



Universidad de Chile

Escuela de Derecho

Departamento de Ciencias Penales

**RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: CONFRONTACIÓN
Y ANÁLISIS DE LOS MODELOS DE IMPUTACIÓN EN CHILE Y EL DERECHO
COMPARADO**

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

AUTORES:

MARISOL ALEJANDRA GÓMEZ CONTRERAS

CONSTANZA LICHTENBERG BARAONA

PROFESOR GUÍA:

GONZALO MEDINA SCHULZ

SANTIAGO, CHILE

2012

DEDICATORIA

a Mauricio, María Soledad, Víctor y María Eugenia.

AGRADECIMIENTOS

Al profesor don Gonzalo Medina Schulz, Candidato a Doctor en Derecho, *Albert-Ludwigs Universität Freiburg* y Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile, por sus ideas y apoyo en la elaboración de esta memoria.

Al abogado don César Ramos Pérez, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile, por su disposición y generosidad en la supervisión del trabajo investigativo de esta memoria.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN

| | |
|--|---|
| I. Contexto de la problemática | 1 |
| II. Hipótesis | 7 |
| III. Objetivos generales y específicos | 8 |
| IV. Límites | 9 |

CAPÍTULO I

RESPONSABILIDAD PENAL DE LA EMPRESA EN EL DERECHO COMPARADO

| | |
|---|----|
| 1.1 Tendencia Internacional | 11 |
| 1.1.1 Superación del Principio “ <i>Societas delinquere non potest</i> ” | 12 |
| 1.2 Modelos teóricos de imputación de la responsabilidad de las personas jurídicas | 24 |
| 1.2.1 Modelo de transferencia de responsabilidad | 25 |
| 1.2.2 Modelo de culpabilidad de la empresa | 28 |
| 1.2.3 Modelo mixto de responsabilidad | 36 |
| 1.3 Países que acogen la responsabilidad penal de las personas jurídicas | 39 |
| 1.3.1 España | 39 |
| 1.3.1.1 Legislación vigente | 39 |

| | |
|---|-----|
| 1.3.1.2 Modelo de atribución de responsabilidad utilizado | 48 |
| 1.3.2 Austria | 54 |
| 1.3.2.1 Legislación vigente | 54 |
| 1.3.2.2 Modelo de atribución de responsabilidad utilizado | 55 |
| 1.3.3 Francia | 57 |
| 1.3.3.1 Legislación vigente | 57 |
| 1.3.3.2 Modelo de atribución de responsabilidad utilizado | 61 |
| 1.3.3.3 Implicancias prácticas: Jurisprudencia | 64 |
| 1.3.4 Italia | 67 |
| 1.3.4.1 Legislación vigente | 67 |
| 1.3.4.2 Modelo de atribución de responsabilidad utilizado | 71 |
| 1.3.4.3 Implicancias prácticas: Jurisprudencia | 74 |
| 1.3.5 Inglaterra | 77 |
| 1.3.5.1 Legislación vigente | 77 |
| 1.3.5.2 Modelo de atribución de responsabilidad utilizado | 79 |
| 1.3.5.3 Implicancias prácticas: Jurisprudencia | 90 |
| 1.3.6 Estados Unidos | 93 |
| 1.3.6.1 Legislación vigente | 93 |
| 1.3.6.2 Modelo de atribución de responsabilidad utilizado | 108 |
| 1.3.6.3 Implicancias prácticas: Jurisprudencia | 109 |

| | |
|---|-----|
| 1.3.7 Australia | 113 |
| 1.3.7.1 Legislación vigente | 113 |
| 1.3.7.2 Modelo de atribución de responsabilidad utilizado | 121 |
| 1.4 Cuadro comparativo | 125 |

CAPÍTULO II

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA EMPRESA EN EL DERECHO CHILENO

| | |
|---|-----|
| 2.1 Historia de la Ley N° 20.393 | 138 |
| 2.1.1 Contexto nacional | 138 |
| 2.1.1.1 Discusión doctrinaria nacional | 142 |
| 2.1.1.2 Discusión legislativa desarrollada con ocasión de la aprobación de la Ley N° 20.393 | 150 |
| 2.2 Texto de ley aprobado | 163 |

CAPÍTULO III

ANÁLISIS DEL MODELO DE IMPUTACIÓN DE LA LEY N° 20.393 QUE ESTABLECE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

| | |
|---|-----|
| 3.1 Análisis del artículo 3° de la Ley N° 20.393 | 167 |
| 3.1.1 Sujetos capaces de hacer atribuir responsabilidad penal al ente moral | 169 |

| | |
|--|-----|
| 3.1.2 En interés o provecho de la persona jurídica | 172 |
| 3.1.3 Incumplimiento de los deberes de vigilancia y supervisión por parte de la persona jurídica | 177 |
| 3.2 Análisis del artículo 5° de la Ley N° 20.393 | 181 |
| 3.2.1 Inciso primero | 183 |
| 3.2.2 Inciso segundo: numeral primero | 185 |
| 3.2.3 Inciso tercero: numeral segundo | 187 |
| 3.2.4 Inciso cuarto | 188 |
| 3.3 Modelos de prevención: Artículo 4° de la Ley N° 20.393 | 194 |
| 3.4 Análisis crítico del modelo de imputación chileno a la luz de los artículos analizados y modelos presentes en el derecho comparado | 204 |
| 3.4.1 Sistemas de imputación de responsabilidad penal semejantes al chileno | 206 |
| 3.4.2 Falencias del sistema de imputación chileno | 209 |

