



CORTE SUPREMA

DIRECCIÓN DE ESTUDIO, ANÁLISIS Y EVALUACIÓN

INFORME 21-2010

*Algunos comentarios sobre la Ley 20.393 que establece la
Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*

Abril- 2010

I. ANTECEDENTES

El dos de diciembre de 2009, entró en vigencia la ley que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Este cuerpo normativo es consecuencia del compromiso que nuestro país adquirió en el ámbito internacional y que aconsejaba establecer la responsabilidad de las personas jurídicas producto de la comisión de determinados delitos. En este contexto, fue decisivo para la existencia de esta ley, la invitación que hizo la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) para que Chile ingresara como miembro pleno a dicha entidad, bajo condición que nuestro país ajustara su normativa interna a las directrices de la OCDE. En este escenario, fue la convención para combatir el cohecho de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, la que obligó a Chile a considerar las medidas conducentes para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas, de lo contrario, se dificultaría el ingreso de nuestro país como miembro pleno a esta organización internacional.

Fue así como el 31 de marzo de 2009 ingresó al Congreso el proyecto de ley que establecía la responsabilidad penal para las personas jurídicas,¹ luego de una ardua discusión parlamentaria y doctrinal, se publicó el 2 de diciembre del año 2009 la Ley 20.393 que contiene dicha responsabilidad para un número restringido de delitos, entre los que encontramos: el lavado de activos, financiamiento del terrorismo y el delito de cohecho a funcionario público nacional o extranjero.

¹ Durante la tramitación, la Excelentísima Corte Suprema informó dos veces el proyecto, a la Cámara de Diputados mediante oficio N° 111 de 20 de mayo de 2009 y al Senado a través de oficio N° 211 del 18 de agosto de 2009.

Publicada la ley y cumpliendo Chile con la convención de la OCDE, el 15 de Diciembre de 2009 se anunció oficialmente el ingreso de Chile como miembro pleno de la OCDE y cuya ceremonia se ofició el 11 de Enero de presente año en Santiago de Chile.

En materia internacional, han sido relevantes para la elaboración de la ley 20.393 los siguientes instrumentos internacionales:

a) Convención OCDE contra el Cohecho

Esta convención fue adoptada el 21 de noviembre de 1997 y es obligatoria para Chile desde el 18 de Junio del 2001. Ha tenido aplicación práctica en nuestro derecho a través de la incorporación al Código Penal de los artículos 250 bis A y 250 bis B,² preceptos que fueron derogados por la Ley 20.341. Esta ley agrega un párrafo 9 bis al Código Penal y que regula sistemáticamente el cohecho a funcionario público extranjero en el artículo 251 bis y 251 ter, siguiendo las directrices establecidas por la Convención OCDE contra el cohecho.³

En lo tocante a las personas jurídicas, el artículo 2° y 3° de la Convención, no establece en forma obligatoria -al menos en el texto- la consagración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En efecto, el artículo segundo de la Convención señala: *"Cada parte tomará las medidas necesarias, de acuerdo con sus*

² Estos preceptos incorporaron el delito de cohecho a funcionario público extranjero

³ La ley 20.341 fue publicada el 22 de abril de 2009 regulando en un párrafo aparte el delito de cohecho de funcionario extranjero. La creación del nuevo párrafo obedece a una indicación del ejecutivo y cuya finalidad fue tratar separadamente el cohecho a funcionario público extranjero, en consideración a que este el delito no atenta contra el bien jurídico "administración pública" como los caso de cohecho a funcionario público nacional, sino que por el contrario, el bien jurídico afectado sería las transacciones comerciales internacionales. Además, mediante esta ley, se incorporó también en el cohecho a funcionario público el beneficio de naturaleza distinta a la económica y el aumento de penalidad que, en general, se aplicó a todas las figuras de cohecho.

principios legales, para establecer la responsabilidad de las personas morales por el cohecho a un servidor público extranjero". A su vez, el artículo 3° que establece las sanciones, señala que las penas de carácter criminal deben ser eficaces, proporcionales y disuasivas. En su numeral segundo, refiere expresamente a los caso en que algunos de los países parte de la Convención no establezca en su ordenamiento la responsabilidad penal de las personas jurídicas, estableciendo que, "no le será exigido a dicha Parte que establezca la mencionada responsabilidad penal".⁴

El fundamento para contemplar la responsabilidad penal de las personas jurídicas es evitar que éstas intervengan cohechando a funcionario público extranjero en transacciones comerciales internacionales, máxime, si se considera que uno de los principales delitos en que se involucran las personas jurídicas es la corrupción pública.⁵

b) Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo

Este Convenio fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1999 y suscrito por Chile el 2 de mayo de 2001. Dicho Convenio establece entre

⁴ **Artículo 2 Responsabilidad de las Personas Jurídicas** "Cada Parte adoptará las medidas necesarias, de acuerdo con sus principios legales, para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas en los actos de cohecho a un funcionario público extranjero."

Artículo 3 Sanciones "1. El cohecho a un funcionario público será sancionado con penas de carácter criminal eficaces, proporcionales y disuasivas. El rango de las sanciones será comparable a las aplicadas al cohecho a funcionarios públicos de esa parte e incluirán, cuando se trate de personas naturales, las penas privativas de libertad suficientes para permitir una eficaz asistencia legal mutua y extradición.

2.- Si, dentro del ordenamiento jurídico de una Parte, la responsabilidad penal no fuere aplicable a las personas jurídicas, esa Parte deberá proceder de modo que se les apliquen sanciones eficaces, proporcionadas y disuasivas de carácter no penal, incluidas sanciones pecuniarias, en caso de cohecho a funcionarios públicos extranjeros."

⁵ V. Cartilla explicativa de la Convención para combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, p. 3

otras obligaciones, el deber de cada Estado parte de tipificar y sancionar el delito de financiamiento terrorista en él descrito, todo ello de acuerdo con la legislación nacional respectiva. Con fecha 2 de octubre de 2001 se presentó por el Ejecutivo un proyecto de acuerdo para ratificar el citado Convenio, que fue aprobado por el Congreso Nacional, promulgándose con fecha 3 de julio de 2002 y publicado en el Diario Oficial el 13 de septiembre de 2002.

Nuestra legislación penal se ajustó a las directrices de este convenio al tipificar expresamente el delito de financiamiento terrorista en el artículo 8 de la Ley 18.314 que determina las conductas terroristas y fija su penalidad.⁶

En lo que respecta a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el convenio establece que cada país determinará las medidas necesarias para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas la que puede ser penal, civil o administrativa, vinculándolo eso sí, a la conducta de la persona física, en este caso, al director que haya incurrido en actividades de financiamiento terrorista.⁷

Al igual como sucede en el caso de la convención sobre el cohecho de funcionario público extranjero, la letra

⁶ Este precepto fue agregado por la Ley N° 19.906, de 13 de noviembre de 2003 y señala: “El que por cualquier medio, directa o indirectamente, solicite, recaude o provea fondos con la finalidad de que se utilicen en la comisión de cualquiera de los delitos terroristas señalados en el artículo 2°. Será castigado con la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio, a menos que en virtud de la provisión de fondos le quepa responsabilidad en un delito determinado, caso en el cual se le sancionará por este último título, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 294 bis del Código Penal”

⁷ Artículo 5.del Convenio: “1.- Cada Estado Parte, de conformidad con sus principios jurídicos internos, adoptará las medidas necesarias para que pueda establecerse la responsabilidad de una entidad jurídica ubicada en su territorio o constituida con arreglo a su legislación, cuando una persona responsable de su dirección o control cometa, en esa calidad, un delito enunciado en el artículo 2. Esa responsabilidad podrá ser penal, civil o administrativa. 2.- Se incurrirá en esa responsabilidad sin perjuicio de la responsabilidad penal de las personas físicas que hayan cometido los delitos. 3.- Cada Estado Parte velará en particular por que las entidades jurídicas responsables de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 estén sujetas a sanciones penales, civiles o administrativas eficaces, proporcionadas y disuasorias. Tales sanciones podrán incluir sanciones de carácter monetario.”

de la ley no impone a los Estados la obligación de establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas, salvo las dudas que podría generar el párrafo tercero del artículo 5° al señalar que las sanciones penales deberán ser eficaces y disuasivas.

c) Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) para el Lavado de Activos y Financiamiento del terrorismo

Se trata de cuarenta recomendaciones que trasuntan los esfuerzos de la comunidad internacional por combatir el lavado de activos. Se elaboró inicialmente en 1990, el año 2001 se revisaron las cuarenta recomendaciones aprobándose finalmente el texto de junio de 2003. El año 2001, a raíz de los atentados del 11-S, el GAFI amplió su lucha contra el financiamiento terrorista acordando ocho recomendaciones especiales relativas a la materia. El año 2004 se aprueba una novena recomendación especial referida a los denominados *cash cuorriers*.⁸

Estas recomendaciones han influido directamente en nuestra legislación, por ejemplo, en la dictación el año 2003 de la Ley 19.913 que crea la Unidad de Análisis Financiero (UAF) que estableció un nuevo tratamiento al delito de lavado de activos incorporando las recomendaciones internacionales sobre el punto.

Respecto a la responsabilidad de las personas jurídicas, el GAFI no obliga a que los países incorporen la

⁸ Con la finalidad de detectar el transporte físico transfronterizo de dinero en efectivo e instrumentos negociables al portador, incluyendo un sistema de declaración u otra obligación de revelación

responsabilidad penal a su ordenamiento punitivo; sin embargo, recomienda adoptar esta decisión.⁹

Al igual como sucede en los instrumentos internacionales comentados en los puntos precedentes, la exigencia de una responsabilidad de las personas jurídicas no es impuesta obligatoriamente a los países que, como Chile, no establecía dicha responsabilidad penal. Como alternativa, se ordena contemplar, en todo caso, sanciones proporcionales, disuasivas y eficaces. Esta exigencia es cuestionable en cuanto a su alcance, debido a que nadie puede saber con certeza cuando una pena es disuasiva, la proporcionalidad de la misma depende de cada sociedad y la eficacia de la sanción es un tema controversial. El origen de esta condición (proporción, disuasión y eficacia) apareció por vez primera en una sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea el 21 de Septiembre de 1989 en el caso denominado “del maíz griego”.¹⁰ Con este fallo, que se fundamenta en el principio de asimilación propugnado por el Derecho comunitario europeo, es decir, la aplicación del Derecho penal nacional a la protección de bienes jurídicos comunitarios, se estableció que los Estados miembros “deben cuidar que las violaciones del Derecho

⁹ La recomendación N°2 señala: “*Los países deberían garantizar que: b) Se debería aplicar a las personas jurídicas la responsabilidad penal y, en los casos que no sea posible, la responsabilidad civil o administrativa. Esto no debería obstaculizar los procedimientos penales, civiles o administrativos paralelos con respecto a personas jurídicas en aquellos países en que se apliquen esas formas de responsabilidad. Las personas jurídicas deberían estar sujetas a sanciones efectivas, proporcionadas y disuasivas. Estas medidas se aplicarían sin perjuicio de la responsabilidad penal de las personas físicas*”. La recomendación N° 17 señala: “*Los países deberían asegurar que se dispongan de sanciones eficaces, proporcionadas y disuasivas, sean de orden penal, civil o administrativa, para tratar a las personas físicas o jurídicas cubiertas por estas recomendaciones que no cumplan con los requisitos para combatir el lavado de activos o el financiamiento del terrorismo.*”

¹⁰ El año 1986 se exportaron desde Grecia a Bélgica 20.000 toneladas de maíz, declarando los responsables que se trataba de maíz de origen griego, cuando, en realidad, se trataba de maíz procedente de Yugoslavia, por lo que la exportación no quedó sujeta al correspondiente arancel aduanero. A pesar de los apremios que la Comisión realizó al gobierno griego para que iniciara los procedimientos sancionatorios por el fraude al arancel agrícola comunitario, estos no se produjeron, por lo que finalmente la Comisión acudió al Tribunal de Justicia de la Comunidad para que resolviera. V. JAEN VALLEJO, Manuel. Criminalidad económica (en línea). Disponible en:

<http://64.233.163.132/search?q=cache:t3YiadSs6TEJ:www.hacienda.go.cr/centro/datos/Articulo/Criminalidad%2520econ%C3%B3mica.doc+jaen+vallejo+criminalidad+econ%C3%B3mica&cd=6&hl=es&ct=clnk&gl=cl>

Consultado el 7 de Enero de 2010.

comunitario sean sancionadas en condiciones, de fondo y procesales, análogas a las aplicables a las violaciones del Derecho nacional de naturaleza e importancia similares y que, en todo caso, confieran a la sanción un carácter efectivo, proporcionado y disuasivo"¹¹

De lo anterior, podemos colegir que, en definitiva, la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas a nuestro ordenamiento no era obligatoria y sólo alcanzaba a una recomendación.

