

RESPONSABILIDAD PENAL POR EL PRODUCTO FINANCIERO DEFECTUOSO.
ESPECIAL REFERENCIA A LA CREACIÓN, COLOCACIÓN EN EL MERCADO,
GESTIÓN DE ASESORAMIENTO E INTERMEDIACIÓN DE PFD COMO
FORMAS DE INTERVENCIÓN CRIMINAL

JUAN CARLOS MANRÍQUEZ R.*
Universidad Andrés Bello

SUMARIO: I. Antecedentes. 1. Derecho penal económico y responsabilidad penal por el producto. 2. Producto financiero defectuoso y responsabilidad penal. II. PFD en el mercado y en el Chile de hoy 1. Contexto negocial. 2. La respuesta penal. III. Conclusiones.

PALABRAS CLAVE: Producto financiero defectuoso, responsabilidad penal por el producto, responsabilidad de la empresa, Derecho penal económico.

I. ANTECEDENTES

1. Derecho penal económico y responsabilidad penal por el producto

Cuando en Derecho Penal Económico (DPE) se habla de responsabilidad por el producto, se está haciendo referencia a la responsabilidad penal que se deriva de la puesta en peligro o lesión de la salud, ya sea pública o individual.

Dicha responsabilidad puede aparecer por la existencia en el mercado de productos peligrosos para la salud de los ciudadanos, y se concreta en dos momentos:

1º Cuando el producto peligroso se ofrece en el mercado se afecta la salud pública y el Derecho penal responde a través de los delitos de peligro contra la salud pública, y

2º Si el producto ya se ha utilizado, y con ello ha lesionado la salud individual o la vida, el Derecho Penal responde a través de los delitos de homicidio o lesiones.

La protección penal alcanza tanto a las modalidades dolosas como a las culposas, y respecto de la imputación jurídica (atribución de las consecuencias o del tipo), si bien ya ROXIN en su Manual, afirmaba el inminente reemplazo de las relaciones

* Profesor de Derecho Penal Económico y Litigación Estratégica, Universidad Andrés Bello, Chile. Especialista en Derecho Penal Económico y de la Empresa, Universidad Castilla – La Mancha, España. Egresado de la 23a Trial Skills Academy, California Western School of Law, CWU, San Diego, Estados Unidos de América. jcmanriquez@mbcia.cl

de necesidad (causalidad) por criterios probabilísticos (como en la física cuántica) a través de leyes estadísticas, en el DPE, es precisamente —a través de la responsabilidad por el producto— que ha tenido sustento doctrinario y jurisprudencial el vaticinio.¹

A su vez, el DPE podemos entenderlo tanto en un sentido genérico (destinado a proteger el orden económico), en un sentido amplio (reglas destinadas a proteger con la pena fiscal la producción, distribución y consumo de bienes y servicios), o en un sentido estricto (la protección de la actividad interventora del Estado en la economía).²

Por delito económico, a su turno, entendemos “toda acción punible y las infracciones administrativas que se cometen en el marco de la participación en la vida económica o en estrecha conexión con ella”.³

Tiedemann ha escrito que el DPE forma parte del derecho económico, cuya diferencia de objeto, particularidad de método y finalidad de investigación propia habría quedado bien fundamentada por Rinck allá por 1971.⁴

Para el mismo Tiedemann, el punto de vista basado en una consideración dogmático-penal de los bienes jurídicos tutelados por la norma penal-económica, se complementa mediante la protección de instrumentos del tráfico económico, que son utilizados abusivamente en la comisión de delitos económicos.⁵

Tales instrumentos son especialmente la contabilidad y el balance, la informática, las tarjetas de crédito y otros medios de pago sin dinero efectivo, inclusive cheques y letras de cambio.

Contextualiza el profesor de Friburgo:

¹ HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, Francisco, *La responsabilidad penal por el producto*, (Madrid, 1995). En el ámbito sudamericano, BALCARCE, Fabián, *Derecho Penal Económico. Origen, Caracteres y Matices de su Parte General*, (Córdoba, 2007).

² SCHÜNEMANN, Bernd. *Delincuencia empresarial: cuestiones dogmáticas y de política criminal* (Buenos Aires, 2004), p. 17. También, BAJO-FERNÁNDEZ, Miguel y BACIGALUPO, Silvina, *Derecho Penal Económico*, (Madrid, 2001); MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho Penal Económico Parte General* (1998); GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal Económico Parte General* (Lima, 2003); FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico*, (Buenos Aires, 2009), p. 206; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Derecho Penal Económico Parte General* (Lima, 2000), pp. 22-23.