CAPÍTULO IV

PROPUESTAS Y CONCLUSIONES

| | |
|--|-----|
| 4.1 Superación del principio “ <i>societas delinquere non potest</i> ” | 221 |
| 4.2 Tendencia internacional | 223 |
| 4.3 Paradigma chileno: ventajas y desventajas | 226 |
| 4.3.1 Propuesta de reforma a la Ley N° 20.393 | 227 |

4.4 Propuestas

| | |
|--|-----|
| 4.4.1 Propuestas generales a la Ley N° 20.393 | 231 |
| 4.4.2 Propuestas relacionadas específicamente con el sistema de imputación | 232 |

| | |
|---------------------|-----|
| BIBLIOGRAFÍA | 236 |
|---------------------|-----|

ANEXO

| | |
|---|-----|
| Ley N° 20.393 establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica | 249 |
|---|-----|

RESUMEN

Actualmente las empresas son, sin dudar, el principal agente económico de la sociedad. La libertad con que operan las compañías, viene antecedido, por un afán de expansión y de crecimiento económico. Favorecido por ello, las personas jurídicas se han vuelto el escenario ideal para la comisión de delitos surgiendo así la “criminalidad empresarial”, la que atenta contra bienes jurídicos importantes para la sociedad.

La urgente necesidad de protección de dichos bienes desencadenó el surgimiento de políticas criminales preventivas, permitiendo que durante el siglo XX, se diera paso a la responsabilidad penal empresarial, en función de la necesidad de frenar la criminalidad empresarial.

Dieron inicio a esto, los países de tradición jurídica anglosajona, menos apegados a la dogmática jurídica. En cambio, los países de tradición jurídica continental, fueron más reacios y sus reformas tomaron más tiempo. Particularmente, en el caso de Chile nunca se manifestó mayor interés en implementar medidas para frenar la irresponsabilidad de las personas jurídicas, hasta éste se volvió uno de los requisitos para ser miembro permanente de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). Es en este escenario que nace la Ley N° 20.393 la cual consagra la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

El principal elemento de interés del presente trabajo, se enfoca en el análisis de los modelos de imputación utilizados para la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas. Se inicia la investigación a partir de los modelos presentes en el derecho comparado, para luego conocer y analizar las características del modelo mixto de responsabilidad, basado en el defecto de organización de la persona jurídica, sistema de imputación escogido por el legislador chileno. Lógicamente se abordarán sus alcances más relevantes y las falencias que se prevé tendrá la Ley N° 20.393 bajo este sistema de imputación.

INTRODUCCIÓN

I. CONTEXTO DE LA PROBLEMÁTICA

La responsabilidad penal se ha asociado desde siempre y de manera inmediata a la persona natural, es decir a aquella de carne y hueso que es capaz de tener voluntad de acción, y consecuentemente aptitud para ser sujeto de culpa y de pena. A nivel nacional, dicha asociación se explica porque en nuestro sistema penal se atribuye responsabilidad penal a las personas naturales, con la constatación de un hecho punible y la vinculación subjetiva entre éste y la persona natural a que se le imputa¹. Bajo este raciocinio, se entiende que las personas jurídicas carecen de psiquis y por ende de vinculación subjetiva con la realidad, razón por la cual no podrían ser responsabilizadas penalmente, de ahí que se sometía a proceso a las personas naturales que actuando en ellas delinquían, reconociéndose así como principio rector *societas delinquere non potest*, el cual en el caso chileno, está expresamente consagrado en el artículo 58 del Código Procesal Penal.

Concretamente, en los países de tradición jurídica continental, como el nuestro, la discusión doctrinaria acerca de si las personas jurídicas deben o no ser responsables penalmente se ha desarrollado durante todo el siglo XXI, siendo predominante durante gran parte del tiempo el principio *societas delinquere non potest*², impidiendo que se impute penalmente a las personas jurídicas, argumentando que carecerían de capacidad de acción, y por ende no pudiendo establecerse culpa ni pena. Es por eso

¹ MATUS, Jean Pierre. Informe Comisión Constitución. En: Historia de la Ley N° 20.393 que establece responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho. Biblioteca del Congreso Nacional. Pág. 201. [En Línea] En: www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/3894/1/...pdf visitado con fecha 30 de Marzo de 2011.

² CUADRADO Ruiz, María de los Ángeles. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas, un paso hacia adelante, ¿un paso hacia atrás?". Pág. 123-124. [En Línea] En: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2280281>. visitado el día 15 de Agosto de 2010.

que como se verá, la consagración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los distintos ordenamientos desestructura la mentalidad penal chilena tan fuertemente arraigada, pero además invita a entender y sostener una visión que pone en tela de juicio los pilares sobre los que se sustentó por largo tiempo el derecho penal en el que se basa el modelo continental.