2. LA LEY 20.393 QUE ESTABLECE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LOS DELITOS DE LAVADO DE ACTIVOS, FINANCIAMIENTO DEL TERRORISMO Y DELITOS DE COHECHO QUE INDICA

La ley sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas vigente actualmente en nuestro país, adopta un sistema mixto de imputación y presenta algunas particularidades que serán comentadas a continuación siguiendo en general el articulado de la ley.

2.1 Alcance y contenido de la ley

Esta ley se aplica a las personas jurídicas de derecho privado, tengan o no fines de lucro, como asimismo, a las empresas del Estado. Si bien desde el punto de vista de las personas jurídicas sujetas a esta ley existe una considerable amplitud, esta se ve reducida cuando se establece los delitos por los cuales podrán responder

¹¹ BACIGALUPO, Enrique, en *"Estado de la cuestión de la protección de los intereses financieros de la Comunidad: progresos y lagunas"* Curso de Derecho Penal Económico, Enrique Bacigalupo (director), 2^oed. 2005., p 783

las entidades colectivas. En efecto, sólo vincula la responsabilidad penal de los entes colectivos con los delitos de *lavados de activos, financiamiento del terrorismo y el cohecho a funcionario público nacional o extranjero*; sin embargo, los delitos vinculados o denominados “base” en relación al lavado de activos y el cohecho, hacen que indirectamente la responsabilidad penal se extienda a otras figuras penales.¹²

Conforme a lo anterior, podríamos aventurar que la ley, desde el punto de vista político criminal, es tímida. La exclusión de delitos de suma relevancia e inherentes a la actividad empresarial, limitan demasiado la aplicación práctica de ella. En efecto, se excluyen los delitos fiscales, cuya discusión se origina de la mano con la responsabilidad de las personas jurídicas en el congreso de Bucarest de 1928, también se excluyen los delitos medioambientales, y si bien, el cohecho y, sobre todo, el lavado de activos tienen una gran gama de delitos base, la responsabilidad de la persona jurídica sólo queda limitado a la realización de los delitos enunciados en el artículo 1° de la ley. En lo que respecta al cohecho, la tendencia en derecho comparado es sancionarlo entre particulares, tipificación que no encontramos en nuestra legislación y cuya incorporación debiera en algún momento comenzar a discutirse.

¹² Artículo 1° ley 20.393. Contenido de la ley. *La presente ley regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto de los delitos previstos en el artículo 27 de la ley N°19.913, en el artículo 8° de la ley N°18.314 y en los artículos 250 y 251 bis del Código Penal; el procedimiento para la investigación y establecimiento de dicha responsabilidad penal, la determinación de las sanciones procedentes y la ejecución de éstas.*

En lo no previsto por esta ley serán aplicables, supletoriamente, las disposiciones contenidas en el Libro I del Código Penal y el Código Procesal Penal y en las leyes especiales señaladas en el inciso anterior, en lo que resultare pertinente.

Para los efectos de esta ley, no será aplicable lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 58 del Código Procesal Penal.”

2.2 Sistema de atribución de responsabilidad

En lo tocante a la forma de imputar responsabilidad a la persona jurídica, la ley contiene dos sistemas de atribución, los que podríamos denominar como ordinario y extraordinario y que someramente se comentan a continuación.

2.2.1 Sistema ordinario

Regulado en el artículo 3° de la ley 20.393,¹³ este precepto establece los siguientes presupuestos de responsabilidad:

a. La existencia de un hecho punible cometido por: (i) alguna de las personas que realicen actividades de administración y supervisión de dicha persona jurídica (dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión) (ii) o por una persona natural que esté bajo la dirección o supervisión directa de alguno de dichos sujetos.

b. Comisión del delito en interés o para el provecho directo e inmediato de la persona jurídica. Expresamente se

¹³ Artículo 3° ley 20.393. “Atribución de responsabilidad penal. Las personas jurídicas serán responsables de los delitos señalados en el artículo 1° que fueren cometidos directa e inmediatamente en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión.

Bajo los mismos presupuestos del inciso anterior, serán también responsables las personas jurídicas por los delitos cometidos por personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los sujetos mencionados en el inciso anterior.

Se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente.

Las personas jurídicas no serán responsables en los casos que las personas naturales indicadas en los incisos anteriores, hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero.”

excluye todo tipo de beneficio que tenga el carácter de indirecto, por lo tanto, la actuación de las personas enumeradas en la letra anterior deberán en el ámbito subjetivo de su conducta incorporar dicho interés, de lo contrario, si la entidad jurídica resulta beneficiada por alcance, sería impune. En cuanto a la naturaleza del interés, se ha señalado que debe ser de carácter económico, en efecto, en la mayoría de los delitos contemplados en la ley y los que a futuro se puedan agregar, será lo económico lo que caracterice el interés; sin embargo, tratándose del financiamiento al terrorismo, podrán presentarse situaciones en que el interés no sea precisamente económico, sino que por el contrario, obedecer a convicciones –cuestionables o no- que no tienen dicho carácter.

Es evidente que alguna vinculación debe existir entre la conducta de la persona física con la persona jurídica, en este sentido, nos encontramos ante un sistema mixto de imputación, pues existe transferencia de responsabilidad por los actos realizados por la persona física, pero ésta podrá eximirse si acredita que ha cumplido con los deberes de dirección y supervisión. Además, como es lógico, si la persona individual actúa en su propio interés o de un tercero, la persona jurídica no es responsable penalmente.

c. Incumplimiento, por parte de la persona jurídica, de su deber de dirección y supervisión, y que ello haya sido lo que hizo posible la comisión del delito. Este requisito establece un elemento fundamental de la actual ley, como es el modelo de prevención y su estructuración, elemento que está estrechamente vinculado a la teoría de la culpabilidad para las personas jurídicas a la

que adscribe nuestra ley y que se fundamenta en la infracción de los deberes de vigilancia.¹⁴

2.2.2 Sistema de atribución extraordinario

Se denomina así al sistema contemplado en el artículo 5° de la ley 20.393,¹⁵ el que constituye una excepción a la regla general contenida en el artículo 3°, ya que se trata de situaciones que, cumpliendo los requisitos de imputación del artículo tercero, se sanciona sólo a la persona jurídica y no a la persona natural. Los casos contemplados son los siguientes:

a) Encontrándose individualizada la persona natural que ha cometido el ilícito, se ha extinguido la responsabilidad penal a su respecto por fallecer antes de dictarse sentencia ejecutoriada, o bien, por la prescripción de la acción penal.

La razón por la cual se incorpora la muerte del autor individual, obedecería a razones de política criminal, ya que en el ámbito de delitos como el lavado de dinero y financiamiento al terrorismo actúan mafias muy poderosas que verían, en la muerte del o

¹⁴ V. Infra p.45

¹⁵ Artículo 5°.- *Responsabilidad penal autónoma de la persona jurídica. La responsabilidad de la persona jurídica será autónoma de la responsabilidad penal de las personas naturales y subsistirá cuando, concurriendo los demás requisitos previstos en el artículo 3°, se presente alguna de las siguientes situaciones:*

1) *La responsabilidad penal individual se hubiere extinguido conforme a lo dispuesto en los numerales 1° y 6° del artículo 93 del Código Penal.*

2) *En el proceso penal seguido en contra de las personas naturales indicadas en los incisos primero y segundo del artículo 3° se decretare el sobreseimiento temporal de el o los imputados, conforme a las causales de las letras b) y c) del artículo 252 del Código Procesal Penal.*

También podrá perseguirse dicha responsabilidad cuando, habiéndose acreditado la existencia de alguno de los delitos del artículo 1° y concurriendo los demás requisitos previstos en el artículo 3°, no haya sido posible establecer la participación de el o los responsables individuales, siempre y cuando en el proceso respectivo se demostrare fehacientemente que el delito debió necesariamente ser cometido dentro del ámbito de funciones y atribuciones propias de las personas señaladas en el inciso primero del mencionado artículo 3°.

los autores individuales una forma fácil de evitar la persecución penal, actuación que conforme a la redacción de nuestra ley se busca desincentivar.¹⁶ En el caso de la prescripción de la acción, es difícil pensar en casos en que la acción penal prescriba para la persona natural y no lo haga respecto de la persona jurídica. Por el contrario, podría presentarse situaciones en que la acción prescriba primero para la persona jurídica y se mantenga para la persona natural. Imaginemos, por ejemplo, que el autor escapa del país y deba contabilizarse la prescripción conforme a la regla de “dos días por uno”.

b) Cuando la persona natural no compareciere al procedimiento y fuere declarado rebelde o bien, en los casos en que cayere en enajenación mental luego de haber cometido el delito.

c) No hubiere sido posible establecer la participación del o los responsables individuales, siempre y cuando se haya demostrado fehacientemente que el delito debió necesariamente ser cometido dentro del ámbito de funciones y atribuciones propias de las personas señaladas en el inciso primero del artículo 3°. En este caso nos podríamos encontrar ante una situación cuestionable desde el punto de vista constitucional ya que podría atentar contra la garantía contenida en el artículo 19 N°3 inciso sexto, sobre todo por los reparos que desde el punto dogmático y legal se pueden generar, toda vez que, faltando el autor individual, la imputación del tipo podría presentar dificultades y transformarse en una responsabilidad objetiva. En efecto, ante la imposibilidad de determinar la participación de la persona natural, no podría precisarse si el hecho ha sido o no voluntario, si ha sido o no doloso y una serie de requisitos de imputación. Esta regla más

¹⁶ V. Historia de la ley 20.393 p.258 ss.

bien obedece a la idea intrínseca del legislador de sancionar a todo evento, lo que si bien desde un punto de vista político criminal es válido, no puede ser defendible desde un punto de vista dogmático y de las reglas de imputación de la responsabilidad penal.¹⁷

2.3 El modelo de prevención

Por la importancia que reviste para determinar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, los requisitos y características del modelo de prevención serán desarrollados en este punto.