³ BALCARCE, Fabián, *ob. cit.*

⁴ TIEDEMANN, Klaus, *Derecho Penal Económico Parte General* (Lima, 2009), p. 77. También, SCHLIESKY, y crítico al respecto, ACHENBACH, en LH a Schwind. TIEDEMANN, Klaus, *ob. cit.*, con nota 44.

⁵ TIEDEMANN, Klaus, *ob. cit.*, p. 75, con nota 43. Vid. FVR, Proyecto Alternativo 1977, y aprobando Heinz. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *ob. cit.*, p. 23, quien dice que es tarea del Derecho Penal moderno proteger de “las acciones más graves y dañosas contra ciertos instrumentos de la vida económica”.

“La gran importancia que tienen estos instrumentos para la vida económica y la lucha contra la criminalidad económica queda demostrada, por ejemplo, con el caso de las millonarias falsificaciones de balances en los Estados Unidos en el año 2000 (Enron, Tyco, WorldCom, etc.), que ocasionaron las quiebras más grandes en la historia económica de los Estados Unidos y que encuentran un símil actual en los comportamientos contables de empresas alemanas del así llamado mercado nuevo del grupo Flow-Tex, o recientemente del mayor productor de muebles de Europa, Schrieder, y en las graves falsificaciones de balances del consorcio del fabricante de productos italiano Parmalat. Los casos estadounidenses dieron paso en el año 2002 al “Sarbanes-Oxley Act”, que estableció un fortalecimiento de los controles financieros internos de las empresas, así como la responsabilidad civil del directorio en la manipulación de balances...”⁶

Los jefes de las empresas indicadas fueron sancionados con altas penas de cárcel, de 24, 25 y 8 años, respectivamente.

2. Producto financiero defectuoso y responsabilidad penal

Justificación: Haciendo las adecuaciones dinámicas que la situación amerita, ya no será sobre la salud individual o la vida del afectado donde el riesgo ni el daño se ciernan, a consecuencia de poner en el mercado, hacer circular o poner en manos del consumidor inversor los productos financieros defectuosos, sino que repercutirán sobre el orden económico en general (de forma mediata o representada), y/o sobre el patrimonio individual o colectivo (como forma inmediata o representante), bien jurídico este último en que se concretiza la espiritualización comúnmente percibida del orden público económico.⁷

Los Instrumentos o Productos Financieros Defectuosos (PFD), que son los que admiten un plus de conducta que posibilita abusar de ellos, pueden significar formas de intervención penal más allá de las estafas o figuras genéricas de fraude del Código Penal (arts. 468, 470, 473), y quedar capturados en las figuras especiales de los artículos 59, 61 y 61 bis de la Ley N° 18.045, sobre Mercado de Valores, ya sea por:

⁶ TIEDEMANN, Klaus, ob. cit., pp. 75-76.

⁷ Martínez-Buján Pérez usa en la dogmática española la expresión bien jurídico mediato, bien jurídico inmediato; también Zugaldía Espinar y Arroyo Zapatero. En la dogmática alemana, Jakobs habla de bien jurídico representante y bien jurídico representado en estos casos, y Schönemann usa la figura de bienes jurídicos espiritualizados y bienes jurídicos concretizados. Vid. FVR, MANRÍQUEZ, Juan Carlos. ¿Por quién doblan las cascadas? Abuso de la persona jurídica: del levantamiento del velo a la interpretación fáctico-jurídica-económica de las reglas comerciales en el contexto del Derecho Penal de los Negocios. Seminario UNAB, Santiago, 18.12.2013. Antes, el mismo en Ley N° 20.393, Imputación Top Down o Control de esferas de riesgo; Jornadas de Derecho Penal, Universidad de Valparaíso, 2012.

a) Su escasa y vaga definición intencionada (irresponsabilidad organizada y/o diseño para la dilución de responsabilidad de los gestores [pasando a ser un caso de abuso de la personalidad jurídica])⁸.

b) Incapacidad de entendimiento de la operatoria, inclusive para los que los colocan en el mercado (ceguera auto provocada)⁹.

