que señala García Palominos está caracterizada por, en primer lugar, abandonar el paradigma patrimonial que argumentaba en torno a un deber fiduciario entre *insider* y compañía⁴⁶³. Dicho abandono, por su parte, sitúa a la figura de información privilegiada como tutelando elementos rectores del sistema que lo permean en su generalidad.

Así, si se busca indicar que el tópicó en cuestión ve al mercado financiero y bursátil como un rango extendido que no se agota en las transacciones en bolsa, que utiliza un concepto amplio de información privilegiada desde el punto de vista de asociarla a su relevancia para el inversor y para quienes operan en el mercado y, por último, que son potenciales sujetos activos un conjunto amplio de individuos acorde a una enumeración extensa, señalándose así que el desvalor de la acción se desliga de su autor como elemento central, la tutela institucional se hace sinónimo de la prevalencia de un orden económico que valora al sistema en sí mismo como espacio de posibilidad de intercambio.

Dicho espacio de intercambio requerirá la confianza, en términos de convicción y seguridad, de que los concurrentes al mercado operarán en igualdad de oportunidades ante la existencia y distribución de información, no en un sentido idealizado de igualdad aritmética⁴⁶⁴, sino que vinculada a la proscripción de que información relevante o privilegiada, cuya característica principal es influir sustantivamente en el valor de una operación, no sea asequible para todos, creándose una distinción arbitraria o considerablemente evitable, que altera la equidad del sistema descrito y los requisitos de fe o confianza en su operación transparente y

⁴⁶² BASCUÑÁN, Antonio. La regulación de la información privilegiada en el Mercado de Valores...Op. Cit. p. 93.

⁴⁶³ BASCUÑÁN, Antonio. La regulación de la información privilegiada en el Mercado de Valores...Op. Cit. p. 88.

⁴⁶⁴ En atención a la crítica de la postura clásica o no institucional que indicaba que el objetivo de igualdad de posiciones absoluta en el mercado era un imposible. Así, 3.1.1.1.

equitativa. Por ello concluye muy bien Bascuñán al indicar: "...el insider trading no constituye primariamente un atentado contra el interés patrimonial del emisor, sino un atentado contra la integridad del mercado de valores, o, si se quiere, contra la confianza de los inversionistas en esa integridad, y en esa medida en definitiva un atentado contra el eficiente funcionamiento del mercado financiero."⁴⁶⁵

3.3.1.2.3. "Outsider"

Hemos denominado a los ilícitos contemplados en las letras g) y h) del artículo 60, como referidos a un *outsider* por no exigir como sujeto activo a alguno de los roles individualizados en el artículo 166, sin perjuicio de que las normas no excluyen a los denominados *insider*.

De la lectura de la letra g) del artículo 60 sería posible colegir una amplitud en la extensión de casos de uso abusivo de información privilegiada y, como se dijo⁴⁶⁶, es relevante comprender si es que se podría atribuir responsabilidad a aquel que por azar tuvo acceso a información privilegiada.

Green otorga una idea general para responder a esta pregunta indicando que aquél sujeto, que sin poder ser considerado como un *insider* formal –en nuestro sistema, sin estar contemplado en el artículo 166- pero que accede a información privilegiada a sabiendas de la calificación y relevancia de la misma y la utiliza en concordancia con ello, se encuentra en idéntica posición que el *insider* tradicional. Sin embargo, aquel que por azar se encuentra en posesión de información privilegiada y la utiliza sin tener conocimiento de la ventaja que le asiste, no es culpable de configurar el injusto comentado, ya que, en el funcionamiento ordinario del mercado, no se le pueda imputar un deber que busque evitar tal inequidad. Ilustra ello con la siguiente metáfora: quien, por ejemplo, pincha las ruedas de la bicicleta de su competidor en una carrera de tal tipo comete un injusto que no comete aquel que sólo continúa

⁴⁶⁵ BASCUÑÁN, Antonio. La regulación de la información privilegiada en el Mercado de Valores...Op. Cit. p. 89.

⁴⁶⁶ 3.2.3.

pedaleando mientras el competidor pierde tiempo reparando la rueda que averió fortuitamente. Crear aquella desventaja comparativa es muy distinto de arribar a ella de manera azarosa⁴⁶⁷.

Una última diferencia, que distingue al caso del *insider* con el caso del *outsider*, es que respecto del primero se sanciona desde ya su simple operación en el sistema en posesión de información privilegiada. En efecto, la norma de la letra g) del artículo 60 requiere que la operación efectivamente persiga un beneficio o evite una pérdida, lo que no se exige para los casos contemplados en la letra e). Creemos que es expresión de la necesidad de sancionar el caso de la asimetría inequitativa y su ejercicio abusivo, comentado en lo inmediatamente anterior.

Por su parte, la letra h) del artículo 60 contempla el delito de divulgación de información privilegiada para la obtención de un beneficio. Este delito constituye más bien una modalidad del delito de uso abusivo de información privilegiada, en cuanto se sanciona a aquel que divulga la información, independiente de su rol dentro del mercado, con el objeto de obtener un beneficio a través de una operación. Ejemplo de ello sería el caso de aquel sujeto contemplado en el artículo 166 que, para burlar la norma, se concierta con un *outsider* a objeto de que sea este último quien concrete el negocio. Si no estuviese contemplada tal modalidad, sería la forma en que más concreta e impunemente operaría el *insider*.

Esta última norma permite además abonar a la idea del reconocimiento de la regla de revelar o abstenerse como vía de escape de la responsabilidad penal por operar en posesión de información privilegiada. En efecto, no sanciona su simple divulgación en cuanto apropiación de un bien intangible de la compañía (ello se podría relacionar eventualmente con otros ilícitos como revelación de secreto de industria del artículo 284 del Código Penal)⁴⁶⁸ sino su divulgación con el ánimo de verse beneficiado

⁴⁶⁷ GREEN, Stuart. 2006. Lying, cheating and stealing...Op. Cit. p. 242.

⁴⁶⁸ GARCÍA PALOMINOS, Gonzalo. 2013. Modelo de protección en normas administrativas y penales que regulan el abuso de Información Privilegiada...Op. Cit. p. 55.

a través de una operación bursátil y, como se dijo, este caso podría aplicar para el *insider* que la revela a un *outsider* para que sea este último el que efectúe la operación o derechamente para el caso de un *outsider* que accede a la información y la divulga en miras al beneficio.

Así estructuradas las normas, lo relevante para el caso del análisis del *outsider* es que son tenidos como normas de clausura general que amplían los destinatarios de los deberes⁴⁶⁹.

