

"PRINCIPIOS DE DERECHO ECONOMICO.

DELITOS ECONOMICOS ESPECIFICOS"

Por: Eduardo Trucco Burrows
Profesor del Departamento
de Derecho Económico.

Esta charla se ha dividido en cuatro secciones: en la primera, deseamos formular algunas consideraciones generales; en la segunda nos referiremos a la Ley N° 18.045, sobre Mercado de Valores; en la tercera, se comentará el Decreto Ley N° 211, sobre Defensa de la libre Competencia; y finalmente, en la última sección se contienen algunas referencias a los delitos tributarios. Toda esta exposición se enmarca tan to dentro del esquema definido por las charlas anteriores, como dentro de una restricción de tiempo muy clara.

1.- CONSIDERACIONES GENERALES.

En primer lugar, quisiera señalar que desde nuestro punto de vista hay dos elementos esenciales a considerar en nues tro análisis.

a.- El Orden Público Económico, definido y comentado por los colegas que me han precedido en el uso de la palabra. A nuestro juicio ese Orden público entrega un "marco conceptual" importantísimo, tanto para el legislador -que debe al menos intentar cierta coherencia interna en sus afanes reguladores-, como para el juez, el Tribunal y, más genéricamente, el intérprete de la ley.

El Orden Público Económico -y ello es evidente- cum

ple una serie de funciones dentro de nuestro ordenamiento positivo, pero quisiera destacar una que nos preocupa de manera especial: es usual que el "orden público económico" se utilice como fundamento (y justificación) de muchas disposiciones legales; - por razones de orden público económico pueden llegar a establecerse regímenes o disposiciones francamente excepcionales, y llegar en algunos casos a lo que denominamos como "ficciones"; en materias económicas la "ficción legal" es un instrumento particularmente importante pero que, por definición, implica un cierto grado de arbitrariedad -hasta de capricho-. La interrogante que queremos plantear es obvia: ¿el legislador tiene límites en su acción legislativa, y dónde se marcan esos límites? ¿cómo y dónde trazamos la línea divisoria, en la regulación de conductas y en la definición de lo que es lícito o ilícito, y penalmente sancionable, entre la potestad legislativa válidamente ejercida y la arbitrariedad del legislador?. Sabemos que el tema es complejo y dejamos el punto sometido a vuestra consideración.

b.- La "conducta económica", es decir los actos ejecutados por sujetos económicos, que tienen incidencia en lo económico y alcance o repercusión legal. La tarea que el legislador ha emprendido en el Derecho Económico es, principalmente, la de regular conductas económicas, y en ese afán oscila entre libertad y sujeción, entre lo lícito y lo ilícito.

Ahora bien, a nuestro modo de ver las cosas, la tarea que se ha propuesto el legislador es tremendamente complicada y difícil. No es la misma la sanción y la configuración de un tipo penal como el homicidio, que la sanción y configuración de un delito económico; ¿deberá sancionarse con pena corporal las infracciones a la libre competencia? ¿cuándo se ha incurrido en un "abuso de posición dominante"? Creemos que la diferencia es muy evidente: el legislador tiene ante sí un delicado problema, y más adelante el Tribunal tiene aún mucho camino por recorrer, pues debe allegar el máximo de antecedentes, todos expresivos de la "conducta económica" seguida por los agentes o sujetos, con los cuales se aboca a la calificación jurídica de la conducta. El juicio (no el litigio sino el enunciado o sentencia), se construye y elabora con infinito cuidado y prudencia, y la calificación final de la conducta exige el mayor rigor intelectual y lógico, aparte de un amplio conocimiento de los conceptos y categorías económicas. Nos parece que esta fase o porción del trabajo judicial es muy distinta al que provoca en un delito como-

el sugerido para comparación: el homicidio. La muerte no requiere de calificación alguna, y lo que dificulta la tarea del tribunal -y los abogados- es la prueba de quién, cómo y en qué condiciones provocó esa muerte.