c) Mal diseño original de la administración o gestión de riesgos y compartimento de las pérdidas (quedando como un caso de defecto de organización o *management failure*)¹⁰, o

d) Por ser funcionales a una sola parte del esquema (que es el verdadero y único agente económico beneficiado en el negocio en el que intervienen), y terminan perjudicando a los inversores-consumidores del producto, por ejemplo, parando Murallas Chinas al interior de la organización de matrices, coligadas, relacionadas o conexas, con giros complementarios aunque sutilmente no vinculadas del todo en la propiedad, aunque compartiendo en sus planas ejecutivas a los mismos sujetos influenciadores fungibles, predispuestos al desafío de la norma de conducta y que son rotatorios en sillones, asesorías o gerencias de ese total árbol corporativo.¹¹

Y puede ocurrir que todos los PFD que de allí emanen puedan verse favorecidos o no por o con el aprovechamiento del propio defecto organizativo de los consumidores-inversores, que no cumplieron a su vez (por debilidad, ignorancia, incapacidad o desidia) con sus propios deberes de alerta y de auto cuidado.¹²

⁸ Para lo cual sirve la técnica de la Penetración Empresarial y el Disclaim of Corporate Veil.

⁹ Considerada una forma de actuación dolosa, al infringir los deberes de evitación, veracidad y de información propios de las relaciones jurídicas complejas y sinalagmáticas. Y una imprudencia temeraria *serious negligence or recklessness*, en el Derecho Penal de USA (ver Actas de la Comisión Investigadora del Congreso de USA, en el caso de las Hipotecas y Activos Tóxicos de la Crisis SubPrime). MANRÍQUEZ, Juan Carlos. ob. cit. Haciendo un símil con los alimentos o los fármacos defectuosos, sería como poner en circulación un yogur que no se sabe cuándo vence, ni cómo se degrada su principal agente bacterial.

¹⁰ Ya en los términos dogmáticos germanos de Günther Heine (cuyo acento estaría puesto [sobre todo para las personas jurídicas] en el injusto típico de organizarse de manera deficiente en la gestión de riesgos, y así no evitar, no impedir o no hacer más difícil el hecho criminal base o de conexión), o en la visión fáctica realista de la vida empresarial del DP norteamericano (cuyo acento estaría en falta de comportamiento de los ejecutivos y de las empresas como un buen ciudadano corporativo [*good corporate citizen*]). COLLADO, Rafael, Empresas Criminales (Santiago, 2013), pp. 48 y 53, con Notas 46 y 52.

¹¹ MANRÍQUEZ, Juan Carlos, ¿Por quién doblan las cascadas?, ob. cit. En el ámbito de la responsabilidad penal de la persona jurídica, Joachim Lampe llama la atención sobre lo que él llama la posible existencia al interior de la empresa de una filosofía empresarial criminógena, que impulsó el comportamiento lesivo de uno de sus miembros, o bien, en la estructura de la organización que favoreció los delitos de sus miembros. Es un carácter adquirido a través del tiempo, una imputación por el modo de ser empresarial al fin de cuentas.

¹² PAWLIK, Michael, El aprovechamiento del defecto organizativo ajeno como forma de estafa, en *Revista de Derecho Penal Moderno*.

– El antecedente europeo y norteamericano:

En el derecho comparado, especialmente en España, se presagiaba en 2010 una rápida expansión del DPE desde las conclusiones del G-20 en Londres de abril de 2009, que como reacción a la crisis económica mundial, proponía un fortalecimiento de la supervisión y la regulación financieras, responsabilidad social corporativa de las empresas, políticas más estrictas de gobierno corporativo, lucha contra paraísos fiscales y declaración del fin de la era del secreto bancario. Y así fue que la LO 5/2010, de 22 de junio, introdujo nuevos tipos de protección del mercado de valores (arts. 284 y 285 pasan a ser perseguibles de oficio), introduce la corrupción privada, la estafa de inversores, etc. La raíz de ello estaría en la tecnocracia que vendría de la mano de la funcionalización del DP por parte de las instancias burocráticas de la Unión Europea, lo que aparejaría problemas de legitimidad y de respeto de las soberanías de cada Estado miembro.¹³

II. PFD EN EL MERCADO Y EN EL CHILE DE HOY

1. Contexto negocial

Como ya es posible notar, si antes de la mundialización y de la explosión de la hiperconectividad por medio de las redes sociales, los cambios jurídicos llegaban a América Latina tras 50 años desde lo ocurrido en Europa, hoy no pasan de una casi simultánea percepción, a un debate e instalación de entre dos a tres años en la agenda política y ciudadana, y es por eso que Chile no ha estado ajeno a las mismas discusiones y similares realidades. Véase el debate sobre la modificación a la LMV –MK2–, el ajuste a los Gobiernos Corporativos y la Introducción de Manuales de Buenas Prácticas o guías de actuación, así como la profusa aparición de Protocolos de autorregulación regulada y reforzada (*enforced self regulation proceedings*), todo lo cual configura vía Instructivos de la SBIF, de la SVS, de la UAF, etc., un verdadero Soft Law más preponderante que las leyes generales.¹⁴