En atención a la finalidad de dar una protección de tipo institucional al mercado de capitales, la que se manifestó en las sucesivas reformas estudiadas, es importante reparar en la evolución que significó la ley N° 20.382 para estas figuras. Con su introducción, el artículo 165 pasó de imponer determinados deberes respecto de aquellos que *tengan acceso o accedan* a información privilegiada, a hacerlo respecto de aquellos que *estén en posesión* de la misma, para lo cual entendió que la posesión de aquella es sinónimo de conocimiento de su calidad de tal, y en tal situación podrán estar aquellos sujetos que la obtienen en virtud de su cargo, profesión o actividad o por estar relacionados con ellos o con los individuos de la enumeración del artículo 166, en cuanto requisito de inferencia de la posesión. Como bien indica Bascuñán, hay aquí una manifestación absolutamente contraria a la fundamentación tradicional, patrimonialista o no institucional del injusto y un acercamiento decidido a la tutela de la equidad y de la simetría en la información, por cuanto se amplía el ámbito de incumbencia mucho más allá de la relación societaria entre emisor (supuesto dueño del valor y de la información) e iniciado o *insider*⁴⁷⁰, al extremo si se mira la posibilidad de que el conviviente de un *insider* pueda ser sujeto activo del delito sin tener mayor relación con el emisor.

⁴⁶⁹ GARCÍA PALOMINOS, Gonzalo. 2013. Modelo de protección en normas administrativas y penales que regulan el abuso de Información Privilegiada...Op. Cit. p. 52.

⁴⁷⁰ BASCUÑÁN, Antonio. La regulación de la información privilegiada en el Mercado de Valores...Op. Cit. pp. 102-109.

De esta manera la sanción de la utilización de información privilegiada por parte del *outsider* demuestra un interés de tutela que, en primer lugar, pone y reafirma el acento en el inversor y, luego, en la información privilegiada como elemento integrante del mercado. Lo que viene en sancionar es el aventajamiento injustificado de aquel que, aun teniendo una relación más difusa con el emisor, obtiene un beneficio no justificado y, al sancionar aquello, reafirma la aspiración en la igualdad de oportunidades, equidad y transparencia en el mercado.

En conclusión, el entramado institucional sobre Mercado de Valores protege al sistema como un todo, proponiendo un modelo de tutela institucional el cual señala que resulta de relevancia el correcto funcionamiento del mismo desde la óptica de la posibilidad de ejercicio de libertad que él representa, sin reparar en el interés exclusivo de algún o algunos actores, como el emisor, sino que aspirando a una exigencia de deberes, posibilitación de expectativas y sanción de conductas que vulneran al mercado mismo. Es en tal preferencia normativa, de valorización especial del mercado como objeto de tutela, donde debe ubicarse el bien protegido por la sanción a la utilización de información privilegiada, reconociéndose además al estatuto penal contenido en la Ley N° 18.045 como un caso de expansión tolerada y justificada del Derecho Penal.

3.3.2. ¿Qué tutela el delito de uso de información privilegiada?

En consonancia con Gonzalo García y Antonio Bascuñán, se ha demostrado sobradamente que, incluso cuando es posible entrever una inicial fundamentación patrimonialista en la lesividad del delito de uso abusivo de información privilegiada, no es ésta la que actualmente permea dicho catálogo penal, sino que el mecanismo general que asegura un estándar de transparencia y accesibilidad a la información en el mercado lo hace en consideración a que el sistema opere sostenido por dichos pilares sin especial consideración de un determinado concurrente en específico.

La introducción misma de los delitos que estamos comentando, así como posteriores modificaciones a la original Ley N° 18.045, contribuyeron a que pueda reconocerse a la normativa sobre información privilegiada como un modelo de tipo institucional que ampara sistemas y subsistemas de tutela, con sanciones y deberes positivos de cumplimiento de aquello y que, dada la amplitud en la cobertura de sus tipos penales (objeto de la operación, noción de información privilegiada y potenciales sujetos activos) nos hace concluir que se busca sostener un entramado normativo común que, a su vez, busca la confluencia de los sujetos bajo ciertos estándares y expectativas compartidas⁴⁷¹.

La amplitud que se ha ido dando a la figura, hasta el punto de incluir como sujetos activos a destinatarios de la norma que poseen una caracterización que hemos denominado como de *outsider*, confirma lo anterior.

3.3.2.1. Delito de uso de información privilegiada como delito de peligro abstracto

Retomando las categorías que fueron revisadas en los capítulos anteriores como características del Derecho Penal Económico, veremos la relevancia del hecho de que el delito de uso de información privilegiada, en sus formas contempladas en las letras e), g) y h) del artículo 60 de la Ley de Mercado de Valores, pueda caracterizarse como delito de peligro abstracto.

Acertadamente, el autor peruano José Reaño distingue aquellos modelos de sanción criminal para el uso de información privilegiada que integran o no en su tipo la exigencia de causación de un perjuicio pecuniario concreto y/o cuantificable, en contraste con aquellos modelos que no lo requieren⁴⁷². Ejemplo paradigmático del

⁴⁷¹ GARCÍA PALOMINOS, Gonzalo. 2015. La idealización y la administrativización...Op. Cit. pp. 124-125.

⁴⁷² REAÑO, José Leandro. 2001. La problemática del bien jurídico protegido en el delito de *insider trading*...Op. Cit. p. 347.

primer caso era el Código Penal español antes de la última reforma sobre la materia que se ajustó a la redacción del reglamento de la Unión Europea al respecto (2014)⁴⁷³.

La relevancia de esta distinción es que permite sostener con mayor plausibilidad cuáles son los casos de tipificación penal de *insider trading* y sus figuras asociadas que a todas luces pueden catalogarse como delitos de lesión y, por otro lado, como delitos de peligro.

Así, cuando la tipificación del *insider trading* incluye entre sus elementos típicos la causación descrita, la calificación del delito como de lesión, así como la identificación de un modelo de tutela patrimonial, resultan más patentes. En paralelo, la ausencia del requerimiento de un perjuicio patrimonial efectivo exige la identificación de un esquema punitivo, así como de una estructura típica, que apuntan a la protección del sistema como un todo sin especificar la tutela de algún concurrente en específico⁴⁷⁴ (ya vimos que el modelo institucional de fundamento de las sanciones de tipo penal y administrativa también sostenían aquello).

En nuestro medio, la actual configuración típica de los delitos que comentamos no exige la producción de un perjuicio cuantificable. La letra e) del artículo 60 dispone que se sancionará a aquél que cometa la conducta típica allí descrita sin hacer alusión alguna a un perjuicio o a una ganancia para sí. Por su parte, las letras g) y h) exigen el desarrollo de la conducta *con objeto de obtener un beneficio pecuniario o evitar una pérdida*, lo que puede ser entendido en términos neutrales ya que el beneficio propio obtenido (que puede entenderse como la evitación de una pérdida) no requiere a su vez perjuicio para la contraparte.