En segundo lugar, y muy estrechamente ligado a lo que va se ha expuesto, quisiera sugerir que la norma de derecho económico debe reunir tres condiciones: debe ser válida, formalmente legítima; debe ser racional es decir, sustantivamente legítima y coherente; y por último, debe ser eficaz, es decir, útil, efectiva en el logro de sus objetivos o finalidades. Esta última exigencia nos lleva a proponer que más interesa la eficacia de la norma que la sanción de quien deja de cumplirla. Y, esta aseveración es el antecedente necesario para pronunciarnos en favor de cierto grado de "descriminalización" de nuestro ordenamiento jurídico-económico. Hay, o puede haber, ciertas materias en las que se exigen más sanciones y más drásticas penas descuidando lo verdaderamente importante, como es la eficacia de las normas jurídico-económicas. Para dar un ejemplo sencillo: ¿qué ventaja tiene contemplar, en lugar de fuertes multas, cárcel de por vida, si un sujeto ya ha destruido la riqueza forestal del país, o degradado el terreno hasta hacerlo irrecuperable en un período de 500 años? ¿No será más importante la adecuada prevención, y una regulación técnicamente eficiente de los sistemas de explotación de nuestros recursos naturales, que el número de años o azotes que han de asionarse al malhechor?

En tercer lugar, quisieramos sugerir que las conductas económicas son extraordinariamente complejas. Por ello se hace tan difícil el diseño del tipo penal; así se explica la frecuencia con que el legislador sanciona actos que "tiendan a" tal o cual cosa (v.g. art. 97 del Código Tributario y art. 1º del Decreto Ley 211).

Esta constatación nos plantea una exigencia fundamental: una buena aplicación de la normativa económica exige, buen dominio de los conceptos económicos, y la más completa y acabada comprobación de los hechos en la causa. Debe advertirse que en este aspecto nuestros Tribunales muchas veces cometen errores y ponen en evidencia un inadecuado manejo conceptual.

En cuarto lugar, no debe pensarse que las normas económicas han de ser siempre compulsivas de una conducta; hay materias que dan lugar al consenso, al acuerdo, a una cierta medida de concertación y voluntariedad. El profesor Aimone nos destaca cómo, a propósito de las empresas transnacionales, en derecho internacional económico, se ha llegado a la elaboración de "Códigos de conducta", a los cuales voluntariamente se someterán (o no) las empresas. Nos parece que por la misma complejidad de

las conductas económicas, en el ordenamiento jurídico interno se habrá de llegar, muy pronto, a situaciones parecidas, de concertación y sometimiento voluntario.

Finalmente, en cuanto a las sanciones que se aplican, cabe recordar que son: muy variadas, graduadas de acuerdo a criterios muy diversos, y susceptibles de acumularse en ciertos casos excepcionales.

II.- LEY 18.045, SOBRE EL MERCADO DE VALORES.

Como ustedes saben, esta ley no tiene aún dos años de vigencia. Y, hasta la fecha, prácticamente no hay jurisprudencia o casos y situaciones que hayan dado motivo para aplicar las disposiciones penales de la misma.

Así y todo, podemos formular algunas consideraciones que esperamos sean de interés.

a.- La ley define, mal o bien, la "oferta pública de valores", y admite la dificultad de calificación cuando, en el propio art. 4º dispone que en caso de dudas, a la Superintendencia de Valores y Seguros corresponderá la calificación. Lo que no nos gusta en absoluto. Y ello por una razón que interesa a ustedes: realizar oferta pública de valores, en ciertas situaciones o circunstancias, da origen a una conducta ilícita, a la configuración de un delito.

En verdad, al menos debiera mejorarse la definición y el mecanismo de calificación, para dar una mayor seguridad jurídica a quienes intervienen en este ámbito.

b.- Las sociedades, o más genéricamente, los emisores, que está sujetos a la fiscalización de la Superintendencia, están sometidos a una especie de "estatuto" jurídico especial. Lo curioso, pues no es frecuente, en esta ley es que se acepta una incorporación voluntaria a este "estatuto" especial: las sociedades pueden someterse voluntariamente a la fiscalización de la Superintendencia y quedarán regidos por las mismas normas, más estrictas, de las sociedades que por imperativo legal son entidades fiscalizadas. Notemos, por otra parte, que es posible "retirarse", marginarse de este estatuto jurídico especial cuando se cumplen ciertas condiciones. (Puede compararse este retiro voluntario del "estatuto", con otros casos que contempla nuestra legislación económica, y donde los efectos jurídicos son muy diferentes. v.g. el Decreto Ley 701, sobre Fomento Forestal, o casos en que no se acepta el retiro voluntario. v.g. con tribuyentes que debiendo normalmente tributar por renta presunta, se acogen al sistema de declaración de rentas efectivas, en el Decreto Ley 824).