Entonces, cabe hacerse cargo de nuestra realidad con las herramientas normativas existentes, sin caer en la tentación de legislar para crear nuevos tipos penales que capten y castiguen las distorsiones o desviaciones más graves y dañosas del poder económico –político que otorga una posición de relevancia en el mercado, y someter

¹³ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Crisis Económica y Derecho Penal: Responsabilidad de intermediarios financieros por la comercialización de productos de terceros. Incremento de insolvencias y de la conflictividad social. (Madrid, 2010), pp. 11 y ss.

¹⁴ Hay quienes culpan de este fenómeno a los gobiernos social-demócratas, cuando han pretendido armonizar un Estado regulador más pequeño que co-habite con el emprendimiento empresarial privado, y postulan que si los privados dicen ser los que mejor conocen el cómo y para qué de los negocios, entonces, se hagan cargo de la mejor forma posible de sus externalidades negativas. Collado, op. cit., pp. 5-6.

a análisis si la preceptiva penal vigente sirve para capturar, sin hacer integración o analogía *in malam partem*, estas conductas desviadas y castigarlas criminalmente cuando crean, ponen en circulación, asesoran e instigan o determinan a los clientes– consumidores (inversores) de los mismos, a la adquisición de PFD que a poco andar pierden sustancialmente su valor de manera irremontable (como inversión o garantía de valor mobiliario [perjudicando a los tenedores, inversores privados o institucionales, como AFPs o FIP, o a los Bancos]), pero dejando a seguro recaudo de sus creadores e intermediarios las ganancias de su primera o segunda venta, y de las comisiones, mismas que han extraído del circuito y del tráfico jurídico, mediante succiones o cedazos que como verdaderas redes han capturado aguas arriba el mayor valor ficticio o simulado¹⁵ de los mismos instrumentos, papeles o valores que luego caen estrepitosamente.

Por ejemplo, podemos preguntarnos si las SpA, creadas en Francia como vehículos de inversión y de obtención de financiamiento combinado y menos rígido que las formas societarias y de préstamos más comunes (extra Bancos), ¿son siempre y a todo evento una forma lícita de girar en el tráfico jurídico, pues están dentro del rango del riesgo permitido, y por ello no resultan criminalizables en su actuar cuando sus papeles pierden valor en una consecución de operaciones cuya caída se atribuye al mercado y dónde sólo pierden los inversores y nada o muy poco el gestor?

Las acciones de SpA suelen ser concebidas como instrumentos piramidales de capitalización, financiamiento y pago de inversiones, utilidades y/o rentas (más que como expresiones del interés por asociarse en una tarea común [pues suponen un único gestor interesado que sabe cómo hacer el negocio, y “socios pasivos” que esperan mejores rentas por arriesgarse con el gestor que con la Banca formal o el mercado financiero más común]). Así hay quienes sostienen que el gestor de una SpA no es socio de los accionistas, que en verdad son apor- tantes de capital¹⁶.

Podemos hacer lo propio con los portafolios mixtos de renta fija, variable y/o fondos mutuos accionarios; con los instrumentos de inversión bursátil internacio- nales o electrónicos generados o gestionados desde Chile (como los Swaps) y ciertos Fondos de Inversión Privado (FIP que levantan capital de riesgo).

La irrupción de productos financieros cada vez más complejos, se vinculó en Estados Unidos al corazón de la crisis Sub Prime, que comenzó en 2007 con la caída del Banco de Inversión Bear Stearns, en que se conoció de la existencia de

¹⁵ La diferencia entre negocio ficticio y negocio simulado, es que el primero los actores del mismo no quieren en verdad hacerlo, y el segundo, lo único que buscan es hacerlo. MANRÍQUEZ, Juan Carlos, ¿Por quién doblan las cascadas?, ob. cit.