El modelo de prevención de delitos se regula detalladamente en el artículo 4° de la ley.¹⁸ En términos

¹⁷ El problema se presenta, tal como lo expresó en la discusión parlamentaria la profesora Horvitz Lennon, sobre todo con el delito de lavado de activos, pues para la concurrencia de este ilícito, es necesario acreditar el delito base. A lo anterior se suma que el propio delito de lavado de dinero contenido en la ley 19.913 contiene figuras que exigen sea "a sabiendas" (art. 27 letra a), actuar con "ánimo de lucro" (art.27 letra b) y una figura culposa (artículo 27 inciso final), las cuales requieren de la individualización de la persona natural que incurrió en esas conductas.

¹⁸ Artículo 4°.- *Modelo de prevención de los delitos. Para los efectos previstos en el inciso tercero del artículo anterior, las personas jurídicas podrán adoptar el modelo de prevención a que allí se hace referencia, el que deberá contener a lo menos los siguientes elementos:*

1) Designación de un encargado de prevención.

a) La máxima autoridad administrativa de la persona jurídica, sea ésta su directorio, un socio administrador, un gerente, un ejecutivo principal, un administrador, un liquidador, sus representantes, sus dueños o socios, según corresponda a la forma de administración de la respectiva entidad, en adelante la "Administración de la Persona Jurídica", deberá designar un encargado de prevención, quien durará en su cargo hasta tres años, el que podrá prorrogarse por períodos de igual duración.

b) El encargado de prevención deberá contar con autonomía respecto de la Administración de la Persona Jurídica, de sus dueños, de sus socios, de sus accionistas o de sus controladores. No obstante, podrá ejercer labores de contraloría o auditoría interna.

En el caso de las personas jurídicas cuyos ingresos anuales no excedan de cien mil unidades de fomento, el dueño, el socio o el accionista controlador podrán asumir personalmente las tareas del encargado de prevención.

2) Definición de medios y facultades del encargado de prevención.

La Administración de la Persona Jurídica deberá proveer al encargado de prevención los medios y facultades suficientes para el desempeño de sus funciones, entre los que se considerarán a lo menos:

a) Los recursos y medios materiales necesarios para realizar adecuadamente sus labores, en consideración al tamaño y capacidad económica de la persona jurídica.

b) Acceso directo a la Administración de la Persona Jurídica para informarla oportunamente por un medio idóneo, de las medidas y planes implementados en el cumplimiento de su cometido y para rendir cuenta de su gestión y reportar a lo menos semestralmente.

3) Establecimiento de un sistema de prevención de los delitos.

El encargado de prevención, en conjunto con la Administración de la Persona Jurídica, deberá establecer un sistema de prevención de los delitos para la persona jurídica, que deberá contemplar a lo menos lo siguiente:

generales se exige: (i) designación del encargado de prevención, (ii) definición de los medios y facultades del encargado de prevención, (iii) establecimiento de un sistema de prevención de los delitos, (iv) un sistema de supervisión y certificación voluntaria de la adopción e implementación de un modelo de prevención de delitos.

2.3.1 El Encargado de Prevención

En cuanto al encargado de prevención, la ley establece una distinción si se trata de una persona jurídica que ha tenido ingresos por sobre o debajo de las cien mil UF. Cuando se trate de ingresos superiores a la cota establecida, necesariamente el encargado de prevención deberá ser una persona externa al aparato administrativo de la entidad jurídica, salvo que realice actividades contraloras o de auditoría externa y ejercer como encargado. La elección de este cargo lo hará la autoridad máxima de la persona jurídica que corresponda según la forma jurídica que adopte. En cambio, cuando el

a) La identificación de las actividades o procesos de la entidad, sean habituales o esporádicos, en cuyo contexto se genere o incremente el riesgo de comisión de los delitos señalados en el artículo 1°.

b) El establecimiento de protocolos, reglas y procedimientos específicos que permitan a las personas que intervengan en las actividades o procesos indicados en el literal anterior, programar y ejecutar sus tareas o labores de una manera que prevenga la comisión de los mencionados delitos.

c) La identificación de los procedimientos de administración y auditoría de los recursos financieros que permitan a la entidad prevenir su utilización en los delitos señalados.

d) La existencia de sanciones administrativas internas, así como de procedimientos de denuncia o persecución de responsabilidades pecuniarias en contra de las personas que incumplan el sistema de prevención de delitos.

Estas obligaciones, prohibiciones y sanciones internas deberán señalarse en los reglamentos que la persona jurídica dicte al efecto y deberán comunicarse a todos los trabajadores. Esta normativa interna deberá ser incorporada expresamente en los respectivos contratos de trabajo y de prestación de servicios de todos los trabajadores, empleados y prestadores de servicios de la persona jurídica, incluidos los máximos ejecutivos de la misma.

4) Supervisión y certificación del sistema de prevención de los delitos.

a) El encargado de prevención, en conjunto con la Administración de la Persona Jurídica, deberá establecer métodos para la aplicación efectiva del modelo de prevención de los delitos y su supervisión a fin de detectar y corregir sus fallas, así como actualizarlo de acuerdo al cambio de circunstancias de la respectiva entidad.

b) Las personas jurídicas podrán obtener la certificación de la adopción e implementación de su modelo de prevención de delitos. En el certificado constará que dicho modelo contempla todos los requisitos establecidos en los numerales 1), 2) y 3) anteriores, en relación a la situación, tamaño, giro, nivel de ingresos y complejidad de la persona jurídica.

Los certificados podrán ser expedidos por empresas de auditoría externa, sociedades clasificadoras de riesgo u otras entidades registradas ante la Superintendencia de Valores y Seguros que puedan cumplir esta labor, de conformidad a la normativa que, para estos efectos, establezca el mencionado organismo fiscalizador.

c) Se entenderá que las personas naturales que participan en las actividades de certificación realizadas por las entidades señaladas en la letra anterior cumplen una función pública en los términos del artículo 260 del Código Penal.”

ingreso anual esté por debajo de las cien mil UF, no será necesario que el encargado de prevención sea externo, pues este cargo lo podrá realizar personalmente el dueño, socio o accionista controlador

En cuanto a los medios para realizar su función, estos deben ser entregados por la administración conforme al tamaño y capacidad económica de la persona jurídica, además de configurar un medio de comunicación directo con la administración que permita informar de su gestión.

2.3.2 El sistema de prevención de delitos

La ley establece los estándares mínimos que debe contener un sistema de prevención, en este aspecto exige: precisión de las actividades que generen o aumenten el riesgo de incurrir en los delitos sancionados por esta ley; establecer reglas y protocolos que permitan a las personas que participan de dichas actividades prevenir la comisión de dichos ilícitos; identificación de los procedimientos de administración y auditoria de los recursos destinados a prevenir la comisión de delitos, y por último, un sistema interno de sanciones administrativas y de denuncias o sanciones pecuniarias para quienes incumplan las reglas de prevención.

Ahora bien, es evidente que los miembros de una corporación deben estar debidamente informados de cuáles son las reglas a las que deberán someterse, por ello, están deben incluirse en los reglamentos internos de la organización y formar parte de todo tipo de contrato laboral. Esta regla deberá aplicarse a todos los trabajadores, sin exclusión alguna, ni siquiera de los máximos ejecutivos.

2.3.3 Supervisión y certificación del sistema de prevención

En este punto la ley establece una supervisión interna, que corresponde a la administración y al encargado de prevención, quienes deberán actualizar y corregir el sistema conforme se produzcan cambios en las circunstancias de la respectiva entidad. Un ejemplo de esto, sería aquellos casos en que la persona jurídica tenga ingresos anuales superiores a la cota fijada por ley y por lo tanto deba nombrar un encargado externo, o bien, cuando amplíe el giro a nuevas actividades que tengan una mayor cercanía con los delitos sancionados en esta normativa.

Por otro lado, la ley establece un sistema de certificación privada, a la usanza de las empresas calificadoras de riesgo. Esta certificación no es obligatoria y podrá realizarse ante empresas auditoras externas, clasificadoras de riesgo o cualquier otra entidad que pueda realizar esta labor y se encuentre inscrita en los registros de la superintendencia de valores y seguros.

La ley, establece una regla que otorga el carácter de funcionario público en los términos del artículo 260 del Código Penal, la finalidad de este precepto es sancionar a la persona jurídica por el delito de cohecho en caso de irregularidades en la obtención de la certificación

Respecto a los modelos de prevención en derecho comparado, hay que distinguir si el problema a evitar es únicamente penal o más amplio (compliance) que incluye no sólo el ámbito penal, sino que también la responsabilidad extracontractual y la responsabilidad sancionatoria administrativa. En general, en la

comunidad europea se establece una directiva denominada solvency II, que establece los elementos que ha de contener un sistema de prevención. Estos son: un sistema de administración, control interno, un adecuado sistema de información y función permanente de vigilancia de las normas legales.

Sobre esta base, se ha estudiado lo que debe tener un correcto sistema de *compliance*. En primer lugar, debe establecerse un *sistema de vigilancia* como las previstas en la comunidad europea en el mercado de capitales (insider) o en el lavado de activos. Aquí hay sanciones administrativas y penales muy duras. Existe una función de vigilancia que se relaciona con la necesidad de documentarse.

En segundo lugar, debe configurarse una *función de asesoramiento*, la que se deriva de la vinculación de la organización a la normativa reguladora, la que corresponde sea en dos niveles: primero, lo que dice relación con la forma de actuar respecto al derecho vigente, y segundo, una parte prospectiva, en función de la variación del derecho y la necesidad de adaptarse antes a los cambios. En relación al derecho penal, este elemento se relaciona directamente con dos aspectos importantes de la teoría del delito.

a) el error, pues la obtención de un asesoramiento jurídico fiable tiene la posibilidad de excluir la sanción vía culpabilidad. ¿Cómo actúa esto en la persona jurídica si el error tiene que ver con el administrador y este se equivoca?, ¿cómo vincular esto si la persona jurídica se supone autónoma? Ahora bien, si un sistema de asesoramiento funciona bien, esta favorecerá a la persona jurídica.

b) tendrá incidencia en los delitos de omisión que presenta altas dificultades en esta materia.

Por último, el sistema debe contar con una *función de advertencia* y que se caracteriza por evitar que los hechos acaecidos no vuelvan a sucederse.

2.4 Penas previstas por la ley

La ley establece un conjunto de sanciones que se precisan en el artículo 8º, que pueden clasificarse en principales y accesorias. Entre las sanciones principales, la ley establece las siguientes: disolución de la persona jurídica o cancelación de la personalidad jurídica, prohibición perpetua de celebrar actos o contratos con organismos del Estado, pérdida parcial o total de beneficios fiscales o prohibición absoluta de recepción de los mismos y multa a beneficio fiscal. Por otra parte, como sanciones accesorias el artículo 13 de la ley regula las siguientes medidas: publicación de un extracto de la sentencia, comiso y el entero en arcas fiscales de la inversión realizada. A continuación se comentarán someramente.