⁴⁷³ El antiguo artículo 285 del Código Penal de España (CPE) exigía que la operación en utilización de información privilegiada provocase un daño superior a 75 millones de pesetas. Dogmáticamente dicho daño sólo podía comprenderse como perjuicio para la contraparte en la operación. La actual redacción de los artículos 284 y 285 CPE

⁴⁷⁴ REAÑO, José Leandro. 2001. La problemática del bien jurídico protegido en el delito de *insider trading*...Op. Cit. p. 346.

Así, este delito puede verificarse en negociaciones en donde ambas partes ganan y en que el emisor, por ejemplo, efectúa satisfactoriamente la venta del título respectivo mientras que el adquirente su compra, arribando a aquella ventaja que no habría obtenido en desconocimiento de la información privilegiada.

Tras excluirse la exigencia de una lesión en específico, esta configuración típica nos sitúa en la identificación del bien jurídico protegido partiendo desde la caracterización del delito como de peligro abstracto. Delitos de peligro abstracto son aquellos que, como se indicó⁴⁷⁵, abarcan el injusto atentatorio contra bienes jurídicos colectivos, puesto que no requieren una lesión o merma concreta en el bien que tutelan. Para ellos basta que se configure una especial afectación que pone en peligro al bien tutelado.

Somos de la idea de identificar el bien jurídico tutelado con el funcionamiento equitativo del Mercado de Valores, en el sentido de exigirse en él la proscripción de las ventajas fraudulentas o injustificadas y, por tanto, inequitativas⁴⁷⁶. Lo anterior exige la presencia de un conjunto no menor de principios rectores del espacio los que, en atención a nuestra idea de orden económico de relevancia penal⁴⁷⁷, permiten que en él se despliegue la autonomía y se ejercite la libertad de cada persona que accede.

La idea anterior se ve reforzada con el hecho de que la información disponible es un elemento que debe ser internalizado por el inversor y, en dicho contexto, incidente en la formación del precio. En tal contexto, el problema de la propiedad de información que no pueda ser en caso alguno revelada al mercado se resuelve por las disposiciones que permiten, conforme a la misma legislación de Mercado de Valores, calificarla como de oculta o reservada y la violación de aquella clasificación normativa debiese resolverse en atención al delito de revelación de secreto de industria.

⁴⁷⁵ 1.5.2.

⁴⁷⁶ REAÑO, José Leandro. 2001. La problemática del bien jurídico protegido en el delito de *insider trading*...Op. Cit. p. 347.

⁴⁷⁷ 2.1.5.3.1.

Continuando con la argumentación de la búsqueda de la equidad en el espacio, Stuart Green califica al injusto de este delito como un caso en que se defrauda⁴⁷⁸, en donde lo relevante, y lo que determina el injusto, es la obtención de un beneficio ilegítimo en perjuicio de otro⁴⁷⁹.

La transparencia y la fe pública son fundamentales en el Mercado de Capitales, siendo relevante que exista una igualdad de posibilidades de acceso a la información y que todos los partícipes del mercado lo hagan en igualdad de condiciones con respecto a ello. De allí que la lesividad del delito, como se verá, esté constituida por coartar tal posibilidad de acceso y tal igualdad de condiciones, beneficiándose ilegítimamente en virtud de aquello el sujeto activo⁴⁸⁰.

Luego, aquella asimetría de información que deriva de utilizar en beneficio propio información de clase privilegiada sí puede calificarse como inequitativa ya que, quien así actúa, parte desde una base ilegítimamente superior o beneficiada en comparación con quien no posee dicha información. Por ello, *a contrario sensu*, lo equitativo es que todos operen en igualdad de condiciones y se exija, a quienes tengan acceso a la información que no es pública en el mercado y determinante para el mismo, un deber de fidelidad de revelarla o de no utilizarla en su beneficio.

Creemos que la manera posible de conectar aquello con la determinación de un bien jurídico que contornee un orden económico en el Mercado de Capitales pasa por asimilar que, en este punto, el funcionamiento equitativo del mismo requiere de una transparencia y una fe pública en el mercado que deben ser concebidas como la igualdad de condiciones en el acceso a la información, vistas como la posibilidad de

⁴⁷⁸ Stuart Green diferencia entre *cheating* y *lying*. Conforme a eso debiésemos comprender, en principio, que toda vez que Green se refiere a casos comprendidos en la conducta *cheating* hace alusión a la estafa, mientras que toda vez que se refiere a casos comprendidos en la conducta *lying*, hace alusión a la simple verbalización de una mentira. Creemos que para nuestra tradición ello no es exacto ya que la estafa, en sede penal, requiere un tratamiento complejo que no necesariamente se condice con lo que Green busca conceptualizar para el caso del *insider trading* como un caso de *cheating*. Puede entenderse, entonces, que el injusto moral de la conducta de *cheating* consiste en defraudar a otro, o defraudar un deber, con el objeto de obtener un beneficio propio que, de haberse seguido las reglas, no se habría obtenido.

⁴⁷⁹ GREEN, Stuart. 2006. *Lying, cheating and stealing...*Op. Cit. p. 240.

⁴⁸⁰ GREEN, Stuart. 2006. *Lying, cheating and stealing...*Op. Cit. p. 241.

acceder a la disponibilidad total de aquella información pública y la confianza de los individuos en la factibilidad de su obtención, proscribiéndose así la existencia de asimetrías inequitativas que sitúen de manera injustificada a algún operador del sistema en posición aventajada respecto del resto.

La transparencia integrante del funcionamiento equitativo del Mercado de Valores se relacionará inmediatamente con la disponibilidad material de toda aquella información que cumpla con el carácter de ser privilegiada, en atención a la definición legal, por lo que su posesión impone el deber de “revelar o no utilizar” como “vía de descarga” de una potencial responsabilidad penal.

Por otro lado, la confianza o fe pública en este funcionamiento equitativo se condice con la expectativa de los concurrentes (inversores) de que no hay posiciones injustamente aventajadas y que por tanto su esfuerzo desplegado se encuentra efectivamente amparado por un esquema normativo que tiende a que la institución (el sistema o mercado en sí) sea justa. Ello les influye seguridad para la participación (recuérdese la idea de marco de seguridad para el disfrute de los bienes jurídicos individuales).

Así, el funcionamiento equitativo del mercado, como sinónimo de transparencia (disponibilidad material de la información) y confianza pública en el sistema (como marco de seguridad que habilita a la participación), es el bien jurídico tutelado por este delito. Como se verá a continuación, el injusto atentatorio que el mismo produce radica en aquella lesión *sui generis* que en este caso es consistente en restringir la posibilidad de participación equitativa en el mercado.

3.3.2.2. Lesividad del delito de uso de información privilegiada

El correcto funcionamiento del Mercado de Valores sostiene la concurrencia de actores en el mismo, requisito fundamental para su existencia, considerando asimismo que “El buen funcionamiento de los mercados de valores y la confianza del público en

los mercados son requisitos imprescindibles para el crecimiento económico y la riqueza⁴⁸¹.

