

Víctor Manuel Avilés Hernández*

Algunas Consideraciones Constitucionales sobre el Orden Público Económico y el Derecho Penal

Advertencia preliminar: El presente artículo plantea una serie de interrogantes sobre dos campos específicos del derecho constitucional como son el orden público económico y el derecho penal. No se pretenden dar respuestas definitivas o acabadas sobre los temas que se plantean, en la medida que todos ellos provienen de campos doctrinarios no pacíficos. Por el contrario, sólo se busca llamar la atención sobre los puntos de conflicto al respecto.

I. Introducción: Origen de la Problemática

Desde la enunciación del concepto del “white collar crime”¹ hasta nuestros días –período en que se ha evolucionado notablemente en todo lo referente al establecimiento de nuevos tipos penales en el área del incipiente derecho penal económico–, por razones que tienen que ver especialmente con los vertiginosos cambios político-económicos del siglo pasado, se ha ido arrastrando una deuda académica en lo que a la sistematización del bien o bienes jurídicos protegidos por los llamados delitos económicos se refiere. El bien jurídico debe entenderse como “*el bien o valor merecedor de la máxima protección jurídica, cuyo otorgamiento es reservado a las prescripciones del derecho penal*”.²

Gran parte de las dificultades referentes a esclarecer la materialidad del bien jurídico existente detrás del derecho penal económico se han producido por la existencia de un orden constitucional de carácter liberal, con acento en los derechos y libertades de tipo individual, en contraposición a un orden normativo reglamentario de tipo intervencionista, muchas veces abiertamente inconstitucional. Tal contradicción fue facilitada por la escasa aplicación directa de la normativa constitucional a la solución de conflictos entre el Estado y los particulares y, especialmente en Chile, por la exis-

* Abogado,
Ayudante de
Derecho
Constitucional
Facultad de
Derecho,
Universidad
de Chile.

1 ED. H. SUTHERLAND, 1939, discurso ante la Sociedad de Sociología Americana.

2 POLAINO NAVARRETE, 1974, Sevilla, “El Bien Jurídico en el Derecho Penal”.

tencia de una norma programática que preveía la creación de tribunales especiales contenciosos administrativos, permitiendo la declaración de incompetencia de los tribunales ordinarios en el tiempo intermedio.

De esta forma, los textos constitucionales aparecen inspirados en determinados bienes y valores jurídicos –es decir reconocidos positivamente– y la normativa legal y, particularmente, la reglamentaria aparece inspirada en valores jurídicos diferentes. Tal situación complicó enormemente los esfuerzos tendientes a determinar los bienes jurídicos que subyacen detrás de la noción de orden público económico. Asimismo, dicha contradicción facilitó que sólo el derecho penal patrimonial –no referido al orden público económico– apareciera revestido de todas las garantías constitucionales como tipicidad, culpabilidad, irretroactividad, entre otras, mientras que el derecho penal económico quedó en el campo administrativo y bajo una aplicación relativa de todos los principios antes enunciados.

En la actualidad y bajo el esquema constitucional chileno, parece ajustado a derecho sostener que no existe un derecho sancionatorio administrativo diferente al derecho penal en lo referente a las garantías constitucionales que deben aplicarse.³ En razón de lo anterior y con el objeto de poder conciliar el llamado derecho penal económico con la normativa constitucional es necesario determinar, en principio, el bien jurídico que dicha rama del derecho penal resguarda, esto es, el orden público económico y su contenido específico.

La importancia de establecer con claridad el bien jurídico que se protege en los tipos que se entienden incorporados al derecho penal económico es el primer y necesario paso hacia, entre otros muchos y variados temas, una sistematización sustantiva de estos delitos que permita su acertada interpretación, aclarar si nos encontramos ante delitos de peligro o de lesión (resultado), establecer si efectivamente es aceptable abstraer al sujeto activo de las garantías del derecho penal humanitario, establecer qué elementos debe abarcar la culpabilidad del sujeto activo de estos tipos y delimitar las posibilidades de concurso de esta clase de delitos con figuras patrimoniales clásicas centradas en la noción de fraude.