2.4.1 Disolución de la persona jurídica o cancelación de la personalidad

Se trata de la sanción más grave que contiene la ley 20.393. La sentencia que establezca la pena deberá señalar a los liquidadores y además deberá encomendar la realización de las actuaciones necesarias para liquidar la organización. La sentencia producirá el efecto de perder definitivamente la personalidad jurídica.

Lo interesante de la ley, es que a pesar de la rigurosidad de la sanción, su aplicación queda restringida a los casos de *crímenes* en que concurra la circunstancia agravante establecida en el artículo 7°, es decir, haber sido condenada –la persona jurídica– dentro de los cinco años anteriores, por el mismo delito, contemplando así la reincidencia específica como causal para aplicar la sanción en comento. El otro caso en que procede la aplicación de esta sanción es la reiteración de delitos conforme al concepto entregado por el artículo 351 del Código Procesal Penal, esto es, se trate de conductas que afecten el mismo bien jurídico.

Finalmente, quedan exceptuadas de esta sanción, las empresas del Estado y las privadas que presten servicios de utilidad pública. En este último caso, no basta con prestar dicho servicio para eximirse de la sanción, ya que se requiere que la interrupción en la prestación del servicio pueda ocasionar graves consecuencias sociales, económicas o daños serios a la comunidad.

2.4.1.1. La disolución en relación al delito de asociación ilícita.

La ley 20.392 introduce una modificación en lo atinente a la asociación ilícita. Incorpora un nuevo inciso segundo a los artículos 294 del Código Penal y 28 de la ley N° 19.913.¹⁹ Con esta modificación, se establece que, si la asociación se ha formado a través de una persona jurídica, se impondrá como consecuencia accesoria la disolución o cancelación de la organización.

¹⁹ El inciso segundo introducido en ambos preceptos es el siguiente: “*Cuando la asociación se hubiere formado a través de una persona jurídica, se impondrá además, como consecuencia accesoria de la pena impuesta a los responsables individuales, la disolución o cancelación de la persona jurídica*”.

El origen de esta disposición se relaciona con una atenuante originalmente contemplada en el proyecto de ley y que luego no fue incluida en el texto definitivo.²⁰ Se argumentó en la discusión parlamentaria que podría plantearse problemas dogmáticos al eximir de responsabilidad a una persona jurídica cuando se constituía exclusivamente para delinquir, pues en nuestro ordenamiento esto es sancionado como asociación ilícita.²¹ Esta fue la razón para desechar la atenuante y, por el contrario, redactar un precepto muy similar al que actualmente contiene la ley en su “artículo segundo” y que señalaba que, cuando la persona jurídica tuviere como única finalidad la comisión de hechos delictivos, el juez ordenará la disolución de la empresa, como consecuencia accesoria a la pena impuesta a los responsables.²²

Respecto a esta nueva redacción se hicieron algunos alcances, dentro de los cuales resalta la necesidad de que sea el tribunal quién deba determinar si la persona jurídica tenía como “única finalidad” la comisión de delitos, es decir, se debía determinar la responsabilidad penal conforme a las reglas de imputabilidad contenidas en la ley.²³

²⁰ El original artículo 6 del proyecto señalaba: “*Las personas jurídicas están exentas de la responsabilidad legal que establece el artículo 3°: 1) Cuando la persona jurídica tuviere menos de veinticinco empleados y cuyas ventas anuales netas de Impuesto al Valor Agregado, no excedieren de veinticinco mil unidades de fomento en los dos años calendarios anteriores a la comisión del delito del cual emana la responsabilidad, o, en el caso de las exportadoras, cuyo monto exportado haya sido en los dos años calendarios anteriores a la comisión del delito del cual emana la responsabilidad, en promedio, de un valor FOB igual o inferior a US\$ 16.700.000 reajustado anualmente en el porcentaje de variación que en el año precedente haya experimentado el índice de precios promedio relevante para el comercio exterior de Chile, según lo certifique el Banco Central de Chile. En estos casos, el juez ordenará el nombramiento de un interventor para la persona jurídica, como consecuencia accesoria de la pena impuesta a los responsables individuales. 2) Cuando la persona jurídica tuviere como única finalidad la comisión de hechos delictivos. En estos casos, el juez ordenará la disolución de la empresa, como consecuencia accesoria de la pena impuesta a los responsables individuales.”*

²¹ Historia de la ley 20.393 p. 54

²² Se estableció esta redacción a proposición de una indicación propuesta por los Diputados señora Soto y señores Araya, Burgos, Ceroni, Harboe y Schilling.

²³ Entre otras críticas al precepto, se señaló que debía precisarse que se estaba refiriendo a los delitos del artículo 1° del ese entonces proyecto de ley y que limitaba –al igual como lo hace la ley en la actualidad- la responsabilidad de las personas jurídicas a los delitos de financiamiento del terrorismo, lavado de dinero y cohecho.

Fue en el Senado donde se acordó eliminar el artículo 6° aprobado por la Cámara Baja y proceder a la modificación del Código Penal y el artículo 28 de la ley N° 19.913, modificación que merece las siguientes observaciones:

a) La ubicación sistemática de los preceptos lo ubican fuera del artículo primero que contiene la ley sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas, en efecto, las modificaciones se encuentran en el artículo segundo y tercero, lo que podría generar dudas sobre la necesidad de aplicar las reglas, sobre todo de imputación y procesales para determinar la sanción "accesoria" de disolución.

b) Es discutible que la disolución o cancelación se estructure como una sanción accesoria a la persona natural que ha sido considerada autor del delito de asociación ilícita, ya que justamente la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas se fundamenta en considerar al ente jurídico como independiente de la persona natural y, por esa razón, se establece todo un sistema especial para determinar dicha responsabilidad. Por ello, no es consecuente que se considere como accesoria a la sanción de los autores de asociación ilícita, la disolución o cancelación, sobre todo, si bajo la actual ley, la disolución y cancelación es la sanción más extrema y limitada de todo el sistema general de sanciones.

c) La modificación introducida al Código Penal y a la ley N° 19.913, no exige, a diferencia del artículo 6° del proyecto (que es antecedente de esta regla) que se haya constituido con la *única finalidad* de realizar hechos delictivos, sino que sólo establece como requisito que la asociación se hubiere formado a través de la

persona jurídica. Por lo tanto, es probable que la entidad jurídica exista con anterioridad a la asociación ilícita y luego pueda ser aprovechada para formar la asociación, pudiendo en algunos casos afectar a accionistas o socios que nada tienen que ver con la organización criminal creada. A lo anterior, cualquiera sea la discusión sobre la naturaleza de la sanción penal o administrativa, es claro que la medida que impondrá el tribunal como accesoria a la pena por la asociación ilícita es de naturaleza pena.

d) Así las cosas, podría en caso de asociación ilícita saltarse todas las garantías que asisten a la persona jurídica y sancionar con la pena de disolución o cancelación de esta, no respetando las garantías que la asisten y extendiéndola a la comisión de ilícitos no contemplados en el artículo 1° de la ley 20.393, siempre que –eso sí- exista asociación ilícita.

e) Por último, si se acepta la regla comentada, no se ve motivo alguno para excluir a la asociación ilícita contenida en el artículo 16 de la ley 20.000, casos fecundos en los que se constituyen dichas organizaciones criminales.

2.4.2 Prohibición temporal o perpetua de celebrar actos o contratos con los organismos del Estado.

Establecida como pena principal en el artículo 8° en relación con el artículo 10 de la ley 20.393, esta medida consiste en la pérdida del derecho a participar como proveedor de bienes y servicios de los organismos del Estado. Existen dos tipos de prohibición, una perpetua y la otra de carácter temporal, que a su vez,

se gradúa en mínimo (dos a tres años), medio (tres años un día a cuatro) y máximo (cuatro años y un día a cinco).

La prohibición perpetua como la temporal en su grado máximo, sólo se aplicará a los crímenes conforme lo establece el artículo 14 de la ley. En cambio, las prohibiciones temporales media y mínima sólo se impondrán en caso de simples delitos.

2.4.3 Pérdida total o parcial de beneficios fiscales

Esta sanción incluye tanto la pérdida como el impedir la recepción de los beneficios fiscales. El legislador quiso evitar problemas de interpretación y definió expresamente lo que debe entenderse por beneficios fiscales, señalando que: *"serán aquellos que otorga el Estado o sus organismos por conceptos de subvenciones sin prestación recíproca de bienes o servicios y, en especial, subsidios para financiamiento de actividades específicas o programas especiales y gastos inherentes o asociados a la realización de éstos, sea que tales recursos se asignen a través de fondos concursables o en virtud de leyes permanentes o subsidios, subvenciones en áreas especiales o contraprestaciones establecidas en estatutos especiales y otras de similar naturaleza"*

Al igual como sucede con la pena comentada en el punto anterior, ésta se gradúa de la siguiente manera: pérdida del 20% al 40% del beneficio fiscal (grado mínimo), pérdida del 40% al 70% (grado medio) y pérdida del 71% al 100% (grado máximo). Además, contempla que, tratándose personas jurídicas no acreedoras del beneficio, prohibición absoluta para percibirlos se

encuentra entre los dos a cinco años contados desde que la sentencia que declara la responsabilidad se encuentre ejecutoriada.

Cuando se trate de crímenes, se podrá aplicar en su grado máximo o bien, la prohibición absoluta de recepción por un periodo entre tres años un día a cinco. Los demás casos, sólo pueden imponerse en caso de simples delitos.

2.4.4 Multa a beneficio fiscal

Los artículos 8° y 12 contienen como última sanción principal la multa a beneficio fiscal, la que también se establece como una pena divisible en grados. Los segmentos son los siguientes: doscientas a dos mil UTM (grado mínimo), dos mil una a diez mil UTM (grado medio) y diez mil una veinte mil UTM (grado máximo). Sólo procede la multa en su grado máximo tratándose de crímenes y los demás casos de multa únicamente pueden imponerse a los simples delitos.

Por los montos involucrados en las multas, la ley permite el pago en cuotas que no puede superar los veinticuatro meses, siempre y cuando cumpla con dos requisitos alternativos, a saber: que el pago de contado ponga en riesgo la continuidad del giro de la entidad, o bien, cuando así lo aconseje el interés social.

El tema no es pacífico si consideramos que el artículo 39 de la Ley Orgánica de la Superintendencia de Valores, establece que, si los montos establecidos en otros cuerpos legales son inferiores a los contemplados en la ley orgánica, primarán estos últimos (15.000 UF). Se podría plantear un problema de doble sanción, en el

que se podría aplicar multas por un mismo hecho, infringiendo el principio non bis in ídem, o bien, que se pueda sancionar a las personas jurídicas conforme a los montos establecidos en la Ley Orgánica de la Superintendencia.

2.4.5 Penas accesorias

La ley contempla tres sanciones de este tipo, a saber: la publicación de un extracto de la sentencia a costa de la persona jurídica, lo que desde el punto de vista práctico no resulta criticable. El comiso y, por último, el entero en arcas fiscales de los dineros que, de inversión, excedan a los ingresos generados por la persona jurídica.

2.5 Determinación de las penas

La ley establece en su párrafo segundo un sistema especial de determinación de penas, en él se contemplan –entre otras- la escala general de delitos, las circunstancias modificatorias de responsabilidad y las reglas de determinación judicial de la pena, a continuación se comentarán someramente.