Como argumenta Green, en el funcionamiento equitativo del Mercado de Valores hay un contenido material que se vincula de inmediato con la posibilidad del ejercicio de la autodeterminación. Sin él, la capacidad de ejercicio, respaldada desde el orden constitucional, es una ilusión, y su lesión a través de la comisión de los delitos de uso abusivo de información privilegiada conlleva un retroceso en el ejercicio de la libertad personal al cercenar la exigencia de que el espacio estará atravesado por una normativa que tutele la equidad.

Habiéndose expuesto el planteamiento de Urs Kindhäuser como el más acertado en torno a la lesividad general de los delitos de peligro abstracto, se estableció que la idoneidad de aquellos para provocar una lesión al bien tutelado viene dada por una especial capacidad de coartar la posibilidad de ejercicio de la libertad que asiste a todo individuo⁴⁸².

A la vez, caracterizándose al equitativo funcionamiento del Mercado de Capitales como un entramado normativo que permite de manera efectiva la concurrencia de los agentes inversores en él, por cuanto importa la proscripción de las ventajas ilegítimas e injustificadas, en consonancia además con un modelo general de protección institucional del sistema, su tutela penal apunta a sancionar a aquel que, en utilización de información privilegiada, toma ventaja ilícitamente en relación al resto de los participantes en el mercado, lesionando la integridad del mercado y la confianza de los agentes en su funcionamiento, lo que provocará, mediatamente, la restricción del acceso de otros agentes al espacio de intercambio.

En efecto, y como se indicaba con Green en el punto inmediatamente anterior, la decisión de inversión y de transar en el mercado se verían profundamente limitadas

⁴⁸¹ Considerando segundo del Preámbulo del Reglamento del Parlamento Europeo sobre abuso de mercado (Nº 596/2014). Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea del 12 de Junio de 2014.

⁴⁸² 1.5.3.1.

si los concurrentes supieran, de antemano, que existen aventajados que se encuentran en una mejor posición informativa por la exclusiva razón de que el sistema lo tolera.

Los agentes concurren al mercado bajo la expectativa normativa de que existe una igualdad de oportunidades en el acceso a la información. Quien utiliza información privilegiada defrauda esa expectativa. La única forma de garantizar normativamente la integridad del sistema es mediante la sanción de aquellos que actúan con información privilegiada, demostrando que la expectativa de igualdad de oportunidades en el acceso de información sigue valiendo en el sistema. Si el sistema no sanciona a aquél que opera con información privilegiada, simplemente modifica el carácter de la expectativa de acceso equitativo, desde una expectativa normativa (con respaldo legal) a una expectativa cognitiva que debe ser modificada por el agente como aprendizaje. Así, en un sistema en donde no se sanciona –realmente- el uso de información privilegiada, los concurrentes tendrán que hacerlo sabiendo que no existe una expectativa real de acceso equitativo a la información.

Por tanto, para que se permita la concurrencia en el mercado, debe existir la expectativa de que el funcionamiento institucional del mismo es equitativa. Con la comisión de la conducta de utilización de información privilegiada la expectativa, que no se verifica, se internaliza en la decisión de inversión y participación de los concurrentes quienes tenderán a restarse del espacio al ver que su posibilidad de beneficio es menor.

Ahora bien, la utilización de dicha ilegítima posición aventajada, a sabiendas, por parte de quien ejecuta la conducta, no puede sino significar una configuración de la libertad personal que viene inexcusablemente a defraudar esta expectativa de que el sistema en cuestión sea equitativo y justo. Justamente en dicha expectativa, de que exista la posibilidad material de que todo concurrente tenga acceso a la información disponible, descansa el hecho de que el Mercado de Valores sea un real espacio de intercambio libre. Cuando la misma no existe o se ve restringida, el espacio ya no es

más uno de intercambio libre, debido a que la inequidad en la posesión de información predispondrá a unos para sacar ventajas injustificadas por sobre otros.

El último reglamento de la Unión Europea sobre la materia califica lo descrito, indicando lo que sigue. “La característica esencial de la operación con información privilegiada consiste en obtener una ventaja injusta a partir de información privilegiada en detrimento de terceros que desconocen la información y, por tanto, en el menoscabo de la integridad de los mercados financieros y la confianza de los inversores. Por consiguiente, la prohibición de operar con información privilegiada debe ser aplicable cuando una persona que posee información privilegiada obtiene una ventaja injusta del beneficio conseguido a partir de dicha información...”⁴⁸³

En adición, y tomando en cuenta que el equitativo funcionamiento del Mercado de Valores requiere además la disponibilidad material de la información disponible, la comisión del delito que se comenta afecta sustancialmente aquella disponibilidad al restar información que debe ser internalizada o indexada en los precios. Como se indicó en el punto anterior, cobra aquí sentido también la regla de “revelar o abstenerse” por cuanto pasa a constituirse como el mecanismo de exención de responsabilidad derivada de haber creado el especial tipo de injusto descrito a través de la sustracción de contenido informativo esencial. Así, tanto quien revela como quien se omite de operar en posesión de información privilegiada, no altera la equidad del sistema.

De lo anterior se concluye, que este funcionamiento equitativo, en cuanto bien jurídico, es el mecanismo posibilitador del ejercicio de la libertad en el sistema Mercado de Valores y que el daño lesivo que representa el delito comentado no radica en trastocar el marco de seguridad que permite la autodeterminación económica en él, definición que se encuadra con lo que ya se ha estipulado para el caso de los bienes jurídicos de titularidad colectiva y su tutela a través de delitos de peligro.

⁴⁸³ Considerando vigésimo tercero del Preámbulo del Reglamento del Parlamento Europeo sobre abuso de mercado (N° 596/2014). Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea del 12 de Junio de 2014.

3.4 Conclusión: Delito de uso de información privilegiada y Derecho Penal Económico

Tanto en el presente como en el anterior capítulo se ha intentado justificar la legitimidad del Derecho Penal Económico y del delito de utilización de información privilegiada en el Mercado de Valores, no exclusivamente desde la óptica dogmática circunscrita a señalar de qué manera se cumple con el baremo de protección de bienes jurídicos, sino que también desde un punto de vista relacionado más bien con la política criminal, buscándose graficar que este apartado del Derecho Penal es un caso especial de expansión tolerada y necesaria del mismo.

Cronológicamente, se situó al delito de utilización de información privilegiada como perteneciente a un bloque especial de un Derecho Penal moderno para nuestra legislación el que, en una sistemática revolucionaria para la calidad y cuantía de intervención penal existente a la época sobre la materia, importa un verdadero hito, haciendo meritorio su análisis y crítica.