c.- Respecto de las Bolsas de Valores, y su administración, prácticamente no se contempla ninguna figura delictiva. La que existe, en el art. 59 Letra b), pudo omitirse: la conducta que allí se sanciona, también es sancionable conforme al Código Penal.

d.- No obstante lo anterior, a las Bolsas de valores se atribuyen ciertas responsabilidades en materia de reglamentación del mercado, y específicamente, esta regulación debe proteger a los inversionistas de "fraudes y otras prácticas ilegítimas" (art. 44, letra b).

e.- Para retomar la dificultad que existe en la tipificación de las conductas económicas, lícitas o ilícitas, baste con señalar que, por una parte, la regulación del mercado debe asegurar la existencia de un "mercado equitativo, competitivo, ordenado y transparente" (art. 39), y por otra parte, se sancionan: la difusión de noticias "falsas o tendenciosas" (art. 61), el hecho de efectuar transacciones con el objeto de "estabilizar, fijar o hacer variar artificialmente los precios" (art. 52), o el hecho de efectuar "cotizaciones o transacciones ficticias", o utilizar cualquier "acto, práctica, mecanismo o artificio engañoso o fraudulento" (art. 53). ¿Puede alguien, con tranquilidad, indicar cuándo el mercado es ordenado o transparente, o cuando una noticia es "tendenciosa" en el mercado de valores? No nos queda sino compadecer a los tribunales que deban iniciar, dar los primeros pasos en la delimitación de estas conductas.

III.- DECRETO LEY 211 SOBRE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA.

Nuestra primera observación en esta materia apunta a destacar que este cuerpo legal tiene o presenta una triple vertiente: tiene un criterio "preventivo", un criterio "correctivo" y uno "punitivo". Por decir lo menos, se trata de un enfoque sabio. Nada más injusto habría sido reducir esta legislación -con toda la enorme importancia que tiene, como pilar de nuestro actual ordenamiento jurídico-económico- a su vertiente punitiva. Este criterio se habría traducido en definitiva, en la absoluta ineficacia de la ley.

Segundo, nótese como el art. 1º nos define el tipo: "el que...", es decir, con la máxima generalidad. (1) Nadie, ninguna persona, natural o jurídica, de derecho privado o público, es ajeno a esta legislación. Y, si bien desde el punto de vista formal esta ley es de la misma jerarquía que cualquiera otra, desde el punto de vista conceptual y de coherencia lógica del sistema, este Decreto Ley tiene mayor jerarquía: ella justifica que la Comisión Resolutiva pueda requerir la derogación de otras dis

posiciones legales o reglamentarias que atenten en alguna forma contra la libre competencia.

Tercero, la enumeración del art. 2º, ese "entre otros" cumple una función de auxilio: ante la generalidad, necesaria, - del art. 1º se siente obligado el legislador a una complementación, a un esclarecimiento de algunos casos, siquiera, en los cuales habrá de concluirse que existe atentado contra la libre competencia.

Cuarto, destaco cómo en esta legislación se gradúa - la sanción: el art. 17 Nº4 obliga a considerar el capital del infractor y la gravedad de la infracción.

Naturalmente que, conceptualmente ligado a este mismo problema, está el hecho que debe determinarse por la Comisión Resolutiva si se ejerce o no la acción penal. Este es un aspecto que debe subrayarse, de todas formas.

Quinto, es usual que desde el punto de vista teórico uno se formule la siguiente interrogante: ¿deben sancionarse sólo los actos que tienen "por objeto" o finalidad atentar contra la libre competencia, o también deberá sancionarse aquellos actos que tienen "por efecto" producir ese atentado?. La legislación del Tratado de Roma, por ejemplo, incluye ambos, objeto y efecto. ¿Cuál ha de ser la respuesta en nuestra legislación?. Aún cuando el texto de la ley no es demasiado esclarecedor, nos inclinamos por un criterio amplio: deben sancionarse ambos tipos de actos o hechos.

Sexto, debe observarse cómo la dificultad de "calificación" de las conductas económicas, a que ya nos hemos referido reiteradamente, tiene algunos alcances o consecuencias procesales: primero, cómo en el art. 18 no sólo se admiten "pruebas" (es decir las aceptadas por el derecho común), sino además, otros "indicios o antecedentes", con lo cual se pretende flexibilizar la ley con miras a una más completa comprobación de los hechos; segundo, y como consecuencia lógica de lo anterior, la ponderación de los hechos y el fallo se dictan en conciencia.