2.5.1 Escala general de penas

El artículo 14 de la ley, establece la escala general de sanciones, las cuales se clasifican considerando si un hecho es considerado crimen o simple delito. Como sabemos, la ley en su artículo primero sólo contempla tres figuras delictivas por las que pueden ser sancionadas conforme a la actual normativa, de estos ilícitos, sólo el lavado de activos tiene pena de crimen, mientras que el

cohecho a funcionario público chileno o extranjero como el financiamiento al terrorismo tienen pena de simple delito. El legislador quiso zanjar cualquier duda al respecto y en el artículo 15 confirma lo señalado anteriormente.²⁴

Por lo tanto y conforme a lo preceptuado en los artículos 14 y 15, las penas de: disolución o cancelación, prohibición de celebrar actos o contratos con organismos del Estado en su grado máximo a perpetuo, pérdida de beneficio fiscal en su grado máximo o prohibición absoluta de recepción de los mismos de tres a cinco años y multa en su grado máximo sólo procede en los casos que se condene por el delito de *lavado de activos*. En el caso de la disolución o cancelación, se requerirá además que haya reincidencia específica o reiteración para aplicar la medida.

En cambio, las penas de prohibición temporal de celebrar contratos con organismos del Estado en su grado mínimo a medio, pérdida de beneficios fiscales en su grado mínimo a medio o prohibición absoluta de recepción durante dos a tres años y multa en su grado mínimo a medio, se aplicarán únicamente al financiamiento del terrorismo y el cohecho.

2.5.2 Circunstancias modificatorias de responsabilidad.

Una vez precisado el catálogo de penas aplicable conforme se trate de crimen o simple delito, corresponde

²⁴ Artículo 15.- Determinación legal de la pena aplicable al delito. “A los delitos sancionados en los artículos 250 y 251 bis del Código Penal, y en el artículo 8° de la ley N° 18.314, se les aplicarán las penas previstas en esta ley para los simples delitos, de conformidad a lo dispuesto en el artículo anterior. Al delito contemplado en el artículo 27 de la ley N° 19.913 le serán aplicables las penas de crímenes, según lo dispuesto en el artículo precedente.”

verificar las reglas de las circunstancias modificatorias de responsabilidad contenidas en el artículo 16 de la ley.

Si bien restringida en cuanto al número, sus efectos son más extensivos que en la parte general de nuestro Código punitivo, pues no sólo operan para determinar la extensión de la pena, sino que también para precisar cuántas de las sanciones contenidas en la escala general se impondrán al caso concreto.

En cuanto a las atenuantes, la ley remite en su artículo 6° a dos atenuantes generales contenidas en el artículo 11 del Código Penal, que son *el reparar con celo el mal causado y la cooperación sustancial en el esclarecimiento de los hechos*. Respecto a esta última, el legislador señaló expresamente cuando debe entenderse que hay una cooperación sustancial, situación que no sucede en el Código Penal. En efecto, se debe entender que se coopera sustancialmente cuando: *"en cualquier estado de la investigación o del procedimiento judicial, sus representantes legales hayan puesto, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, el hecho punible en conocimiento de las autoridades o aportado antecedentes para establecer los hechos investigados"*. Esta regla deberá entenderse como la entrega de antecedentes relevantes por parte del representante, siempre y cuando se realice antes de la formalización de la investigación contra la persona jurídica, en todo caso, no obsta al reconocimiento de la atenuante que el representante haya sido formalizado, es más, esta situación es prerequisite para poder formalizar a la entidad jurídica conforme a lo dispuesto por el artículo 22 de la ley.²⁵

²⁵ Artículo 22.- Formalización de la investigación.- *"Cuando el fiscal considere oportuno formalizar el procedimiento dirigido en contra de la persona jurídica, solicitará al juez de garantía la citación del representante legal de aquella, de*

Por último el artículo 6° de la ley establece una atenuante no contemplada en el Código Penal, preceptuando que si antes del comienzo del juicio, la persona jurídica tome las medidas eficaces para prevenir la reiteración de la misma clase de delito objeto de la investigación, será favorecida por una minorante.

Estas atenuantes son taxativas, por lo que fuera de estas, no procederá la aplicación de otra minorante. En realidad, por la naturaleza de las atenuantes contenidas en el artículo 11 del Código Penal, serían inaplicables a las personas jurídicas, salvo el caso de la irreprochable conducta anterior, la que podría haberse incluido dentro de las minorantes aplicables a los entes jurídicos.

En cuanto a las agravantes, la ley sólo contempla la contenida en el artículo 7° y que consiste en haber sido condenado dentro de los cinco años anteriores por el mismo delito. Aquí se recoge un caso de reincidencia específica, similar a la agravante del 12 N° 16 del Código Penal, pero en cierta forma, con una aplicación restringida. En efecto, la agravante del artículo 7° de la ley 20.393 habla de reincidencia por el mismo delito, y no de ilícitos que atenten contra delitos de la misma especie como lo señala el Código Penal, que debe entenderse, a la luz del inciso final del artículo 351 del Código Procesal Penal, como aquellos que atentan contra el mismo bien jurídico. Por lo tanto, en caso que la persona jurídica haya sido condenada, por ejemplo, por lavado de dinero y luego a los dos años por cohecho, no incurre en la citada agravante.

conformidad al artículo 230 y siguientes del Código Procesal Penal. Será requisito previo para proceder de esta forma, al menos, que se haya solicitado una audiencia de formalización de la investigación o presentado un requerimiento de acuerdo a las reglas del procedimiento simplificado, respecto de la persona natural que pudiese comprometer la responsabilidad de la persona jurídica según lo disponen los incisos primero y segundo del artículo 3°, salvo en los casos establecidos en el artículo 5°.

Otra situación que la distingue, es el plazo de prescripción de cinco años contados desde que queda ejecutoriada la condena y que no diferencia si se trata de crimen o simple delito, como si lo hace el Código Penal en el artículo 104 que establece el plazo de diez y cinco años para crímenes y simples delitos respectivamente.

2.5.2.1 Efectos en la determinación de la pena

Las reglas sobre determinación de la pena relacionada con las circunstancias modificatorias se estructuran sobre la distinción entre crimen o simple delito.

Tratándose de *crímenes*, que conforme a la regla del artículo 15 sólo contempla el delito de lavado de dinero, las reglas son las siguientes:

a) Si sólo concurre una atenuante y ninguna agravante se aplicarán sólo dos de las penas aplicables a los crímenes conforma a la escala general del artículo 14 en su grado mínimo. Es evidente que sólo remita a las penas divisibles, pues la disolución o cancelación sólo opera cuando concurra la agravante de reincidencia.

b) Si sólo concurre la agravante del artículo 7° y ninguna atenuante, se deberá aplicar las penas en su máximo o la disolución o cancelación. En este caso, la ley no dice cuantas penas se deben aplicar, pero relacionándolo con la regla aplicable a los simples delitos, se podría colegir que son todas o, en el mejor de los casos, al menos dos. Siendo coherente con la regla del

artículo 9° inciso final, es el primero de las dos situaciones en que procede la disolución o cancelación de la persona jurídica.

c) Cuando concurren varias atenuantes y ninguna agravante se deberá aplicar dos penas de las contempladas para los simples delitos. Al no determinar el grado en que se podrán aplicar, permitiría al juez recorrerlo en toda su extensión, siguiendo el mismo criterio aplicado a los simples delitos.

Tratándose de *simples delitos*, que en el caso de nuestra ley se limita al cohecho y el financiamiento al terrorismo, las reglas son las siguientes:

a) Al concurrir una atenuante sin la agravante del artículo 7°, se deberá aplicar dos penas de las contenidas en el artículo 14 para los simples delitos, debiendo imponerse una de ellas en su grado mínimo, regla que no impide que ambas se apliquen en el mínimo.

b) Cuando concorra la agravante del artículo 7° y ninguna atenuante, se aplicarán todas las penas en su grado máximo.

c) Cuando concurren varias atenuantes sin la agravante de reincidencia del artículo 7°, el tribunal deberá aplicar sólo una pena pudiendo recorrerla en toda su extensión.

Finalmente el artículo 16 contiene la regla de la compensación en caso que concorra la agravante la que se compensará con cualquiera de las atenuantes que concurren.

2.5.3 Reglas de determinación judicial

Contempladas en el artículo 17 de la ley, establece una serie de reglas destinadas al juez penal para precisar la cuantía y naturaleza de la sanción que deberá imponer, contiene seis criterios a saber: i) *El monto de los dineros involucrados en la comisión del ilícito; ii) el tamaño y la naturaleza de la persona jurídica; iii) la capacidad económica de la persona jurídica; iv) el grado de sujeción y cumplimiento de la normativa legal y reglamentaria y de las reglas técnicas de obligatoria observancia en el ejercicio de su giro o actividad; v) la extensión del mal causado por el delito y vi) la gravedad de las consecuencias sociales y económicas o, en su caso, los daños serios que pudiere causar a la comunidad la imposición de la pena, cuando se trate de empresas.*

El problema podría presentarse en el caso del grado de sujeción y cumplimiento de la normativa legal reglamentaria, ya que en gran medida el sistema de culpabilidad por defecto de organización se fundamenta en no evitar que dentro de su estructura se cometan delitos, por lo que la sujeción a la normativa es un elemento que de seguro se va ponderar al momento de tipificar las conductas y por lo tanto podría presentarse un problema de doble valoración.

2.6 Transmisión de la responsabilidad penal

La ley contempla en el artículo 18 la transmisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los casos de modificación social, es decir, en casos de fusión, absorción, división y disolución voluntaria.

Este es un punto que merece algunas consideraciones desde el punto de vista dogmático, sobre todo porque se habla de transmisión de la responsabilidad penal, la que sabemos, es de carácter personal y requiere de todo un proceso de imputación para evitar la responsabilidad objetiva.

Sobre todo tratándose de fusión y absorción, donde participan otras personas jurídicas, el tema es algo complejo, ya que estas sociedades podrían verse afectadas por la denominada "trasmisión de responsabilidad". La pregunta es ¿a título de qué responderá penalmente las demás personas jurídicas involucradas?, ¿bajo qué criterios se le imputa la responsabilidad penal? De alguna forma, se tendría que sancionar por tener participación en la comisión de alguno de los delitos contemplados en el artículo 1º lo que no puede deducirse por el sólo hecho de la fusión o absorción. Quizás habría que replantearse este precepto o bien, no denominarla "transmisión de la responsabilidad penal"

2.7 El procedimiento penal contra la persona jurídica

Esta materia se encuentra regulada en el título III de la ley y en general, no es más que una adaptación a las reglas generales contenidas en el Código Procesal Penal otorgándole a las personas jurídicas -con las adaptaciones obvias- todos los derechos y garantías de los que goza un imputado -persona natural-. De esta forma y conforme al artículo 21 de la ley, se aplican especialmente a las personas jurídicas las siguientes disposiciones del Código Procesal Penal, a saber: presunción de inocencia (art. 4º), oportunidad en que se adquiere la calidad de imputado (art.7º), derecho a la defensa letrada

(art. 8), cautela de garantías (art. 10), derechos y garantías del imputado (art. 93), derecho a declarar como medio de defensa (art. 98), derecho a designar libremente a un defensor (art. 102), proponer diligencias durante la investigación (art. 183), asistencia a diligencias (art. 184), control judicial anterior a la formalización (art. 186), comparecencia del imputado ante el ministerio público (art. 193), declaración voluntaria del imputado (art. 194) y reapertura de la investigación (art. 257).