En el contexto de tal entramado legal ha sido esencial reparar en que el modelo de protección que sostiene la Ley N° 18.045, actualmente, conforme además con los análisis más pormenorizados de Gonzalo García Palominos y Antonio Bascuñán Rodríguez, es de tipo institucional y no patrimonial y de ello se concluye que la aspiración de equidad en la información privilegiada así como la sanción de su utilización abusiva –administrativa y penal- cobran valor al ver al sistema en sí mismo como susceptible de tutela y no en referencia a algún concurrente en específico como se desarrolló la proscripción de esta conducta en la jurisprudencia norteamericana. En este punto, el esquema institucional parece acercarnos mucho más a las actuales aspiraciones de intervención que la normativa europea sostiene al respecto.

Conclusión relevante es que los delitos de utilización de información privilegiada, contenidos en las letras e), g) y h) del artículo 60 de la Ley N° 18.045, se

presentan como delitos de peligro abstracto, no requiriendo una lesión en específico, material o cuantificable.

Por su parte, identificándose al bien jurídico tutelado por dichos delitos como el equitativo funcionamiento del Mercado de Valores, se hace aquello sinónimo de dos elementos centrales requeridos para que el mercado cumpla un rol promotor de intercambio libre: primero, la transparencia, entendida como la disponibilidad material de aquella información que es privilegiada y, por ende, relevante al mercado. Segundo, la confianza o fe pública en el mercado, vistas como la expectativa de todo eventual concurrente de que el espacio no estará atravesado por posiciones ilegítimamente aventajadas en perjuicio de su propio ejercicio. Esto se deriva inmediatamente de la argumentación de Stuart Green que define al delito de *insider trading*, en gran medida, como la obtención de una ventaja ilegítima en perjuicio de otro, vale decir, un beneficio que requiere una pérdida paralela y no justificada para otro concurrente.

Esta pérdida injustificada se relaciona a su vez con la lesividad del delito que se ha analizado, la que viene dada por restringir directamente la capacidad de ejercicio y autodeterminación de los potenciales individuos concurrentes al mercado. Esto, como argumentó Urs Kindhäuser, es el injusto lesivo tradicional de los delitos de peligro abstracto, el que se plantea como especial o *sui generis* dada la necesidad de estimar que los delitos del Derecho Penal Económico no pueden ser criticados desde la óptica tradicional de los tipos de lesión, dándose cuenta así de la autonomía conceptual del apartado.

Así, en conformidad al criterio que hemos establecido con anterioridad, consistente en indicar que una intervención criminal es legítima en cuanto ampara un bien jurídico de manera idónea, el injusto lesivo de este delito justifica aquella criminalización.

CAPÍTULO 4: CONCLUSIONES GENERALES

La presente investigación se inició argumentando que el Derecho Penal local, no únicamente como entramado sustantivo, sino que en relación además con su aplicación en concreto, daban cuenta de una distinción entre una delincuencia que entenderemos como común y una delincuencia que en relación a esta última es especial, circunscrita a un Derecho Penal que sanciona conductas cometidas por sujetos activos “diferentes” y que ampara bienes e intereses a los que comúnmente no ha prestado atención la reacción punitiva, entre ellos el económico y, así, el Derecho Penal Económico.

La distinción anteriormente referida no sería en especial novedosa ya que daría cuenta de la caracterización del Derecho Penal actual en la gran mayoría de los ordenamientos: uno que prefiere la penalización de la delincuencia tradicional y la persecución del delincuente violento o “callejero” por sobre la intromisión en los asuntos de los poderosos y la sanción a las conductas que, ejecutadas por estos últimos, producen una lesividad social considerable.

En dicho contexto, Bernd Schünemann constató que el fenómeno de la delincuencia y la reacción ante ella sostienen una vocación de sanción “de clase” que hace meritoria una sanción en protección de bienes e intereses tradicionales, pero que se opone a la modernización del Derecho Penal, otorgando espacios de impunidad no justificados.

De tal manera, se ha propuesto buscar justificar la intervención del Derecho Penal en el plano económico no únicamente por establecer una fundamentación plausible en el seno de la discusión dogmática, sino que por referir en favor de lo idóneo de una política criminal que asuma la necesidad de modernización y superación del estado pre-moderno del Derecho Penal en cuanto sinónimo de impunidad e inequidad en el acento de la tematización y reacción penales.

En base a la dicha motivación, se sostuvo que el Derecho Penal en general se legitima en virtud de un conjunto de principios rectores, entre los que se incluye aquel que postula que la norma penal tutela bienes jurídicos y que la lesión de los mismos merece reproche penal. Con todo, tal conclusión no es expedita puesto que se extrae de una discusión dogmática ya tradicional acerca de los fines que persigue el Derecho Penal.

Para el caso del Derecho Penal Económico, visto como la intervención penal en el orden que permite y sostiene la autodeterminación económica, se dijo que tal fundamentación requiere de un contenido especial de legitimidad dado por la tutela de bienes jurídicos colectivos a través de delitos de peligro abstracto.

Luego, la pregunta por el interés que el Derecho Penal debe manifestar para efectivamente tutelar el mercado es exactamente la pregunta que se ha respondido al indicar que el Derecho Penal Económico significa una expansión tolerable del mismo y que la oposición a dicha modernización es sinónimo de apostar por un Derecho Penal de privilegios y anquilosado.

En efecto, que el Derecho Penal tutele el Mercado de Capitales significa que reconoce en él un espacio de intercambio en donde se ejerce la libertad de cada persona y que reconoce además la necesidad de su tutela en virtud de significar la proscripción de la impunidad de quien abusa de la configuración de libertad personal para obtener una ventaja injustificada, afectando los pilares que sostienen la concurrencia de otros agentes en un espacio verdaderamente equitativo. Si esta impunidad se mantuviese vigente, el “buen Derecho Penal” que denunciaba Bernd Schünemann, como sinónimo de pre-modernidad, vuelve a cobrar vida y ello se vislumbraría también si se adoptan las tesis que optan por entender el injusto atentatorio de esta conducta como una simple vulneración patrimonial entre privados o como una única trasgresión regulatoria.

En atención a lo anteriormente dicho creemos que se ha cumplido en esta investigación con la idea de sostener la tesis discursiva de que la intervención penal en el orden económico es legítima en virtud de la fundamentación tradicional y especial del Derecho Penal y del Derecho Penal Económico, respectivamente, y que ello se replica en el tipo penal de uso de información privilegiada.

Decimos que se satisface la exigencia “discursiva” en cuanto el análisis debiese entroncarse además con una visión más comprehensiva del estatuto del Derecho Penal Económico que permita, por su parte, contrastar lo que ya se dijo sostenidamente por Hernández: que el Derecho Penal Económico en Chile no sería más que un entramado de normas poco útiles que sostienen la impunidad.

Se cree, por último, que se abren algunas posibles ideas de profundización de lo que aquí se ha sostenido.