¹⁶ PRADO, Arturo.

las llamadas hipotecas Ninja, o Banca en las Sombras ligados a la tendencia progresiva de la industria a traspasar los riesgos desde entidades financieras altamente especializadas hacia otros agentes más vulnerables.¹⁷

Esta situación haría necesario “girar necesariamente la vista hacia un sector profesional que tradicionalmente no ha estado sometido a especiales riesgos penales: los intermediarios financieros o la banca privada o de inversión que comercializan productos financieros de terceros”.¹⁸

El exceso de información, así como su tecnicismo, haría que el ciudadano inversor (entiéndase el jubilado o el profesional medio con algunos ahorros o excedentes) “... no tenga más remedio que encomendar su capital a una entidad mediadora, la cual pasa a tomar las decisiones de inversión de capitales ajenos en función de una información que puede entender (quizás) por su capacitación técnica, pero que es inaccesible para quien ha encomendado la gestión de su patrimonio, con lo que no puede controlarla... esto se ha convertido en la puerta de entrada de una nueva criminalidad...”.¹⁹

Esta situación no sería muy diferente a la de poner en el mercado de productos navideños una gran cantidad de juguetes altamente tóxicos en tolueno, revestidos o pintados de atractivos colores.

2. La respuesta penal

¿Habría sólo una incompetente gestión del mandato, de corte civil, o hallará ese inversor la irremediable traslación de culpas a las lógicas del mercado cuando reclame por qué se perdió su ahorro o inversión, y a pesar de ello, alegue que le cobraron religiosamente las comisiones, e incluso le recomendaron el Banco que le prestó el dinero (que ahora debe garantido con sus otros bienes) para apalancar la compra de ese buen papel o rentable instrumento?

Puede ser que para muchos, la sensación subjetiva de pérdida o despojo, radicada en el consumidor final o el adquirente de una cosa o servicio, al percibir que lo recibido o comprado no es lo que se quería obtener, materializada en su patrimonio, en ver frustradas sus expectativas de realización personal o de imposibilidad de

¹⁷ GÓMEZ YUBERO, María José, La educación financiera y su contribución al reequilibrio entre inversores e instituciones financieras, ARIZA COLMENAREJO, María Jesús y GALÁN GONZÁLEZ, Candela, Protección de los consumidores e inversores, arbitraje y proceso, (Madrid, 2009), pp. 39 y ss.

¹⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Crisis Económica y Derecho Penal: Responsabilidad de intermediarios financieros por la comercialización de productos de terceros. Incremento de insolvencias y de la conflictividad social. ob. cit., pp.18-19, con Notas 15 y 16.

¹⁹ PÉREZ VALERO, Ignacio, Delitos societarios e información en las instituciones de inversión colectiva, en TERRADILLOS BASOCO, J.M., y ACALE SÁNCHEZ, M., Temas de Derecho Penal Económico, III Encuentro Hispano-Italiano de DPE, (Madrid, 2004), p. 300.

lograr los fines que esperaba alcanzar, justifique de antemano la exigencia de una sanción, y si esta fuera criminal, “cuanto mejor”.

Pero la estrictez de la norma penal, la imposibilidad de crear tipos penales ad hoc y la necesaria rigurosidad que importa la determinación de la existencia, función y límites de un verdadero bien jurídico que puede ser puesto en riesgo serio o resultar dañado de forma grave en el tráfico jurídico de los instrumentos financieros –que son muchos– nos obliga a circunscribir al máximo la posible intervención del sistema penal para aquellos en que el *over act* o la mayor lesividad objetiva de la conducta pesquisada merite la imposición de la pena fiscal, en el ámbito especial de regulación y de peligro en que se desarrolla ese mismo comportamiento, y lo supera, hasta el grado de lo indeseable.

Dejaremos para otras discusiones algunas otras cuestiones tan o más relevantes, pero que el espacio y la premura del tiempo no nos permiten analizar aquí²⁰, y por eso, sólo nos limitaremos a postular, por ahora, que en el caso de las generaciones de acciones de SpA sin giro real, que únicamente tienen por objeto lograr financiamiento de terceros que no intervienen en la gestión del negocio, y que son atraídos por el primer colocador o gestor, directamente o a través de OPA o por remates de paquetes en Bolsa electrónica (y más aún incentivados, asesorados o determinados comprar por medio de Corredoras doblemente interesadas en las ventas y recompras), el riesgo de ausencia de un negocio real, y de la existencia de un único sujeto económico interesado en la operación, debe ser catalogado como