2.7.1 Formalización de la investigación

Regulado en el artículo 22 de la ley, la audiencia se debe llevar a cabo con la presencia del representante legal, a quien se le comunicará que se sigue una investigación contra la persona jurídica. Si no concurre en forma justificada se puede ordenar su arresto, si no es habido, se podrá solicitar que se nombre un defensor penal público.

Se requiere como pre requisito para formalizar, que con anterioridad se haya solicitado audiencia de formalización o requerimiento de juicio simplificado para la persona natural de cuyas actuaciones se establece la imputación a la persona jurídica. Esta regla es una consecuencia lógica del sistema mixto de nuestra legislación y en particular una característica del modelo vicarial, en que es necesaria la responsabilidad de una persona natural que en cierta medida la transfiere a la persona jurídica. La excepción recae en los casos del artículo 5° que contempla la responsabilidad autónoma de la organización, en estos casos no será necesario el pre requisito anteriormente señalado, pues de lo contrario, no podrá perseguirse la responsabilidad penal de la persona jurídica en los hechos, ya que

justamente los casos del artículo 5° consisten en aquellos en que no ha sido posible determinar o individualizar la responsabilidad penal en la persona natural. Esta audiencia se hará conforme a las reglas contenidas en el párrafo 5° del Libro II del Código Procesal Penal.

2.7.2 Reglas procesales especiales

La ley establece algunas reglas específicas y que se diferencian de las contenidas en el Código Procesal Penal. Dentro de esta normativa específica encontramos las siguientes reglas.

2.7.2.1 Improcedencia del principio de oportunidad

El artículo 24 de la ley establece la improcedencia del principio de oportunidad, una norma que viene a precisar una situación que conforme a los requisitos del artículo 170 del Código Procesal Penal podía aplicarse en algunos casos.

Desde luego, si consideramos sólo el requisito general de la penalidad mínima, se debe descartar inmediatamente el delito de lavado de dinero. Ahora bien, en el caso del cohecho, las figuras del 250 y 251 bis cumplen en algunos casos con la penalidad mínima para la procedencia del principio, sin embargo, se podría considerar que, al igual que el financiamiento al terrorismo, comprometen gravemente el interés público. Finalmente por una decisión netamente de política criminal, se decidió expresamente excluir la aplicación del principio de oportunidad contenido en el artículo 170 del Código Procesal Penal.

2.7.2.2 Suspensión condicional del procedimiento

Esta salida alternativa es procedente para las personas jurídicas, las que estarán sujetas a una de las condiciones por un periodo que va entre los seis a tres años; sin embargo, la ley establece condiciones específicas tales como: *pagar una determinada suma de dinero a beneficio fiscal* la que deberá ser comunicada por el juez a la Tesorería General de la República, *prestar un determinado servicio a favor de la comunidad, informar periódicamente su estado financiero a la institución que determinare, implementar un modelo de prevención y cualquier otra condición adecuada a las circunstancias del caso en concreto y propuesta fundamentada, por el Ministerio Público.*

Se trata de un precepto taxativo genérico, pues la última condición permite aplicar cualquier medida adecuada al caso. Dentro de estas condiciones destaca la imposición por parte del tribunal de la implementación de un sistema de prevención, buscando evitar de esta forma la reincidencia y de paso, forzar a la entidad a adoptar el modelo correspondiente.

En cuanto a los requisitos de procedencia, contiene los regulados en la letra b) y c) del artículo 237 del Código Procesal Penal; sin embargo, prescinde del requisito de la letra a) en lo que refiere a la pena probable, cuyo criterio es el tiempo que permanecerá privado de libertad, una cuestión obvia si consideramos que a las personas jurídicas no es posible imponerles una pena privativa de libertad, por lo tanto, la suspensión condicional en el caso de la ley 20.393 es, desde el punto de la pena asignada al delito, procedente respecto de todos los delitos que señala el artículo 1° de la ley.

Por último, son intransferibles las condenas anteriores o la suspensión condicional que haya recaído en la persona natural que comete el delito que vincula a la persona jurídica, lo relevante es que la entidad no tenga condenas anteriores ni suspensiones vigentes.

2.7.2.3 Procedencia de la suspensión de la condena

Regulado en el artículo 29 de la ley, consiste en la suspensión de la condena por un periodo que va desde los seis meses a dos años. Este precepto establece dos reglas: la primera, aplicable a las empresas del Estado o que presten servicios de utilidad pública, y la segunda, que regula la situación de las demás personas jurídicas.

En el primer caso, el único criterio para conceder la suspensión de la condena, es que la interrupción en el servicio cause graves consecuencias sociales y económicas o daños serios a la comunidad. En cambio, tratándose de las demás personas jurídicas, la medida será excepcional y fundada, considerando para su procedencia que la pena impuesta sea de simple delito en su grado mínimo y una consideración especial a situaciones de entidad como serían, por ejemplo, la cantidad de trabajadores, las ventas anuales o los montos de exportación de la empresa.

2.7.3 Procedimiento aplicable

No es aplicable el procedimiento monitorio. El procedimiento simplificado sólo es procedente en caso que el fiscal requiriere la aplicación de una pena de simple delito en su grado mínimo. El procedimiento abreviado procede sólo si el fiscal solicita

imposición de simple delito y en todos los demás casos, se aplica el juicio oral.

3. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA DISCUSIÓN RESPECTO A LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

La discusión tradicional en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas se ha debatido entre dos polos.

Por un lado, se encuentran quienes partiendo de una tradición jurídica europea, en la que el sujeto de Derecho penal es esencialmente la persona física, consideran imposible reconocer responsabilidad penal a los entes jurídicos, rigiendo como corolario el principio *societas delinquere non potest*. Para esta corriente doctrinaria, sólo es procedente la aplicación de sanciones administrativas y civiles.

En el otro extremo, se encuentran en general, los países con un sistema jurídico de marcada influencia anglosajona, quienes han adoptando el principio contrario, *societas delinquere potest*.²⁶ Que estos países, como aquellos que han recibido su influencia, consagren la responsabilidad de las personas jurídicas, no obstan a la discusión que se genera en torno a los criterios de imputación, ya que por la características propias de su sistema judicial, en particular, al precedente jurisprudencial que los caracteriza, en cierta

²⁶ BACIGALUPO, Silvina. "La responsabilidad de las personas jurídicas". 1º ed. 1998, pp. 29-30

medida carecerían de la contundencia o rigidez necesaria para argumentar sólidamente la responsabilidad de las persona jurídicas.²⁷

La discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas durante el siglo pasado tuvo tres etapas. La primera, que finaliza aproximadamente en 1930; la segunda, desde 1949 en adelante (luego de la segunda guerra mundial), periodo en que se replanteó la discusión por dos razones: la importancia que las personas jurídicas comenzaban a desarrollar en el comercio y la vida económica y, por otro lado, como razón fundamental, “el de responder a una cuestión práctica planteada por la existencia de la responsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito del derecho de ocupación de las Fuerzas Aliadas”.²⁸ Durante la ocupación, las leyes dictadas por las autoridades aliadas eran aplicadas al Derecho Alemán, a modo de ejemplo, una ley de 25 de noviembre de 1949, “equiparaba a la persona jurídica como sujeto de acciones penalmente relevantes en todo sentido con las personas físicas. A pesar de la incompatibilidad de esta disposición con los principios rectores del Derecho penal vigentes en aquel momento.”²⁹

Una tercera etapa y que reabre la discusión sobre tema de la responsabilidad de las personas jurídicas, se inicia el año 1979 y de ahí en más, la discusión doctrinaria sobre el tema, se ha ido desarrollando hasta la actualidad.

²⁷ BACIGALUPO, Silvina. En seminario sobre responsabilidad de las personas jurídicas dictado entre los días 6 y 10 de Octubre de 2009 en la Facultad de Derecho de la U. Chile en el Magister de Derecho Penal de los Negocios y la Empresa.

²⁸ BACIGALUPO, Silvina. “La responsabilidad de las personas jurídicas”. 1° ed. 1998, pp. 126-127.

²⁹ *Ibíd.*

Toda la discusión actual acerca de la responsabilidad de las personas jurídicas gira en torno a responder dos cuestiones fundamentales:

a) la necesidad de contar con un sistema de responsabilidad penal para las personas jurídicas, fundamentada entre otras razones en: la importancia que la empresa ocupa en la vida económica actual, la dificultad para descubrir al autor de un delito dentro de la empresa, la consecuente institucionalización de la irresponsabilidad organizada y la insuficiencia de la reparación civil y de la responsabilidad penal individual.

b) la necesidad de entregar un fundamento teórico que permita justificar dogmáticamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En efecto, una vez aceptado en términos generales los argumentos que tratan de explicar la necesidad de la existencia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se debe fundamentar desde el punto de vista teórico o dogmático, siendo aquí donde los seguidores del principio *societas potest delinquere* encuentran los mayores obstáculos, derivados de la estructura de la teoría general del delito, en particular, lo concerniente a los conceptos de *acción*, *culpabilidad* y *la teoría de la pena*, las que a continuación serán comentadas someramente.

3.1 Incapacidad de acción

Cualquiera sea el concepto de acción al que se adscriba, la opinión mayoritaria entiende que, en el ámbito penal, se exige una conducta voluntaria. Ahora bien, si la acción penalmente relevante es definida como una acción humana exterior evitable y final, es decir, una acción dirigible por un sujeto que puede interrumpir su actuar en el momento que considere que lo hace fuera del derecho, la posibilidad de que las personas jurídicas “accionen” bajo estos términos parece discutible. La noción de acción final, supone procesos volitivos que no se condicen con la estructura de las personas jurídicas y que no pueden confundirse con los individuos que integran los directorios y órganos ejecutivos.³⁰ En general, se entiende que los comportamientos sólo pueden ser sancionables en la medida que se trate de conductas regidas por una voluntad en sentido psicológico, bajo este argumento, no quedaría otra conclusión que afirmar la incapacidad de las personas jurídicas de auto determinarse y formar la voluntad requerida para la realización de los tipos penales.

En la actualidad, la incapacidad de las personas jurídicas ha sido un argumento rebatido en doctrina. Se esgrime que en las demás áreas del derecho (v. gr. civil, comercial, tributario, procesal, económico), se acepta sin discusión que las personas jurídicas sean sujetos de derechos y obligaciones, con patrimonio propio y capaz de accionar ante los tribunales de justicia por los delitos que son víctimas, si son capaces en otras áreas del derecho, no habría razón para descartarla en el ámbito penal.