Una de aquellas, en relación a lo último que se dijo, es complementar lo que ya se extrajo con el estatuto sancionatorio penal general del Mercado de Valores, el que es considerablemente más amplio que el delito de uso de información privilegiada en aislado, más allá de ser ésta última su figura icónica. Un análisis integral y sistemático tal podría resultar de interés pedagógico para configurar una visión más completa del estatuto sancionatorio penal de este mercado.

Otra posibilidad adicional, que se suele replicar de manera más constante, es la evaluación de la política criminal que en el discurso público dice buscar la modernización del Derecho Penal y restringir los espacios de impunidad en estas áreas. Múltiples reformas legales se han promovido durante el último tiempo: la vuelta a la criminalización de la colusión, el endurecimiento de penas asociadas a delitos de corrupción tales como el cohecho y en general propuestas de reforma al Derecho Penal que promueven la aceptación de un Derecho Penal Económico atingente como elemento central. Ante ellas, una visión crítica de los fines perseguidos por esta política criminal es de vital necesidad.

BIBLIOGRAFÍA

1. ATRIA, Fernando. 2013. Veinte años después: neoliberalismo con rostro humano. Santiago. Editorial Catalonia.
2. ABANTO, Manuel. 2005. El Derecho Penal en una Economía de Mercado, influencia de la integración económica y de la globalización. En: La persecución de ciertos delitos a la luz de la nueva justicia procesal penal (Conferencia) Viña del Mar, Chile. Universidad Andrés Bello. 55 pp.
3. ALCÁCER, Rafael. 2002. La protección del futuro y los daños cumulativos. [En línea] Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-08.pdf [Consulta: 29 de Marzo de 2015]
4. AMBOS, Kai. 2013. Bien Jurídico y Harm Principle: bases teóricas para determinar la función global del Derecho Penal Internacional. Revista de Derecho Penal y Criminología. N° 10.
5. AVILÉS, Víctor. 1998. Orden Público Económico y Derecho Penal. Santiago. Editorial Jurídica Conosur Ltda.
6. BALCARCE, Fabián. 2008. Breve relato sobre la ineficacia de la función político-criminal del bien jurídico penal. [En línea] https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20081006_02.pdf [Consulta: 20 de Mayo de 2015]
7. BARROS, Enrique. 1983. Derecho y Moral: consideraciones a propósito de la teoría de los delitos económicos. Revista Estudios Públicos. N° 10.
8. BASCUÑÁN, Antonio. 2007. Derechos Fundamentales y Derecho Penal. Revista de Estudios de la Justicia. N° 9.

9. BASCUÑÁN, Antonio. 2011. La regulación de la información privilegiada en el Mercado de Valores después de la Ley N° 20.382. En: Gobiernos Corporativos: aspectos especiales de la reforma a su regulación. Santiago. Editorial Abeledo Perrot. 87-138.
10. BECCARIA, Cesare. 2000. De los delitos y de las penas. México D.F. Fondo de Cultura Económica. (Traducción al castellano de Juan Antonio de las Casas)
11. BECK, Ulrich. 1986. La Sociedad del Riesgo: hacia una nueva modernidad. Barcelona. Editorial Paidós. (Traducción al castellano de Jorge Navarro, Daniel Jiménez y María Rosa Borrás)
12. BERRUEZO, Rafael. 2010. Derecho Penal Económico. En: Derecho Penal Económico. Montevideo. Editorial Montevideo-Buenos Aires. 1-77.
13. BOTTKÉ, Wilfred. 1995. Sobre la legitimidad del Derecho Penal Económico en sentido estricto y de sus descripciones típicas específicas. En: Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Madrid. Boletín Oficial del Estado. 637-654.
14. BUSTOS, Juan. 1991. Perspectivas actuales del Derecho Penal Económico. Revista Gaceta Jurídica. N° 132.
15. BUSTOS, Juan. 2007. Los Bienes Jurídicos Colectivos. En: Juan Bustos Ramírez: Obras Completas. Santiago. Ediciones Jurídicas de Santiago. 110-124.
16. CARNEVALLI, Raúl. 2000. Algunas reflexiones en torno a la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales. Revista Chilena de Derecho. N° 27.

17. CARRASCO, Edison. 2015. La "Teoría Material del Bien Jurídico" del Sistema Bustos/Hormazábal. Revista de Estudios Penales y Criminología. N° 35.
18. CARO, Dino. 1998. "Sociedades de Riesgo" y Bienes Jurídicos Colectivos. Revista Themis de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. N° 37.
19. CERVINI, Raúl. 2008. Derecho Penal Económico: perspectiva integrada. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay. N° 3.
20. CESANO, José. 2011. El Bien Jurídico protegido en los delitos contra el orden económico: una contribución para su determinación. [En línea] Boletín del Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico. <http://ciidpe.com.ar/area1/DERECHO%20PENAL%20ECONOMICO.%20PERSPECTIVA%20INTEGRADA.%20CERVINI1.pdf> [Consulta: 14 de Junio de 2015]
21. CORREA, Carlos y WINTER, Jaime. 2014. Prisión Preventiva y delincuencia empresarial. Revista Perspectiva Penal Actual. N° 3.
22. COUSIÑO, Luis. 1962. El Delito Socioeconómico. Revista de Ciencias Penales. N° 21.
23. CURY, Enrique. 2005. Derecho Penal: Parte General. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.
24. DEMETRIO CRESPO, Eduardo. 2014. El significado político del Derecho Penal Económico. En: Crisis financiera y Derecho Penal Económico. Madrid. Editorial Edisofer. 3-19.

25. DURÁN, Mario. 2011. Constitución y legitimación de la Pena. Apuntes teleológicos sobre el rol de la Constitución en el sistema penal [En línea] Revista Electrónica Política Criminal. http://www.politicacriminal.cl/Vol_06/n_11/Vol6N11A5.pdf [Consulta: 11 de Abril de 2015]
26. ETCHEBERRY, Alfredo. 1962. Objetividad Jurídica en el delito económico. Revista de Ciencias Penales. N° 21.
27. FELLER, Claudio. 2005. El Derecho Penal en la sociedad actual: un riesgo para las garantías penales. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. N° 26.
28. FERNÁNDES, Inés y MAYER LUX, Laura. 2013. La estafa como delito económico. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. N° 61.
29. FERNANDOIS, Arturo. 2005. Derecho Constitucional Económico. Santiago. Ediciones UC.
30. GALINDO, Jorge. 2015. El Concepto de Riesgo en las teorías de Ulrich Beck y Niklas Luhmann. Revista Acta Sociológica. N° 67.
31. GALLEGO SAADE, Javier. 2011. El problema del Moralismo Legal en el Derecho Penal. Revista de Estudios de la Justicia. N° 14.
32. GARCÍA CAVERO, Percy. 2016. El principio del *ne bis in ídem* material en caso de concurrencia de pena y sanción administrativa. [En línea] Revista Electrónica Política Criminal. http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_21/Vol11N21A2.pdf [Fecha de consulta: 28 de Noviembre de 2016]