Indudablemente abarcar todos estos temas excede por mucho las posibilidades de un artículo de esta naturaleza, no obstante lo cual el iniciar al lector en estas áreas y dejar sembrada la duda junto con la claridad sobre la importancia de los tópicos constitucionales y penales a los que nos estamos refiriendo ya aparece como una extrema ambición. Pasamos a esbozar cada uno de los temas referidos, para lo que es requisito previo el establecer cuál es el bien jurídico resguardado, es decir, el orden público económico y sus contenidos específicos.

3 EDUARDO SOTO KLOSS, R.D.J., t.89, 1992, 2.5, pág. 28, en un comentario a un fallo recaído en un Recurso de Protección, pronunciado por la E. Corte Suprema con fecha 24 de marzo de 1992, ha señalado que *“suele haberse olvidado en materia administrativa sancionatoria sea correctiva sea disciplinaria, y fruto de un estatismo desorbitado y un menosprecio por los derechos de las personas, que dicha materia es un aspecto de lo penal y, por ende, deben serle aplicados los principios fundamentales del derecho sancionador”*.

II. Orden Público Económico: Bien Jurídico Protegido por el Derecho Penal Económico

1. *Necesaria consagración constitucional de todo bien jurídico en el sentido penal:* El bien jurídico resguardado por esta categoría que hemos denominado derecho penal económico debe extraerse, primeramente, del ordenamiento constitucional. El ordenamiento legal y –por su particular importancia en estas materias– el ordenamiento reglamentario, sólo deben desarrollar los principios constitucionales sin poder contradecirlos, especialmente conforme lo dispuesto en los artículos 1, 5, 6, 7, 32 número 8º, 80, 82 números 1º, 2º, 3º, 5º, 6º y 12º de la Constitución Política. En concreto, la herramienta penal –y la privación de derechos y libertades que su ejercicio conlleva– sólo procede en el evento que se funde en una afectación ilegítima a un bien jurídico de carácter constitucional. No obstante tal afirmación, la evolución jurídica al respecto no ha sido unívoca.
2. *Etapas de la preeminencia “criminológica” y abandono de la noción de bien jurídico:* Al respecto y en forma previa es preciso señalar que importantes corrientes de autores del área de las ciencias penales auxiliares, especialmente centradas en la criminología, han relegado a un segundo plano la idea del bien jurídico del derecho penal económico a fin de centrarse en las características de la actividad del delincuente económico, su entorno y su persona. Extremadas estas posiciones, se pueden llegar a establecer a nivel legislativo importantes concesiones hacia lo que se conoce como derecho penal de autor, centrándose el legislador al momento de tipificar conductas en la persona del delincuente y prescindiendo peligrosamente de la entidad objetiva o bien jurídico de consagración constitucional que es efectivamente lesionado o puesto en peligro por su actividad. Nociones como las de “*delitos de cuello blanco*” –tributarias en cierta forma de las condiciones sociales del delincuente– y de “*delitos profesionales*”⁴ –que abandonan las condiciones personales del delincuente en su camino hacia analizar el entorno de su actividad– fueron expresión de estas tendencias. Nociones como las descritas atentan contra la garantía constitucional de la igualdad en la medida que tienden a centrar la acción penal en discriminaciones arbitrarias, no fundadas en elementos racionales.

Posteriormente se evolucionó a centrar el derecho penal económico en aspectos como el “*abuso de la situación de poder*”, el que atiende a las circunstancias concretas en que se efectúa el delito. Ninguna de estas tesis logró abarcar la totalidad del problema ni garantizar los intereses sociales que detrás de él se encuentran. Sin embargo, no debe negarse su aporte al avance de los estudios sobre el tema y son indudablemente útiles al juez al momento de administrar justicia, especialmente al evaluar elementos de la culpabilidad del sujeto, tales como la inexigibilidad de una conducta diferente conforme a derecho o el conocimiento del injusto.

4 CLINARD, MARSHALL, “Sociology of Deviant Behavior”.

3. *Formalización del bien jurídico*: Posteriormente se comenzó a analizar el tema, en busca de su sistematización, en base a la noción de bien jurídico. En esta línea tempranamente se impuso la idea de centrarlo en el concepto de orden público económico.⁵ El problema surge de la indeterminación de este concepto, la que puede llegar a tal punto de dejar esta clase de delitos desprovisto de bien jurídico realmente protegido, lo que es aun más peligroso que las nociones criminológicas antes anunciadas.