³⁰ GARRIDO MONTT, Mario. “Derecho Penal parte general” t. II., 4° ed., pp. 70-73. Similar opinión, ETCHEBERRY, Alfredo. “Derecho Penal parte general”, t. I, 3° ed., p 176 y CURY, Enrique. “*Derecho Penal parte general*” 7° ed. 2005, p. 290

Otro argumento utilizado para contrarrestar la incapacidad de las personas jurídicas en el ámbito penal, es la autoría mediata. Aquí "el autor, como sabemos, no necesita, para ser tal, cumplir con sus propias manos el hecho en cada una de sus fases, sino que se puede servir del actuar de otro, pero es igualmente autor, pese a no colocar sus manos, en cuanto posee el dominio del hecho respecto de la realización del tipo".³¹ La acción es transmisible y no necesariamente personal, son pocos los casos personales, como son los delitos de propia mano (que se caracterizan porque no hay autoría mediata ni coautoría), la acción –siguiendo al profesor Bacigalupo- no es una condición esencial al sujeto, situación que quedaría demostrada con la existencia de la autoría mediata.³²

En el ámbito del concepto de acción como también –aunque con mayor dificultades- en la culpabilidad, se ha buscado reelaborar los conceptos para adaptarlos a las personas jurídicas. En relación con la acción, las opiniones son más unánimes que en la culpabilidad. "en este sentido se entiende de forma mayoritaria –incluso hasta por un representante tan ortodoxo del finalismo welzeliano como Hirsch-, que en el caso de las personas jurídicas la acción penalmente relevante la debe constituir la acción realizada por el órgano de la persona jurídica en el marco de sus competencias y, por lo tanto, ostentando la representación de la misma. Dado que las acciones del órgano vinculan a la persona jurídica, estas deben serle imputadas a la misma como una acción propia."³³

³¹ SZCZARANSKY, Clara. "Las Persona Jurídicas como nuevos sujetos criminógenos". Revista de derecho consejo de defensa del Estado junio 2007 N ° 17, p. 56

³² BACIGALUPO, Enrique. En Seminario sobre problemas actuales de Derecho Penal Económico, dictado entre los días 6 y 9 de Enero de 2010 en la Facultad de Derecho U. de Chile, en el Magister de Derecho Penal de los Negocios y la Empresa

³³ BACIGALUPO, Silvina. "Responsabilidad Penal de las personas jurídicas" Curso de Derecho Penal Económico, Enrique Bacigalupo (director), 2ªed. 2005., p 92

3.2 La culpabilidad

De los argumentos que se esgrimen para defender el principio *societas delinquere nos potest*, no encontramos inconvenientes en la tipicidad ni la antijuridicidad, en cambio, la incapacidad de culpabilidad es un argumento que, para los sostenedores de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ha resultado difícil de sortear. En términos generales, se afirma la inculpabilidad de las personas jurídicas "porque no puede dirigirse un juicio de reproche en contra de un ente que no es físico".³⁴ La razón de esta negación radica en que, bajo el concepto normativo de la culpabilidad -que consiste en un reproche ético-social por no actuar conforme a Derecho teniendo la capacidad para hacerlo- el reproche se fundamenta sobre la premisa lógica de la libertad de decisión que asiste a una persona, pero no cualquier, sino que únicamente la física. Por esta razón, la culpabilidad como categoría de la teoría del delito sería incompatible con la naturaleza misma de las personas jurídicas.

No obstante lo anterior, al igual como sucede con la acción, la doctrina que postula la responsabilidad de las personas jurídicas, ha buscado con la finalidad de sortear este impedimento reelaborando el concepto de culpabilidad. En este contexto se pueden reconocer diversas posturas, que van desde aquellos que no modifican el concepto tradicional de culpabilidad, sino que elaboran uno aplicable únicamente a las personas jurídicas, hasta quienes, por otro lado, han modificado los conceptos tradicionales de la culpabilidad para hacerlo aplicable a las personas jurídicas.

³⁴ ORTIZ, Luis. "Delincuencia Económica". Problemas actuales de Derecho Penal U. Católica de Temuco, p. 215

Así las cosas, se encuentran quienes no admiten ninguna modificación de la culpabilidad, moviéndose en un margen que va, desde aceptar sólo sanciones civiles, hasta quienes admiten al menos sanciones administrativas. Por otro lado, encontramos algunos exponentes de renombre, como son los trabajos de Schünemann y Tiedemann. El primero propuso un nuevo sistema de legitimación, similar al *estado de necesidad*, ya que ante la disyuntiva de sancionar a la persona jurídica o dejarla impune y exigir a la sociedad que tolere la impunidad de ese hecho se debe optar por aplicar la pena. En una segunda etapa, hacia la década del noventa, introdujo una corrección, decía Schünemann que lo anterior se produciría siempre y cuando no se pueda imputar responsabilidad penal a una persona física. En la actualidad, el profesor Schünemann ha variado su pensamiento y propone una sanción similar a la curatela.³⁵

Tiedemann, en cambio, elabora un concepto de culpabilidad que ha tenido mayor trascendencia como propuesta alternativa, conocida como *culpabilidad de organización o por defecto de organización* de las personas jurídicas. Esta se constatará "en el momento en que por parte del órgano competente se haya cometido una omisión para la evitación de la infracción. El fundamento último de este concepto sería el mismo sobre el que se basa la punibilidad en los casos de la *actio liberae in causa*".³⁶ Este concepto de culpabilidad, social o jurídico, puede basarse -a su juicio- en la detección de un

³⁵ En efecto, el profesor Schünemann señala que no es necesario la responsabilidad penal de las personas jurídicas, propone una suerte de medida de seguridad basada en la peligrosidad del ente, en relación a los hechos que se pudiera cometer, algo similar a la "curatela". Curatela que en definitiva significa una intervención judicial, es decir, tener un administrador judicial que supervisa el consejo de administración y por lo tanto, supone a su entender la posibilidad de cumplir con la prevención especial porque permite un control interno de los sujetos que afecte a la empresa, pues a nadie le interesa que los demás se enteren que están bajo curatela, es una sanción a la empresa y como tal, a sus órganos directivos, quienes deberán generar un control interno para evitar que su empresa sea administrada por personas externas. Para mayor detalle sobre la actual postura del citado profesor que propone la curatela, véase Schünemann Bernd "La Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos directivos".

³⁶ BACIGALUPO, Silvina, op., cit. p. 93

defecto de organización, consistente en la omisión por parte de sus órganos o representantes de las cautelas o mecanismos institucionales de control precisos para evitar que, en el seno de su actividad social habitual o estatutaria, se produzcan infracciones de las normas penales.

Constatada la producción de un hecho delictivo, la prueba de la existencia de ese defecto de organización sería suficiente para permitir la intervención penal contra la persona jurídica, una intervención que no tendría por qué depender del hallazgo de la persona física que directamente ha realizado el hecho típico y antijurídico, como tampoco de su posible culpabilidad individual, susceptible de depuración al margen de aquélla.³⁷

Se ha criticado que las posturas anteriores no arribarían a una solución convincente, pues utilizan categorías elaboradas para sujetos incompatibles con las características de las personas jurídicas; a cambio, proponen explicar la culpabilidad a través de aspectos de prevención, reconociendo la imposibilidad de operar con un concepto de culpabilidad sustentado únicamente a partir de las características del individuo, siendo necesario integrarlo con ideas de la teoría de la pena. La culpabilidad no se entiende ya como un reproche ético o social, sino que debe determinarse a partir de aspectos de la pena.

Esta nueva corriente cuenta con dos grandes vertientes, la primera defendida por Roxin donde su concepto de culpabilidad está basado en la prevención especial, la que en rigor no sería del todo útil para fundamentar la responsabilidad penal de las

³⁷.DE LA CUESTA, José Luis, “Una ‘nueva’ línea de intervención penal: el Derecho Penal de las personas jurídicas”, en A.Messuti, J.A.Sanpedro Arrubla (Comps.), *La Administración de Justicia en los albores del tercer milenio*, Buenos Aires, 2001, p. 71

personas jurídicas, pues se estructura sobre el concepto de sujeto individual y la necesidad de resocialización del mismo mediante la aplicación de la pena. La segunda alternativa, cuyo mayor exponente es Jakobs, establece que el contenido de las categorías dogmáticas dependerá de la idea de sujeto que se adopte, no restringiéndose únicamente al sujeto individual, por el contrario, también la persona jurídica puede ser entendida como sujeto de Derecho penal, cuyas características determinantes son su estatuto y su órganos. Sin perjuicio de lo anterior, no sería posible establecer una conexión directa entre la elaboración concreta de la teoría del delito de Jakobs y la responsabilidad penal de los sujetos colectivos, fundamentalmente en lo que se refiere a la culpabilidad. La teoría de la culpabilidad de Jakobs toma como referente material la idea de persona, cuyo ámbito normativo se encuentra definido todavía a partir del ciudadano.³⁸

Por último, y entendiendo que existen muchas teorías sobre el punto, la opinión de la profesora Silvina Bacigalupo, ha sido, como punto de partida, entender que las categorías dogmáticas no son ontológicas, sino que dependen del sujeto que se tome como modelo, el que por mucho tiempo ha sido la persona física.

Sin embargo –opina la profesora- la sociedad se ha ido modificando, no se trataría ya de adaptar la acción o la culpabilidad a las personas jurídicas, sino que es necesario tener presente el estado o concepto de la sociedad actual. Sobre el punto, destacan dos teorías: la de las comunicaciones de Habermas³⁹ y la de

³⁸BACIGALUPO, Silvina. “*Responsabilidad Penal de las personas jurídicas*” Curso de Derecho Penal Económico, Enrique Bacigalupo (director), 2ªed. 2005., p 95-96

³⁹HABERMAS señala que la sociedad interactúa a través de la comunicación, ya no habla de acciones individuales, sino de comunicación, la sociedad se comunicará correcta o defectuosamente con su entorno. Según actúe conforme a la norma o la vulnere.

los sistemas de Lumhann.⁴⁰ Es manifiesto –argumenta- que el sujeto “modelo” de la teoría del delito no puede estar al margen de la interpretación filosófica, sociológica y psicológica del tiempo en que se desarrolla el Derecho penal, pues éste no evoluciona al margen de la sociedad, si ésta cambia su configuración, correlativamente el Derecho penal debería evolucionar también.

En rigor, la discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas no debería recaer en las categorías dogmáticas del delito, sino que en la concepción del sujeto, el que –según la citada profesora- estaría fuera del sistema de la teoría del delito y una vez ello; por tanto, la acción y la culpabilidad dependerán de la forma como se define al sujeto.⁴¹

3.3 La necesidad y función de la pena

¿Por qué la necesidad de aplicar una sanción penal a las personas jurídicas? es decir, como se justifica en la práctica la aplicación de dichas medidas.

Sobre el particular se han dado muchos argumentos, a saber: i) el efecto que tendría en los socios administradores la aplicación de sanciones a la entidad jurídica y no a los mandos medios, lo que en definitiva traería como consecuencia una mayor prevención de los delitos desde el interior de la empresa; ii) se evitaría, producto de la estructura interna de la empresa y la división de funciones, que los delitos cometidos desde el interior de esta quedarán

⁴⁰ LUMHANN da un paso más allá que HABERMAS, sostiene que la sociedad se estructura por sistemas (teoría de los sistemas), en términos simples, hay sistemas físicos o jurídicos, en los físicos se relacionan lo que tradicionalmente diríamos un sujeto individual, que tiene determinadas normas internas de funcionamiento, pero también existen sistemas jurídicos o mejor dicho sociales. Habría actividades que hoy en día sólo pueden realizarse en grupo, solo es posible por la confluencia de muchas acciones individuales pero que configuran un sistema funcional.