²⁰ Como el análisis con las bases del PFD en el marco de: a.- Mercados objetivos y clientes objetivo: los usuarios del crédito y los inversionistas. b.- La gestión de riesgos financieros ajenos: Los bancos de inversión y los *family offices*, con la necesaria distinción entre: i.- Riesgo y peligro. ii.- Riesgo financiero. iii.- Definición, control, evaluación y gestión del riesgo financiero, especialmente el negativo. c.- Deberes de información y de veracidad versus deber de auto protección: ¿conocimientos especiales? i.- Inversores institucionales. Las leyes de los reguladores, LMV y las Ofertas Públicas de Valores (OPV) ii.- Inversores privados. Los códigos de buenas prácticas con la contraparte más débil. – Los inversores profesionales o habituales. Los contratos a futuro y los arbitrajes de moneda. – Los inversores aprendices o principiantes. Carne de cañón del mercado interno. – Los inversores pasivos forzosamente gestionados: los fondos de pensiones (AFP) y las colocaciones en negocios de especulación interna (Carreteras, La Polar, Cascadas, etc.). – ¿ámbito de habilidades especiales? iii.- Las corredoras de valores: oferta de valores propios o relacionados (propia cartera) y sus agentes de colocación, venta o asesoría: ¿deberes cualificados de veracidad e información con el cliente? Lo permitido. Lo tolerado. Lo prohibido. Límite entre lo sugerido, lo recomendado y lo inducido: intromisión en la autogestión del patrimonio ajeno (*rem sibi habendis* en el gestor y desplazamiento del titular, que se deja aconsejar). Falsa información. Dolo. Mala información: Mala interpretación, deficiente análisis, sin chequear o contra muestrear. ¿Dolo Eventual o Imprudencia? Información a medias (reticencia). Información verdadera (que exalta exageradamente las cualidades positivas de una cosa [dolo bueno], pero calla las malas o las de efecto desconocido [teoría de los actos positivos, Tamarit Sumalla, Estafa por omisión]). ¿Existe un deber de sacar del error al inversionista ignaro (aunque se gane menos dinero con esa acción)? Y varios etcéteras.

un riesgo indeseable y, por ende, ese instrumentos negocial, con carácter y función de instrumentos financiero, como un producto defectuoso.

Y si en él hay además asignado un mayor nominal aumentado entre sujetos vinculados, que luego cae a valor real y el diferencial de valor fue extraído por los gestores hacia afuera del diseño corporativo, haciendo caer la liquidez de las prendas y el monto final del dinero pagado por los inversores, al valor de un papel depreciado, bien puede hablarse de un delito de la LMV, previsto y sancionado en el artículo 59 literales e), g) y artículos 61 y 61 bis de la Ley N° 18.045.²¹

Y como esa conducta es delito base de lavado de activos, si se reingresa y usa en el flujo de las demás ligadas al primer emisor o se beneficia a los intermediarios que no hicieron funcionar su Compliance, porque éste o no evitó el hecho, o no lo hizo más difícil; o se pagan bonos por metas de colocación o de resultados, nos enfrentaremos a un lavado de activos propio o directo (art. 27 letra a) de la Ley N° 19.913), en el caso de las personas naturales (que cierra ahí el círculo de autores), sin perjuicio del autolavado; y en la hipótesis de un lavado por negligencia inexcusable de la persona jurídica (colocadora o intermediadora), que no detectó el origen sospechoso del beneficio por su defecto organizacional, respondería como cómplice culpable del actor directo, a menos que una y otra se hallen completamente a merced del controlador, caso en el cual será un caso de abuso de la persona jurídica, que podría hacer punible sólo a ese, conforme al art. 5° de la Ley N° 20.393 si la persona jurídica usada no ha recibido beneficio.²²

²¹ Artículo 59: Sufrirán las penas de presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo: Letra e) Las personas que infrinjan las prohibiciones consignadas en los artículos 52, 53, inciso primero del artículo 85 y letras a), d), e) y h) del artículo 162 de esta ley.

Letra g) Los socios, administradores y, en general, cualquier persona que en razón de su cargo o posición en las sociedades clasificadoras, se concertare con otra persona para otorgar una clasificación que no corresponda al riesgo de los títulos que clasifique.

Artículo 61. El que con el objeto de inducir a error en el mercado de valores difunda información falsa o tendenciosa, aun cuando no persiga con ello obtener ventajas o beneficios para sí o terceros, sufrirá la pena de presidio menor en sus grados mínimos a medio.