Se parte de la base que todo delito debe proteger un bien jurídico cuya afección justifique la aplicación de una pena. No obstante ello, si dicho bien jurídico no deja de ser una noción formal y vacía, es lo mismo que decir que los tipos penales no necesariamente tienen que proteger bien jurídico alguno.

En una primera etapa, coincidente con el período político-económico de la Europa occidental en que creció la participación del Estado en materia económica en base a la idea de contraposición de intereses entre lo privado y lo colectivo, surgen las nociones de orden público económico centradas en el derecho administrativo y en el límite a la actividad privada. Desde el punto de vista constitucional, se postergó la aplicación de la normativa de dicho rango y se dio nacimiento a intereses dignos de protección penal mediante normas de tipo reglamentario. La formalización de este bien jurídico llegó a tal punto que no fue raro encontrarse con quienes sostenían que detrás del bien jurídico orden público económico lo que realmente se protegía eran las potestades de la administración en materia económica. Conjuntamente con esto se pretendía una tajante separación entre estas facultades administrativas y los derechos individuales y patrimoniales de las personas, bastando infraccionar la norma administrativa, de suyo inestable, para que pudiese aplicarse sanciones incluso por vía administrativa y sin la operación de las garantías penales y procesales de la persona. Se comprende entonces, fácilmente, la necesidad de establecer qué es lo que realmente se está protegiendo con estos tipos.

4. *Desaparición de la idea de orden público económico como bien jurídico diferente de los de orden patrimonial individual*: En una segunda etapa se podría afirmar que el péndulo se inclina hacia el lado opuesto, en el sentido de intentar hacer desaparecer del bien jurídico tutelado por esta clase de delitos toda noción colectiva para diluirse éste en los delitos propiamente patrimoniales, sosteniendo que no existe otro interés que el meramente individual. A modo de ejemplo, en este sentido sólo se entiende la consagración del derecho de propiedad como una forma de resguardar concreta y exclusivamente al sujeto individual que ha incorporado a su patrimonio la misma. Tales tesis son insuficientes para hacer frente a la realidad del desarrollo económico y, por ejemplo, a las complejidades que presenta el mercado de capitales en la actualidad.

5 Muchos autores atribuyen la formulación de la expresión "orden público económico" a Gerard Farjat, en su obra "L'Ordre Public Economique".

No obstante estas posiciones extremas e inaceptables, entre ellas se han presentado variadas otras tesis que han pretendido conciliarlas, insistiendo muchas de ellas en que estamos ante un solo bien jurídico tutelado cual es el orden público económico y dándole a éste un contenido impreciso que puede prestarse para nociones contrapuestas.

5. *Precisión de la noción de orden público económico a través de la determinación de su contenido*: Al respecto el camino que estimamos jurídicamente correcto exige, en primer lugar, dejar en claro que no estamos ante un solo bien jurídico tutelado sino ante varios, todos los cuales pueden desprenderse de un tronco común que podríamos llamar orden económico. En segundo lugar debe buscarse la materialidad del bien jurídico tutelado en el bloque jurídico de un país en concreto y especialmente a nivel constitucional, único grado normativo que permite establecer bienes jurídicos que facultan a la autoridad judicial para privar a personas concretas de derechos –como la libertad o la propiedad privada– que la propia Carta Fundamental garantiza.
6. *Noción de “orden económico”*: Se opta por hablar de “orden económico” y no de orden público económico por ser aquella una noción más comprensiva que ésta. La noción de orden público económico, concreción económica de la antigua noción de orden público, nace junto con el surgimiento de una serie de normas que limitaban la acción de los privados en el campo económico, todo ello en favor de la colectividad. La idea de “orden público”, desde el punto de vista funcional, es la de un límite a la autonomía de la voluntad adecuada para explicar, por ejemplo, el contenido del inciso primero del número 21° del artículo 19 de la Constitución Política pero no el del inciso segundo, en la medida que este último es un límite a la acción del Estado que se deriva del principio de la juridicidad. El concepto funcional de “orden público”, que es suficiente para explicar la realidad normativa de un sistema político económico basado en una fuerte presencia del Estado, no puede utilizarse en iguales términos en un sistema complejo en que la idea en ciertos casos es la opuesta, como el actualmente consagrado en la Constitución Política. Si se analizan las normas de la Constitución de 1980 sobre la materia se concluye que en gran parte de ellas lo que se ha pretendido es limitar al Estado en materia económica como una forma de garantizar el bienestar general.⁶ Por estas razones, se opta por abarcar el tema desde el concepto de orden económico, comprensivo de la realidad actual.
7. *Contenido del Orden Económico*: Orden económico es una situación valorada como positiva por el sistema normativo en que todos los componentes de la sociedad, públicos y privados, se disponen o apuntan hacia sus fines propios los que a su vez también se encuentran recogidos por la norma jurídica.