⁴¹ BACIGALUPO, Silvina. En seminario sobre responsabilidad de las personas jurídicas dictado entre los días 6 y 10 de Octubre de 2009 en la Facultad de Derecho de la U. Chile en el Magister de Derecho Penal de los Negocios y la Empresa.

impunes ante la dificultad de precisar a los autores, evitando así, la denominada “irresponsabilidad organizada”. En general, los argumentos para defender la necesidad de la sanción penal en el plano de la política criminal es amplio, sin embargo, una vez aceptada dicha necesidad, el problema se traslada a los fundamentos y función de la pena.

Respecto al fundamento existen al menos dos argumentos que cuestionan la responsabilidad penal de las personas jurídicas, siendo estas, el corolario de la incapacidad de acción y, sobre todo, de la inculpabilidad.

En primer lugar y como consecuencia de la inculpabilidad de las personas jurídicas, se argumenta que debe negarse, correlativamente, la capacidad de sufrir sanciones penales, por ser la culpabilidad su fundamento y medida.⁴²

En segundo lugar, se menciona el principio de la personalidad de las penas, el que se vería transgredido -por ejemplo- cuando aún entendiendo que las personas jurídicas actúan a través de conductas voluntarias de sus representantes, se le aplica igualmente una sanción por un hecho que no cometió directamente, o bien, cuando una pena a las entidades jurídicas -como la disolución o cancelación de la personalidad jurídica- perjudiquen a trabajadores o accionistas minoritarios que nada tuvieron que ver en los hechos sancionados, castigando en definitiva, por un mismo acto, a inocentes y culpables.⁴³

⁴² V. KUNSEMÜLLER, Carlos. “Principio de culpabilidad- culpabilidad, notas sobre su evolución y crisis”, en *Revista de Derecho, Criminología y Ciencias Penales* N°2 (2000) pp. 169-170

⁴³ En este sentido opina CURY, para quien las personas jurídicas nunca podrán realizar acciones punibles; los que en realidad lo ejecutan son sus propietarios o directivos. Las sociedades –opina Cury- sólo son objetos de imputación de derechos y obligaciones patrimoniales, pero es inimaginable que pueda exigírseles una responsabilidad “personal”, como

Este último punto ha sido rebatido en el sentido que todas las sanciones tienen efectos colaterales sobre terceros inocentes y porque la pérdida patrimonial que afecta al socio es equivalente a cualquier otro riesgo derivado de una mala gestión.

Por último, y desde el punto de vista de la función de la pena, se ha cuestionado si la aplicación de ésta a las personas jurídicas permitiría que las sanciones puedan cumplir sus funciones. Las sanciones no serían adecuadas para motivar, ni para retribuir, ni para reeducar a las personas jurídicas, privando a éstas de “cumplir con los fines que fundamentan y legitiman su propia existencia.”.⁴⁴

Este último punto es de suyo relevante, pues el concepto de culpabilidad está estrechamente relacionado con la función de la pena, en general, estas últimas presuponen la concurrencia de un sujeto individual. De Todas las teorías de la pena conocidas, es la prevención general positiva la que mejor podría explicar la función de la pena a la luz de una responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bajo esta postura, la pena se aplica no para prevenir, sino para ratificar la existencia de la norma, la que es independiente del sujeto. Al ratificarse la existencia de la norma, no es relevante si se trata de un sujeto individual o colectivo, no se necesita un sujeto capaz y la infracción no la comprende. Para esta teoría, el culpable es aquél requerido para ratificar la norma.

siempre se ha pensado que debiese ser la penal. V. CURY, Enrique “Responsabilidad penal de las personas jurídicas” en columnas y cartas, diario El Mercurio jueves 12 de noviembre de 2009.

⁴⁴ NUÑEZ CASTAÑO, Elena. “Los delitos imprudentes en el ámbito empresarial” en “*Revista de Estudios de la Justicia* 10(2008) pp. 159-160

4. MATERIAS FUNDAMENTALES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Para aquéllos países que, como Chile, deciden contemplar dicha responsabilidad en su ordenamiento, es necesario comenzar a precisar las características del modelo adoptado. En ese contexto, lo primero que debe determinarse es a quien vamos a sancionar. Sobre este tópico existen dos posturas: la primera, establece un sistema de responsabilidad directa; la segunda, de carácter subsidiario.

4.1.1 Responsabilidad directa

Este sistema establece que independientemente de establecer o no la responsabilidad penal de una persona natural, igualmente debería existir responsabilidad penal de las personas jurídicas. Se argumenta a favor de este modelo, ser el más adecuado para cumplir con los fines político criminales en que se fundamenta la sanción penal de las personas jurídicas; además, se reacciona directamente contra la organización que tiene la vocación criminal.⁴⁵

La mayoría de los países que recogen la responsabilidad de las personas jurídicas en sus ordenamientos optan por este tipo de responsabilidad, que a su vez puede ser individual o cumulativa respecto de la responsabilidad penal del sujeto individual.

⁴⁵ V. Historia de la ley 20.393 p. 40. En particular, el comentario del profesor Miguel Soto Piñeiro

4.1.2 Responsabilidad subsidiaria

Este sistema permite afirmar la responsabilidad de la persona jurídica, sólo si no hay personas naturales responsables. Acreditada la responsabilidad penal individual, debe excluirse la de la persona jurídica.

Este método ha sido objeto de críticas desde un punto de vista de política criminal, ya que permitiría mantener la organización que comete los ilícitos a través de la contratación de empleados para que asuman la responsabilidad en los delitos incurridos por la organización.⁴⁶ Desde un punto de vista dogmático, el sistema es criticado cuando es imposible encontrar a un responsable físico de la comisión del delito y se sanciona por ello a la persona jurídica. En efecto, la afirmación de la realización del tipo penal depende de que concurren en el sujeto activo físico características que permitan imputarle objetiva y subjetivamente el hecho sancionado, de lo contrario, sería imposible afirmar la comisión de un delito en general y, en muchas otras ocasiones, determinar cuál sería el delito por el que debería responder la persona jurídica. Otro problema se presentaría cuando no se pudiera encontrar al responsable en los delitos de comisión por omisión, donde se exige ciertas cualidades específicas al autor.⁴⁷

Lo anterior ha traído como consecuencia que en la práctica, la totalidad de los países que han recogido en su ordenamiento la responsabilidad de las personas jurídicas, así como la

⁴⁶ *Ibíd.*

⁴⁷ ROBLES PLANA, Ricardo. “¿Delitos de personas jurídicas? A propósito de la Ley austriaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos delictivos” en “*Revista para el análisis del Derecho InDret*” 2(2006), pp. 3-4

mayoría de la doctrina, adopte un sistema de responsabilidad directa que, con independencia de la sanción a la persona física (individual) o junto a ella (cumulativa), se sancione directamente a la persona jurídica.

4.2 Modelos de imputación

La imputación consiste en la legitimación material de la imposición de sanciones a las personas jurídicas. En general, la doctrina maneja dos modelos, el de la “responsabilidad por atribución” y el de la “responsabilidad propia” u “originaria” de la persona jurídica, al que debemos agregar una mixtura de ambas modalidades y que serán comentados a continuación.

4.2.1 Modelo de la atribución

Consiste en establecer la responsabilidad de las personas jurídicas a través de la transferencia o imputación de la responsabilidad penal de la persona física, por ejemplo, acreditada la responsabilidad del gerente general de una empresa, ésta se transferiría sin más, a la persona jurídica.⁴⁸ Se entiende, en definitiva, que cuando obra la persona física que representa a la empresa cometiendo un delito, entonces también lo está cometiendo la misma empresa.⁴⁹

⁴⁸ Este modelo –siguiendo a NIETO MARTÍN- tiene dos versiones. La primera, proveniente de USA y de la doctrina del *respondeat superior*, exige para que se produzca la transferencia de responsabilidad los siguientes requisitos: la actuación culpable del agente, que esta sea dentro de los fines de la empresa, y cuya finalidad sea beneficiar a la entidad. La segunda versión, de origen británico, es la teoría de la identificación, que exige un comportamiento realizado por un superior y no cualquier funcionario de la entidad; sin embargo, la vinculación del superior con el delito es una variante que existe dentro de esta misma fórmula. Así, existen ciertas modalidades de la doctrina de la identificación que se conforman con que el superior haya autorizado, tolerado o consentido la comisión del hecho delictivo o incluso, en versiones más laxas, basta con que la infracción haya sido realizada como consecuencia de un ejercicio defectuoso de sus facultades de vigilancia y control.

⁴⁹ ROBLES PLANA, op. cit.

Las críticas a este modelo –también llamado vicarial- son variadas. Se ha señalado que importa establecer responsabilidad por hechos ajenos, estableciendo una responsabilidad puramente objetiva. Desde el punto de vista político criminal, el profesor SOTO PIÑEIRO reconoce al menos tres problemas: i) la persona natural que transferirá la responsabilidad a la persona jurídica no se ubicará en el vértice de la decisión de la empresa, beneficiando a la impunidad de quienes efectivamente tienen el poder de decisión; ii) podría no establecerse la responsabilidad de la persona natural o bien, no coincidir en la misma persona; iii) que la persona natural cuya responsabilidad se pretende establecer, fuera inimputable, situaciones que, en general, podrían hacer fracasar el sistema.⁵⁰

4.2.2 Modelo de la responsabilidad propia u originaria

Como una forma de salvar el problema de la responsabilidad objetiva que se le imputa al modelo vicarial, se construye, a partir de factores que tienen que ver con la propia corporación, el modelo de responsabilidad originaria. En términos generales, se estructura en base a infracción de deberes de control que empecen a la persona jurídica dentro de su propia estructura.

Este modelo ha sido objeto de críticas, sobre todo, en lo atingente a la imputación subjetiva del ilícito, relacionándose directamente con la capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas, situación que se ha intentado salvar entre otras propuestas, a través de la culpabilidad por defecto de organización. El

⁵⁰ V. Historia de la ley 20.393 p. 42

problema se presentaría, sin embargo, cuando no sea posible vincular la comisión de un ilícito determinado con el defecto de organización.

4.2.3 Modelos mixtos

Estos modelos exigen la comisión de un delito por parte de la persona natural y, en forma adicional, la infracción de deberes de cuidado por parte de las personas jurídicas. La vinculación entre ambas entidades viene dada por el interés o provecho que le reporta el delito a la organización. En una versión más extendida, se estructura en la transferencia de responsabilidad como criterio de imputación y en atención a la culpabilidad de la organización, se determina y gradúa la sanción.⁵¹ Además, permite que la persona jurídica pueda eximirse de su responsabilidad si demuestra contar con una organización idónea para la prevención de determinados delitos.

⁵¹ NIETO MARTÍN, Adán. “La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal” pp. 7-8, (en línea) disponible en: http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:tsAlzAEGbHQJ:portal.uclm.es/portal/pls/portal/POR TAL.IDP.PROC.FICHERO.DOWNLOAD%3Fp_cod_fichero. Consultado por última vez el 9 de marzo de 2010.

Lo anterior es todo cuanto puedo informar a V.S.

José Ignacio Vásquez Márquez
Director de Estudio Análisis y Evaluación
Corte Suprema

Santiago, 30 de abril de 2010

AL SEÑOR
XXX
MINISTRO CORTE SUPREMA
PRESENTE

JIVM/RPG