La pena señalada en el inciso precedente se aumentará en un grado, cuando la conducta descrita la realice el que en razón de su cargo, posición, actividad o relación, en la Superintendencia o en una entidad fiscalizada por ella, pudiera poseer o tener acceso a información privilegiada.

Artículo 61 bis. En los delitos contemplados en los artículos 59, 60 y 61, además de las penas allí previstas, se podrá imponer la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, si el autor ha actuado prevalectiéndose de su condición profesional; o la de inhabilitación especial de cinco a diez años para desempeñarse como gerente, director, liquidador o administrador a cualquier título de una sociedad o entidad sometida a fiscalización de la Superintendencia respectiva.

²² Situación muy diferente se da en el caso que el hecho base y el de conexión sea el cohecho, del art. 250 del CP, en relación con el art. 27 letra b) de la Ley N° 19.913 y art. 3° de la Ley N° 20.393, pues allí no cabe para la persona jurídica ni siquiera una complicidad culpable. MANRÍQUEZ, Juan Carlos, Responsabilidad penal de la persona jurídica en el lavado de activos por negligencia

Especial atención deberíamos darle al artículo 59 letra e) de la Ley N° 18.045, porque este hace una remisión interna expresa a las conductas particularmente prohibidas para los agentes del mercado de valores, lo que consagra un subsistema de deberes especiales de aseguramiento, veracidad e información en el tráfico jurídico mercantil, cuya infracción los deja sujetos al cúmulo sancionatorio. (Administrativo, por parte del regulador, la SVS y/o la SBIF en su caso), y al criminal, por efectuar transacciones ficticias o inducir las.²³

III. CONCLUSIONES

1. La responsabilidad penal por el producto es un gran avance, nacido desde el derecho de protección a los consumidores, que justifica la intervención del sistema penal por el plus de injusto material, que otorga sobre todo el peligro o daño a bienes jurídicos primarios como la vida, la salud pública, individual o colectiva, o del estado de bienestar.

2. Ello refuerza además la seguridad del tráfico de cosas, y el control de focos de riesgo.

3. Sin embargo, es necesario dar certezas y seguridades en otras áreas del tráfico jurídico, incluso recurriendo a la pena penal –sin hacer política criminal, sino que aplicando derecho vigente– en el control de otros focos de riesgo, también muy relevantes en la sociedad moderna, que se precia de tener y de mantener un libre mercado, abierto y competitivo. Ello debe ser así cuando se trata de poner en el mercado o hacer circular Productos Financieros, máxime si estos son Productos Financieros Defectuosos (PFD).

4. Esas acciones suponen gestión e injerencia patrimonial ajena, en el Mercado Formal, sobre contrapartes institucionales o individuales, con diversos niveles de conocimiento, habilidades y/o capacidades de captar y entender el riesgo en el

inexcusable. ¿Cómo se leen los arts. 3° y 5° de la Ley N° 20.393? Homenaje a Alfredo Etcheberry, (Santiago, 2-3.12.2014).

²³ TÍTULO VIII. De las actividades prohibidas. Artículo 52.- Es contrario a la presente ley efectuar transacciones en valores con el objeto de estabilizar, fijar o hacer variar artificialmente los precios.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, podrán efectuarse actividades de estabilización de precios en valores de acuerdo a reglas de carácter general que imparta la Superintendencia y únicamente para llevar adelante una oferta pública de valores nuevos o de valores anteriormente emitidos y que no habían sido objeto de oferta pública.

Artículo 53.- Es contrario a la presente ley efectuar cotizaciones o transacciones ficticias respecto de cualquier valor, ya sea que las transacciones se lleven a cabo en el mercado de valores o a través de negociaciones privadas.

Ninguna persona podrá efectuar transacciones o inducir o intentar inducir a la compra o venta de valores, regidos o no por esta ley, por medio de cualquier acto, práctica, mecanismo o artificio engañoso o fraudulento.

que se involucran, o en el que los involucran, lo que hacen normalmente como una manera de satisfacer expectativas de realización personal, a través de la gestión (tercerizada) de su patrimonio, en la confianza de que son ellos los que saben.

5. La hacen principalmente Sujetos Jurídicos Complejos, actores relevantes del Mercado de Valores.

6. Cuando se producen pérdidas irremontables, los que crean el Producto Financiero o quienes lo colocan suelen repetir como un mantra así son los negocios; los que lo intermediaron, dicen que no son parte de la operación, sólo corredores (y no formaron consentimiento); los que asesoraron, que sólo sugirieron, pero que fue el cliente quien decidió, etc.