6 De esta manera, posiblemente sería correcto hablar de un “orden privado económico” más que de orden público económico.

La lógica actual, lejos de establecer una oposición de intereses entre los privados y los intereses colectivos como llegó a imperar antaño por las sucesivas modificaciones legales, apunta hacia establecer que la función de lo público será precisamente asegurar que los privados puedan ejercer la libertad en igualdad y que ambos conceptos se transformen en realidades empíricas y no meras valoraciones normativas.⁷ La servicialidad del Estado, con consagración normativa en el propio artículo 1 de la Constitución Política, debe entenderse en materia económica en tal sentido. La propia noción de bien común se entiende bajo esta óptica en la medida que apunta a crear condiciones que permitan a los entes privados, por sí mismos, realizarse y no a ser realizados por el Estado. Teleológicamente, el Estado y los intereses colectivos se entienden al servicio del individuo y los suyos.

8. “*Orden normativo económico*” como un aspecto particular del “*orden económico*”: Dentro de este concepto situacional de orden económico, que se apoya en valores con consagración normativa como el de la libertad e igualdad en materia económica, los que se plasman en su aplicación en realidades como las del mercado, existe un concepto instrumental como es el de “*orden normativo económico*” en cuanto regulaciones que aseguran la vigencia del orden valórico antes descrito.

Dentro del “*orden normativo económico*” existe un aspecto referido al sector público y otro a los individuos particulares. En lo referente al sector público lo esencial se radica en el principio de la juridicidad,⁸ en primer lugar, y luego en la no discriminación, el respeto a la propiedad privada y la subsidiariedad como forma de acción, expresión económica y social de la idea de servicialidad del Estado. En el campo privado y bajo el marco valorativo de apuntar hacia mercados perfectos, los principios son el de la libertad económica, la igualdad y el respeto a la propiedad y el medio ambiente, entre otros. Este marco valorativo se plasma a diferentes niveles normativos. A modo de ejemplo, cada vez que se solicita a un emisor de valores de oferta pública informar al mercado y a la autoridad de ciertos “*hechos esenciales*”, lo que se está garantizando es el elemento “*conocimiento*”, propio de la libertad económica de los agentes privados. Si se sanciona el uso de información privilegiada, lo que se pretende garantizar es, en primer lugar, la igualdad en su aspecto económico. Al sancionar ciertos abusos de posiciones monopólicas lo que se resguarda es la libertad económica consagrada en el número 21 del artículo 19 de la Constitución Política, lo que es presupuesto necesario para que el mercado cumpla la doble finalidad, económica y social, que hoy se le entrega.

La naturaleza de los elementos que integran el llamado orden económico, protegido por el orden normativo económico, radica en aquellos aspectos de interés

7 Esta idea puede encontrarse desarrollada en la obra de este autor, “Orden Público Económico y Derecho Penal”, Editorial ConoSur, 1998, Santiago de Chile.

8 Noción largamente expuesta en variados artículos por el Profesor Eduardo Soto Kloss y sobre lo cual no hay nada nuevo que agregar.

colectivo que permiten el pleno desarrollo individual. Esta idea es la que posibilita diferenciar los delitos patrimoniales clásicos con centro en la idea de fraude –y por lo mismo perjuicio y enriquecimiento– de los que precisamente forman parte del derecho penal económico. Por las circunstancias valorativas actuales es legítimo afirmar que este matiz de colectividad se hace cada vez más tenue por lo que no es errado afirmar que la independencia de la idea de derecho penal económico separado del derecho penal tradicional se encuentra en cuestionamiento en la actualidad.

9. *Conclusión:* Se aprecia que el estudio del bien jurídico del llamado derecho penal económico no puede quedar limitado a la mera enunciación del orden público económico, noción vaga y vacía. Debe primero precisarse qué aspecto de éste estamos protegiendo a fin de que el bien jurídico le dé legitimidad a la tipificación y posterior sanción de ciertas conductas y, secundariamente, permita la interpretación de los tipos penales concretos que en su virtud se establecen.