33. GARCÍA PALOMINOS, Gonzalo. 2013. Modelo de protección en normas administrativas y penales que regulan el abuso de Información Privilegiada en la legislación chilena. [En línea] Revista Electrónica de Política Criminal. http://www.politicacriminal.cl/Vol_08/n_15/Vol8N15A2.pdf [Consulta: 28 de Noviembre de 2016]
34. GARCÍA PALOMINOS, Gonzalo. 2015. La idealización y la administrativización de la punibilidad de Información Privilegiada. Un análisis e los discursos penales en la doctrina chilena. [En línea] Revista Electrónica de Política Criminal. http://www.politicacriminal.cl/Vol_10/n_19/Vol10N19A5.pdf [Consulta: 9 de Octubre de 2016]
35. GRACIA MARTÍN, Luis. 2008. El Derecho Penal ante la globalización económica. En: El Derecho Penal Económico y Empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo. Madrid. Editorial Colex. 63-85.
36. GREEN, Stuart. 2004. Moral Ambiguity in White Collar Criminal Law. Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy. N° 18.
37. GREEN, Stuart. 2006. Lying, cheating and stealing: a Moral Theory of White-Collar Crime. Oxford. Oxford University Press.
38. GREEN, Stuart y KUGLER, Matthew. 2012. Public perceptions of White Collar Crime Culpability: Bribery, Perjury and Fraud. Law and Contemporary Problems Duke Law School Journal. N° 75.
39. GONZÁLEZ, Diego. 2014. Sobre la naturaleza garantizadora del Derecho Penal. [En línea] Revista de Filosofía y Ciencias Jurídicas. N° 4. <http://www.rfycj.cl/wp-content/uploads/2014/07/7-23.pdf> [consulta: 1 de Marzo de 2015]

40. GÜNTHER, Klaus. 2000. De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber: ¿Un <<cambio de paradigma>> en el Derecho Penal? En: La insostenible situación del Derecho Penal. Madrid. Editorial Comares. 489-505. (Traducción al castellano de Jesús María Silva Sánchez)
41. GUTIÉRREZ, Pablo. 2004. Algunas consideraciones sobre el Principio de Proporcionalidad de las normas penales y sobre la evolución de su aplicación en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid. N° 10.
42. HASSEMER, Winfried. 1991. Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno. (Conferencia) Barcelona, España. Universidad Autónoma de Barcelona. 15 pp. (Traducción al castellano de Elena Larrauri)
43. HEFENDEHL, Roland. 2002. [En línea] ¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-14.pdf [Consulta: 29 de Marzo de 2015]
44. HERNÁNDEZ, Héctor. 2005. Perspectivas del Derecho Penal Económico en Chile. Revista Persona y Sociedad. Vol. 19 N° 1.
45. HERNÁNDEZ, Héctor. 2008. Uso indebido de tarjetas sustraídas o falsificadas y de sus claves. [En línea] Revista Electrónica Política Criminal. http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_2_5.pdf [Consulta: 29 de Septiembre de 2016]
46. HERNÁNDEZ, Héctor. 2009. La introducción de la Responsabilidad Penal de las personas jurídicas en Chile. [En línea] Revista Electrónica Política Criminal. http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A5.pdf [Consulta: 7 de Junio de 2015]

- 47.HERNÁNDEZ, Héctor. 2012. La punibilidad de la colusión (secreta) de precios en el derecho chileno. [En línea] Revista Electrónica Política Criminal. http://www.politicacriminal.cl/Vol_07/n_13/Vol7N13A4.pdf [Consulta: 28 de Septiembre de 2016]
- 48.HORMAZÁBAL, Hernán. 1995. Los delitos socioeconómicos, el bien jurídico, el autor, su hecho y la necesaria reforma del sistema penal español. En: Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Madrid. Boletín Oficial del Estado. 187-208.
- 49.HORMAZÁBAL, Hernán. 2003. Consecuencias político criminales y dogmáticas del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile. Vol. 14.
- 50.JAKOBS, Günther. 1995. Derecho Penal, parte general: fundamentos y teoría de la imputación. Madrid. Ediciones Jurídicas Marcial Pons. (Traducción al castellano de Joaquín Cuello y José Luis Serrano)
- 51.JAKOBS, Günther. 2000. ¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma? Revista Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Vol. 7 N° 11.
- 52.JAKOBS, Günther. 2014. Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal. Madrid. Editorial Thomson Civitas. (Traducción al castellano de Manuel Cancio y Bernardo Feijóo)
- 53.JIMENEZ, María José. 2014. Sociedad del Riesgo e Intervención Penal. [En línea] Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. http://criminet.ugr.es/recpc_16-08.pdf [Consulta: 12 de Enero de 2016]

54. KIERSZENBAUM, Mariano. 2009. El Bien Jurídico en el Derecho Penal: algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual. Revista Lecciones y Ensayos. N° 86.
55. KINDHÄUSER, Urs. 1995. Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el Derecho Penal Económico. En: Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Madrid. Boletín Oficial del Estado. 441-452
56. KINDHÄUSER, Urs. 2009. Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal. [En línea] Revista Digital InDret Vol. 1. <http://www.raco.cat/index.php/article/viewFile/124363/172336> [Consulta: 29 de Marzo de 2015]
57. KINDHÄUSER, Urs. 2013. Los tipos de delitos en el Derecho Penal Económico. En: La teoría del delito en la práctica penal económica (Directores: Jesús María Silva Sánchez y Fernando Miró Llinares) 69-82.
58. LASCURAÍN, Juan Antonio. 2007. Bien Jurídico y Objeto Protegible. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Vol. 60.
59. LONDOÑO, Fernando. 2013. Ilícito de manipulación bursátil: fenómeno y lesividad. Aspectos de política sancionatoria. [En línea] Revista Electrónica Política Criminal. http://www.politicacriminal.cl/Vol_08/n_15/Vol08N15A3.pdf [Consulta: 2 de Octubre de 2016]
60. LONDOÑO, Fernando. 2015. Aproximación histórico comparada del Título VIII de la Ley de Mercado de Valores: bases para el reconocimiento de un contenido anti-manipulativo. [En línea] Revista Electrónica Política Criminal. http://www.politicacriminal.cl/Vol_10/n_20/Vol10N20A1.pdf [Consulta: 1 de Octubre de 2016]