7. En los casos en que se pone en el mercado un Producto Financiero Defectuoso (en especial, los Productos Financieros Complejos), se intermedia debiendo saber y advertir que es un PFD, se asesora sin tener la capacidad, conocimientos o habilidades (pero ello se simula o disimula, o se entrega información a medias o de mala calidad, habiendo creado o asumido el riesgo de gestión patrimonial ajena), se pueden dar supuestos de estafa (arts. 467, 468 CP chileno), o de Lavado de Activos provenientes de infracción a la Ley de Mercado de Valores (N° 18.045) y de Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica (Ley N° 20.393) en paralelo, o como actos combinados.

8. La intervención del sistema penal en este específico ámbito de la actividad económica, se justifica por el plus de injusto y el enorme efecto expansivo que estas conductas tienen en el sistema económico y en los patrimonios individuales de los afectados, en un marco de general irresponsabilidad organizada o de defecto de administración o de organización de los creadores, gestores, colocadores, intermediadores o administradores de estos focos de riesgo.

De esta manera, el Derecho Penal Económico moderno cumple su función, incluso en una economía de mercado, al recurrir a la amenaza del uso de la pena fiscal y de la consecuencia accesoria, al servir de contención de uso abusivo o del desvío del poder económico-político que puede llegar a tener en el sistema un actor relevante, con posiciones de control, definición o dominio, ya de prácticas, ya de normativa (formal e informal, a través del lobby) de las reglas del juego económico.

BIBLIOGRAFÍA

- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, Derecho Penal Económico Parte General (Lima, 2000).
- BAJO-FERNÁNDEZ, Miguel y BACIGALUPO, Silvina, Derecho Penal Económico, (Madrid, 2001).
- BALCARCE, Fabián, Derecho Penal Económico. Origen, Caracteres y Matices de su PG, (Córdoba, 2007).

- COLLADO, Rafael, *Empresas Criminales* (Santiago, 2013).
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Crisis Económica y Derecho Penal: Responsabilidad de intermediarios financieros por la comercialización de productos de terceros. Incremento de insolvencias y de la conflictividad social.* (Madrid, 2010).
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico*, (Buenos Aires, 2009).
- GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal Económico Parte General* (Lima, 2003).
- GÓMEZ YUBERO, María José, *La educación financiera y su contribución al equilibrio entre inversores e instituciones financieras*, ARIZA COLMENAREJO, María Jesús y GALÁN GONZÁLEZ, Candela, *Protección de los consumidores e inversores, arbitraje y proceso*, (Madrid, 2009).
- HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, Francisco, *La responsabilidad penal por el producto*, (Madrid, 1995).
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho Penal Económico Parte General* (1998).
- MANRÍQUEZ, Juan Carlos, *Responsabilidad penal de la persona jurídica en el lavado de activos por negligencia inexcusable. ¿Cómo se leen los arts. 3º y 5º de la Ley N° 20.393? Homenaje a Alfredo Etcheberry*, (Santiago, 2-3.12.2014).
- MANRÍQUEZ, Juan Carlos. *¿Por quién doblan las cascadas? Abuso de la persona jurídica: del levantamiento del velo a la interpretación fáctico-jurídica-económica de las reglas comerciales en el contexto del Derecho Penal de los Negocios. Seminario UNAB, Santiago, 18.12.2013. Antes, el mismo en Ley N° 20.393, Imputación Top Down o Control de esferas de riesgo; Jornadas de Derecho Penal, Universidad de Valparaíso, 2012.*
- PAWLIK, Michael, *El aprovechamiento del defecto organizativo ajeno como forma de estafa*, en *Revista de Derecho Penal Moderno*.
- PÉREZ VALERO, Ignacio, *Delitos societarios e información en las instituciones de inversión colectiva*, en TERRADILLOS BASOCO, J. M. y ACALE SÁNCHEZ, M., *Temas de Derecho Penal Económico, III Encuentro Hispano-Italiano de DPE*, (Madrid, 2004).
- SCHÜNEMANN, Bernd. *Delincuencia empresarial: cuestiones dogmáticas y de política criminal* (Buenos Aires, 2004), p. 17. También, BAJO-FERNÁNDEZ, Miguel y BACIGALUPO, Silvina, *Derecho Penal Económico*, (Madrid, 2001).
- TIEDEMANN, Klaus, *Derecho Penal Económico Parte General* (Lima, 2009).