Tal búsqueda de un bien jurídico concreto detrás de la noción de orden público económico debe hacerse a la luz del ordenamiento constitucional vigente. En tal dirección, la idea misma de orden público económico es imprecisa en la medida que, como tributaria de la noción instrumental de orden público como límite a la autonomía de la voluntad, no puede abarcar contenidos que tienden precisamente a limitar al Estado y resguardar los derechos de las personas. Por dicha razón se opta por una noción de situación u “orden económico”. A objeto de resguardar dicho orden se dictan normas jurídicas que tendrán por centro directo al individuo o al Estado, dependiendo del caso.

III. Garantías del Derecho Penal Liberal Consagradas en la Constitución Política y el Orden Público Económico

1. *Introducción:* El primer punto posterior al enunciar la idea del bien jurídico del derecho penal económico es el que tiene que ver con la aplicación de los principios del derecho penal liberal –garante de los derechos de los individuos y conquista de varios siglos– a este campo. Nos referimos al principio de la tipicidad, de la legalidad del tipo, de la necesidad de afectación de bienes jurídicos para que pueda sancionarse una conducta, y otros de carácter procesal como la garantía de ser juzgado por un órgano judicial independiente, todos ellos contemplados en el numeral tercero del artículo 19 de la Constitución Política. El tema de la necesidad de un bien jurídico afectado como justificante de la sanción penal ya ha sido tratado por lo que nos referiremos a los problemas de la tipicidad y de la culpabilidad.

2. *Tipicidad:* El inciso penúltimo del número tercero del artículo 19 de la Constitución Política señala que “ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley

promulgada con anterioridad a su perpetración,...”. Asimismo, el inciso final del mismo numeral y artículo señala que “ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”. El problema de la aplicación del principio constitucional de la tipicidad en el campo del derecho penal económico surge por dos motivos. El primero de ellos, que encuentra justificación aparente, emana de la necesidad que el sistema jurídico, aun más allá de la ley, dé prontas y justas respuestas a las novedosas formas delictivas que se presentan en el área económica. El segundo de dichos problemas es la existencia misma de un “derecho sancionatorio administrativo” diferente del derecho penal.

El primer problema tiene que ver con la necesidad de actualización de la herramienta penal para dar respuestas al desarrollo de la realidad económica. Sin embargo, este fin loable en principio se puede tornar un lastre para los criterios mínimos de justicia si en definitiva se abandona el principio humanitario de que toda conducta es delito en la medida que una ley establecida con anterioridad a su perpetración así lo establezca y describa (“*nemo poena sine legem*”).

Aparentemente la respuesta a este problema sería o excluir la tipicidad del campo del derecho penal económico, aceptando tipos penales en blanco o delitos que nacen como tales junto con las sentencias judiciales que condenan al delincuente, o abandonar la idea político criminal de eficacia en la lucha contra el delito en esta área.

Precisamente una noción clara de lo que es el bien jurídico tutelado en esta clase de delitos nos permite una solución intermedia que no signifique la indefensión de la sociedad ni la violación de las garantías mínimas de carácter humanitario. Se deben establecer tipos penales en los que, si bien la conducta se vea meramente esbozada, se señale claramente —como delitos de resultado— el valor o bien en el sentido jurídico que debe haber sido afectado para que estemos ante la legítima aplicación de una sanción penal.⁹ Esta solución, que recalca la importancia de delimitar claramente cuál es el bien jurídico de cada delito económico, es igualmente peligrosa si no se le da aplicación junto con un apego riguroso al principio de la culpabilidad y en delitos estructurados en base a resultado.

El segundo desafío que presenta el campo del delito penal económico para la efectiva vigencia del principio de la tipicidad, al menos si se entiende éste en su sentido de tipicidad-legalidad, es la gran cantidad de ilícitos que con un carácter más o menos inestable, se precisan por parte de autoridades administrativas, debidamente facultadas por ley para hacerlo. A este respecto se debe tener presente que nos estamos refiriendo a dos temas diferentes. El primero de ellos es el que tiene que ver con la existencia misma