61. MALDONADO, Francisco. 2006. Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados “delitos de peligro” en el moderno Derecho Penal. *Revista de Estudios de la Justicia*. N° 7.
62. MATUS, Jean Pierre. 2012. Acerca de la actual falta de punibilidad en Chile de los acuerdos de precios. [En línea] *Revista Electrónica Política Criminal*. http://www.politicacriminal.cl/Vol_07/n_14/Vol7N14A3.pdf [Consulta: 28 de Septiembre de 2016]
63. MATUS, Jean Pierre. 2012. De nuevo sobre la falta de punibilidad de los atentados contra la libre competencia, de conformidad con el Art. 285 del Código Penal. Algunos aspectos de la discusión con Héctor Hernández en *Política Criminal*. [En línea] *Revista Electrónica Política Criminal*. http://www.politicacriminal.cl/Vol_08/n_15/Vol8N15D1.pdf [Consulta: 28 de Septiembre de 2016]
64. MAYER LUX, Laura. 2007. El Patrimonio del Estado como objeto de protección penal. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. N° 29.
65. MERA, Jorge. 2014. Derecho Penal Económico y Libertad Positiva. *Revista de Filosofía y Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. N° 5.
66. MERA, Jorge. 2015. Colusión en licitaciones públicas a la luz del artículo 287 del Código Penal: ¿Sanción o Impunidad? *Revista de Estudios Jurídicos Ius Novum de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. N° 8.
67. NOVOA, Raúl y NOVOA, Gabriela. 1997. *Derecho del Mercado de Capitales*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.

68. PÉREZ DEL VALLE, Carlos. 2005. Introducción al Derecho Penal Económico. En: Manual de Derecho Penal Económico (Coord. Enrique Bacigalupo) Madrid. Editorial Marcial Pons. 19-39.
69. PRADO, Arturo. 2003. Acerca del concepto de Información Privilegiada en el Mercado de Valores chileno: su alcance, contenido y límites. *Revista Chilena de Derecho*. N° 30.
70. POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. 2004. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.
71. RAMOS, César. 2013. Comentario al nuevo artículo 443 bis del Código Penal, que sanciona el robo con fuerza de cajeros automáticos. *Revista de Estudios de la Justicia*. N° 19.
72. REAÑO, José Leandro. 2001. La problemática del bien jurídico protegido en el delito de *insider trading* y su técnica de protección. *Revista Thémis*. N° 42.
73. RIED, José Miguel. 2004. Fundamentos de la prohibición de información privilegiada en Chile: una visión crítica. *Revista Chilena de Derecho*. N° 31.
74. RÍOS, Rodrigo. 2010. Injusto Monopólico: entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador. *Revista Derecho y Humanidades*. N° 16 Vol. 1.
75. ROXIN, Claus. 2007. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal? En: La Teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid. Editorial Marcial Pons. 443-458.

76. ROXIN, Claus. 2012. El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania. [En línea] Revista Digital InDret. Vol. 4. <http://www.indret.com/pdf/955.2.pdf> [consulta: 07 de Marzo de 2015]
77. ROXIN, Claus. 2013. El concepto de Bien Jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. [En línea] Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Vol. 15, N° 1. <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf> [consulta: 07 de Marzo de 2015]
78. SALAZAR, Andrés. 2016. La alteración de precios como fraude. Comentarios acerca del origen histórico del artículo 285 del Código Penal chileno y su interpretación. [En línea] Revista Electrónica Política Criminal. http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_22/Vol11N22A3.pdf [Consulta: 28 de Septiembre de 2016]
79. SCHÜNEMANN, Bernd. 1996. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. N° 49 (Traducción al castellano de Manuel Cancio Meliá)
80. SCHÜNEMANN, Bernd. 2000. Del Derecho Penal de la clase alta al Derecho Penal de la clase baja. En: Bernd Schünemann: Obras Tomo II. Madrid. Rubizal-Culzoni Editores.
81. SCHÜRMAN, Miguel. 2006. Orden Público Económico y Principio de Subsidiariedad, argumentos para una crítica. Revista Derecho y Humanidades. N° 12.
82. SCHLACK, Andrés. 2008. El concepto de patrimonio y su contenido en el delito de estafa. Revista Chilena de Derecho. N° 35.

83. SEELMANN, Kurt. 2007. El Concepto de Bien Jurídico, el *Harm Principle* y el Modelo del Reconocimiento como criterios de merecimiento de pena. En: La Teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid. Editorial Marcial Pons. 373-382.
84. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. La Expansión del Derecho Penal: aspectos de política criminal en sociedades postindustriales. Madrid. Editorial Civitas.
85. SUTHERLAND, Edwin. 1983. The White Collar Crime. Yale University Press.
86. SZCZARANSKI, Federico. 2012. Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra. [En línea] Revista Digital Política Criminal. Vol. 7, N° 14. http://www.politicacriminal.cl/Vol_07/n_14/Vol7N14A5.pdf [consulta: 20 de Febrero de 2015]
87. ONFRAY, Arturo. 2001. Ilícitos contra la información en las transacciones de valores. Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado. N° 5.
88. OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. 2007. El sujeto activo en los delitos tributarios. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. N° 28.
89. OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. 2016. Teoría General del Delito Económico (material de estudio del Magíster en Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Versión sin editar)
90. PARIONA, Raúl. 2006. El Derecho Penal “moderno”. Sobre la necesaria legitimidad de las intervenciones penales. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminología de la Universidad Externado de Colombia. Vol. 27 N° 82.

91. PIÑA, Juan Ignacio. 2004. Algunas consideraciones acerca de la (auto) legitimación del Derecho Penal ¿Es el problema de la legitimidad abordable desde una perspectiva sistémico-constructivista? Revista Chilena de Derecho. Vol. 31 N° 3.
92. POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. 2004. Lecciones de Derecho Penal Chileno: Parte General. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.
93. POZO SILVA, Nelson. 2014. Derecho Penal Económico y Delitos Bancarios. Santiago. Editorial Librotecnia.
94. POZO SILVA, Nelson. 2016. Bien Jurídico Penal Económico o Imputación Penal Económica. Santiago. Editorial Librotecnia.
95. TIEDEMANN, Klaus. 1985. Poder Económico y Delito. Barcelona. Editorial Ariel S.A. (Traducción al castellano de Amelia Mantilla)
96. TIEDEMANN, Klaus. 1993. Lecciones de Derecho Penal Económico: (comunitario, español, alemán). Barcelona. Publicaciones y promociones universitarias. (Traducción al castellano de Teresa Martín)
97. TIEDEMANN, Klaus. 2014. *Wirtschaftsstrafrecht: Einführung und Allgemeiner Teil*. München. Vahlen GmbH.
98. QUINTANA, Augusto. 2014. El Principio de Subsidiariedad. Revista de Derecho Público. Edición Especial.
99. VAN WEEZEL, Alex. 2007. Delitos Tributarios. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.

100. VAN WEEZEL, Alex. 2010. Contra la Responsabilidad Penal de las personas jurídicas [En línea] Revista Electrónica Política Criminal. http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/09/Vol5N9A3.pdf [Consulta: 24 de Julio de 2015]
101. WINTER, Jaime. 2013. Derecho Penal e Impunidad Empresarial en Chile. Revista de Estudios de la Justicia. N° 19.