IV.- DELITOS E INFRACCIONES TRIBUTARIAS.

Para referirnos a esta parte de la materia, comencemos por recordar que no deben confundirse dos conductas: una, lícita, que tiene por finalidad eludir impuestos, y otra, ilícita, que tiene por finalidad evadirlos. Sólo la evasión tributaria se castiga o sanciona.

Enseguida, subrayemos que en algunos casos de infracción hay o se requiere que haya "dolo"; en cambio, en otros casos, basta el "riesgo" de un menor ingreso fiscal, y así se expli

ca el "tienda a", del art. 97 N°4 del Código Tributario que ya mencionáramos.

En cuanto a las observaciones más específicas, quiéramos dejar constancia de lo siguiente:

a.- ¿Podemos aceptar, desde el punto de vista de una correcta técnica legislativa, el art. 97 N° 4 del Código Tributario, en aquello de "o el empleo de otros procedimientos...", y en lo de "cualquiera maniobra tendiente a"...?

b.- De acuerdo con lo dispuesto en el art. 111 del mismo Código, constituye circunstancia agravante el que se "haya utilizado... documentación falsa"... Aparentemente algunos Tribunales han entendido que basta la "posesión", o tenencia, o utilización no maliciosa de esta documentación falsa, para tipificar el delito, y -más encima- aplicar la agravante de responsabilidad. Nos parece que este criterio no es el más acertado, y debe el Tribunal atenerse a lo dispuesto en el art. 97 N°4 del Código, donde sí se refiere el legislador al que hubiere hecho "uso malicioso de facturas u otros documentos falsos".

c.- Más que en muchas otras materias, en la tributaria se contemplan diversos mecanismos de graduación de la pena: baste con mencionar, sin entrar en detalles, los artículos 105, 106, 107, 110 y 111 del Código Tributario (2).

d.- Finalmente, quisiera llamar la atención sobre lo siguiente: en materia tributaria observamos probablemente la mayor de las "euforias", utilizando este término en su acepción común, para aplicar máximas sanciones y "sanciones ejemplarizadoras". Sin el ánimo de prococar polémicas encendidas, dejamos constancia de nuestra opinión acerca de la manifiesta impropiedad que existe en lo de aplicar "sanciones ejemplarizadoras".

Enseñada, como un buen ejemplo del "extremismo" a que se llega por el propio Servicio de Impuestos Internos, citemos la Circular 54, del año 1980 (3), en la que se puede constatar - 1.- El uso de la expresión que hemos criticado (4); 2.- Se sostiene que la vigencia de normas como relativas a fianza, que está anulizada, es inmediata, y la Excm. Corte Suprema con mejor criterio ha rechazado esta pretensión (5); y 3.- Sostiene que la nueva redacción dada por el Decreto Ley 3.443 al artículo 99 del Código Tributario implica lo siguiente: que "son penalmente responsables los representantes de las personas jurídicas aunque no hayan intervenido personalmente en los delitos tributarios" (6). A nuestro juicio esta afirmación es absurda, o si es efectiva, la disposición es absurda e inconstitucional.

- (1) Recientemente, la Comisión Preventiva Central tuvo la oportunidad de hacerle presente al Comité Ejecutivo del Banco Central la "generalidad" de esta expresión, y ello como parte de una argumentación tendiente a rechazar la pretensión de dicho Comité de estimar incompetente a la Comisión para conocer de una denuncia formulada por Acuerdos supuestamente ilegales. Acuerdos que habrían infringido las disposiciones del Decreto Ley 211.
- (2) Debe hacerse notar: a. la ventaja que se obtiene con la "auto-denuncia" y confesión, materia que nos recuerda las múltiples críticas dirigidas a la legislación estadounidense - en el caso Townley; b. Las condiciones personalísimas del infractor que se consideran y que hacen justicia a una real "debilidad" de ese contribuyente.
- (3) Páginas 14381 y siguientes del Boletín de Septiembre de 1980, del Servicio de Impuestos Internos.
- (4) Página 14383 del Boletín citado, Párrafo II, letra a).
- (5) Nos correspondió defender, según nos parece, el primer caso sobre la materia, interponiendo un recurso de queja en contra de la Corte de Apelaciones de Chillán. La queja fue acogida en esta parte, por sentencia del 27 de Noviembre de 1980. El criterio del Servicio se contiene en la página 14383, Párrafo II letra b).
- (6) Página 14385, en la letra d), mismo Boletín.