9 La Comisión de Estudios de la Nueva Constitución propuso, en el texto constitucional originalmente emanado de ella, que la norma legal debería contener una conducta “completa y expresamente descrita en ella”. Tal formulación fue modificada por la H. Junta de Gobierno, la que eliminó la expresión “completa”. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha señalado que basta que una conducta se describa claramente en la ley pero no es necesario que sea de un modo acabado, perfecto, de tal manera, que se baste a sí misma incluso en todos sus aspectos no esenciales (Tribunal Constitucional, 4 de diciembre de 1984, Rol N° 24).

de un “*derecho penal económico administrativo*”, de naturaleza diferente a la del derecho penal económico propiamente tal, y el segundo es el que se refiere a la consagración de tipos penales en donde se prescinde del concepto de bien jurídico o, en el mejor de los casos, se insiste en que éste radicaría en la protección de las potestades de dirección de la economía por parte de la administración. Por la importancia que en relación al tema del bien jurídico tienen ambas materias es preciso enunciarlas brevemente.

Sostener que existe un derecho sancionatorio administrativo de una naturaleza diferente al penal encierra un peligro de insospechadas consecuencias, especialmente si se tiene presente que muchas veces las sanciones administrativas presentan una entidad real que excede por mucho las propiamente penales. Este peligro emana de que separar las facultades sancionatorias de la administración de las propiamente penales deja a aquellas ajenas a la aplicación de los principios humanitarios del derecho penal a los que nos hemos referido y entre ellos, la tipicidad, la culpabilidad y el principio del bien jurídico. Adicionalmente, dicha tesis sería de difícil compatibilización con la normativa constitucional actualmente vigente.

Precisamente al bien jurídico se refiere el segundo problema que presenta la separación del derecho penal del sancionatorio administrativo. Nos referimos al señalar que en materia de sanciones administrativas no es requisito indispensable el que exista un bien jurídico lesionado o al menos puesto en peligro por la acción del sujeto activo, o lo que es en la práctica lo mismo, señalar que el bien jurídico es la propia actividad administrativa. No se pretende desconocer el carácter de bien jurídico de las potestades de la autoridad, pero no es aceptable que en su virtud se señalen sanciones de alta monta si no existe detrás de ello un elemento constitucional que las justifique.

En conclusión, debe buscarse un bien jurídico anterior a la potestad administrativa que incluso justifique la existencia de esta misma y que opere como bien jurídico del ilícito administrativo, centrando en él la culpabilidad del sujeto activo y evaluando en relación a él la entidad del daño. Estos asertos insisten en la importancia de establecer claramente cuál es el bien o bienes jurídicos propios del derecho penal económico. En relación con lo anterior, se debe señalar que por las mismas razones enumeradas, no se considera aceptable la tesis de quienes sostienen que el derecho penal económico debe ser considerado una rama separada del derecho penal común y, por lo mismo, o no aplicarse o atenuarse la aplicación de sus principios. Por el contrario, creemos que nos encontramos ante un sector del derecho penal común que presenta especiales características que emanan de la naturaleza poco definida de los bienes jurídicos que se pretende proteger.¹⁰

3. *Culpabilidad*: La Constitución Política resguarda, de alguna manera, el principio de la culpabilidad al consagrar el derecho a un racional y justo procedimiento y al

10 El Tribunal Constitucional, en fallo de 26 de agosto de 1996, Rol N° 244, ha señalado que los principios constitucionales de orden penal deben ser aplicados al derecho administrativo sancionatorio en la medida que este último es una expresión del *ius puniendi* propio del Estado.

prohibir las presunciones de derecho de responsabilidad penal, todo ello en el numeral tercero del artículo 19 de dicho cuerpo legal. Una vez establecido cuál es el bien jurídico de los delitos económicos recién se podrá dar plena vigencia a este principio en la medida que se conocerá el elemento objetivo del tipo que tiene que ser comprendido en el ánimo del sujeto activo.

En segundo lugar y como una concesión al derecho penal de autor, se debe indicar que en materia de delitos económicos se desplazan las hipótesis de error de prohibición por las de error de tipo, suponiendo que quienes actúan en el mundo de los negocios conocen la ilicitud de sus actos. No obstante esta situación encierra un importante peligro para la efectiva vigencia del principio de la culpabilidad especialmente si se tiene presente el carácter abierto de determinados tipos penales y la mutabilidad de estos en materia económica, especialmente atendidas las atribuciones de la administración en la materia.

Otra opción inaceptable podría ser la contraria, es decir, afirmar que el error de tipo ceda espacio al de prohibición, partiendo de la base que en la medida que los sujetos que se encuentran en circunstancias de ejecutar conductas de contenido penal económico conocen el mundo en que se desenvuelven, es poco probable que no tengan noción subjetiva de los elementos objetivos —medios, bienes, causalidad— del tipo. Por esta razón, es de difícil ocurrencia que se pueda excluir la pena alegando error de tipo. Al contrario, por el carácter variable de los ilícitos en estas materias¹¹ sí es factible alegar error de prohibición por quienes desarrollan estas conductas, excluyendo su culpabilidad. Nadie puede alegar que no sabía que matar era prohibido pero sí es creíble que alguien sostenga que creía disparar a un perro cuando lo hacía al vecino. En materia de ilícitos económicos el caso podría ser el opuesto. Por ambas razones y con el objeto de asegurar la vigencia del llamado principio de la culpabilidad, de consagración constitucional, se hace necesario no innovar en materia de error de tipo y prohibición, dejando al juez la importante labor de juzgar y hacer justicia.

La segunda interrogante en materia de culpabilidad es la que se refiere al ánimo subjetivo del sujeto activo de lesionar o poner en peligro precisamente el bien jurídico tutelado por el tipo. Sin lugar a dudas, para conocer el ánimo subjetivo del sujeto se requiere desplegar una serie de probanzas sobre las que se ha escrito y conoce lo suficiente. El tema novedoso al respecto, al menos si se pretende dar vigencia al principio del bien jurídico, surge en muchos casos al tener que determinar si el ánimo del actor fue dirigido a causar un daño patrimonial a un sujeto concreto, dentro de las nociones clásicas del derecho penal patrimonial, o fue más allá intentando con la misma acción dañar el sistema económico. En el primer supuesto, si bien se hace acreedor de una sanción penal patrimonial por la carga subjetiva de su acción, por el mismo motivo es inaceptable la sanción de un delito-dolo en el campo del orden

¹¹ A modo de ejemplo, las facultades cambiarias y de comercio internacional del Consejo del Banco Central de Chile son elementos considerados al momento de determinar la existencia de determinados ilícitos

público económico. Podría sostenerse en ciertos casos dolo eventual al respecto si existen elementos concursales, los que justificarían la sanción, pero en las hipótesis de culpa –que serán la mayoría– nuestro sistema en materia de delitos económicos no considera punibles estas formas como cuasidelitos. Como consecuencia surge otro tema político criminal que es la posible sanción como cuasidelitos de las formas culposas penales económicas, en la medida que son de normal ocurrencia y regularmente el dolo del sujeto activo apunta a un beneficio patrimonial centrado en el fraude a un tercero que conoce y sólo existe culpa en relación al orden público económico.

IV Conclusión

Como es casi de perogrullo señalarlo, el objeto de estas líneas, lejos de pretender dar respuestas a problemas conocidos, es sembrar nuevas dudas sobre un tema poco desarrollado. Las respuestas y las nuevas interrogantes que estas áreas del conocimiento constitucional y penal encierran deberán buscarse en otros trabajos. Gran cosa se hace si, al menos, se deja sembrada la inquietud.

En lo que al fondo se refiere, se busca rescatar y defender la vigencia de los principios del derecho penal humanitario de consagración constitucional en las áreas propias del llamado derecho penal económico. Este objetivo se logra precisamente levantando uno de sus principios –cual es el del bien jurídico– el que podemos enunciar señalando que no es constitucional que el legislador pueda establecer tipos penales en los que no se venga a proteger un bien jurídico de importancia y no es lícito al juez sancionar penalmente a una persona si su acción, al menos, no ha significado la puesta en peligro concreto del bien jurídico que precisamente se pretendió proteger con el tipo penal que se está aplicando.

Para que el principio del bien jurídico no se torne vacío, es menester explorar la realidad económica –como mundo de los hechos o del “*ser*”– y desprender de ella los valores que el sistema normativo o “*deber ser*” ha elevado a la categoría de bienes jurídicos. Este punto indudablemente exige conocimientos en materia económica y presenta importantes desafíos para los hombres de Derecho, especialmente por la gran cantidad de elementos normativos de esta clase de ilícitos. Pretendemos con estas líneas haber dejado sembrada la duda en relación a estas materias y sus desafíos.