A mayor abundamiento, resulta enriquecedor y necesario hacer mención no solo a lo que en el derecho continental ocurre con el surgimiento e implementación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino también, el contraste y visión de países de tradición jurídica anglosajona, quienes han apostado por un criterio práctico/preventivo más que por la prevalencia de los fundamentos puramente jurídicos, atribuyendo desde un comienzo responsabilidad penal a las personas jurídicas.

Como ya se viene advirtiendo, desde un principio han existido diferencias sustanciales entre los países del *Common Law* y aquellos de tradición jurídica continental. La tendencia anglosajona admite la responsabilidad penal de las personas jurídicas desde el siglo pasado, llegando incluso a extremos de establecer responsabilidad objetiva respecto de dichas instituciones. Sin embargo en los últimos años, esta postura tan radical se ha ido moderando, debido a que se ha iniciado una transición implementando sistemas subjetivos de imputación. Por otro lado, en los países de tradición jurídica continental regía hasta hace poco, sin contrapeso alguno, el principio de *societas delinquere non potest*. En la actualidad la tendencia ha sido ir asentando en Códigos penales, leyes especiales y otros, las reglas de atribución de responsabilidad penal para las personas jurídicas³ con el fin de dar debida protección a los bienes jurídicos relevantes para la sociedad.

La evolución en comento de los países con tradición continental se desencadena, debido a la inmunidad de las personas jurídicas durante muchos años, que junto a

³ ZUÑIGA Rodríguez, Laura. Criminalidad, Unión Europea y sanciones a empresas.[En Línea] En: http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_50.pdf. visitado el día 15 de Julio de 2010. Pág.8.

fenómenos sociales trascendentes, como la globalización y el crecimiento exponencial de las empresas a nivel nacional e internacional, gatilló que los entes colectivos tuvieran real eficacia criminógena, siendo en este contexto, poco certero y en algunos casos imposible atribuir responsabilidad al individuo propiamente tal, debido principalmente a dos fenómenos: a que la persona jurídica se organiza de tal modo que impide la depuración de responsabilidades – irresponsabilidad individual organizada – o bien, por las dificultades de la atribución de responsabilidad penal en estructuras organizadas – irresponsabilidad individual estructural⁴. Es por eso que la criminalidad de las empresas comenzó a ser percibida por la doctrina y legisladores como una realidad patente y amenazante para la estabilidad político- criminal⁵. De ahí que de un tiempo a esta parte, los ordenamientos europeos, presionados en gran parte por el derecho penal internacional, se vieron obligados a ir abandonando poco a poco el principio *societas delinquere non potest*, tan fuertemente arraigado.

Superada en gran medida, en el contexto mundial, la discusión acerca de si debe o no aceptarse la responsabilidad penal de las personas jurídicas, actualmente los temas de mayor conflicto y que acaparan las discusiones doctrinarias y legislativas, se centran en cómo debe aplicarse la responsabilidad penal de las personas jurídicas y cuáles son sus implicancias directas, específicamente respecto de la naturaleza de la sanción, el modelo de imputación y si la responsabilidad debe ser directa o subsidiaria⁶. La discusión anterior se desarrolla a la par de las nuevas modificaciones legislativas de responsabilidad penal empresarial, que se han ido gestando paulatinamente tanto en países de la Unión Europea, como también en Latinoamérica.

⁴ ROBLES Planas, Ricardo. ¿Delitos de personas jurídicas?.[En Línea] En: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1973994>. visitado el día 15 de Agosto de 2010. Pág. 6.

⁵ DÍAZ Cortés, Lina Mariola. Societas delinquere potest Hacia un cambio de paradigma en el derecho penal económico. Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional. Nº 17. ISSN: 1692 – 1682. Bogotá, Colombia. Octubre – Diciembre 2006. Pág. 94.

⁶ ROBLES Planas, Ricardo. ¿Delitos de personas jurídicas?. Ob. Cit. Pág. 3.

Además de las discusiones doctrinarias asociadas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, resulta interesante contrastar este desarrollo legal y su consecuente implementación, con lo que se ha generado en países como Inglaterra y Estados Unidos, donde las normas de imputación de la responsabilidad penal de las personas morales obedecen a otra lógica. A mayor abundamiento, existen innumerables trabajos y discusiones de autores -en su gran mayoría internacionales- a lo largo del siglo XXI, tendientes a argumentar las ventajas y desventajas de establecer la responsabilidad de las personas jurídicas, teniendo en cuenta las bases del derecho penal y cuál es su legitimidad a la hora de su entrada en vigor en los diferentes ordenamientos jurídicos.

Como era de esperarse, la ola de innovaciones legislativas en sede penal y las exigencias a nivel internacional con la suscripción de tratados y convenciones⁷, debía llegar a Chile tarde o temprano. Es así como en Diciembre de 2009, se publica la primera ley que atribuye responsabilidad penal a las personas jurídicas, estableciéndose un catálogo cerrado de tipos penales que en lo fundamental abarca sólo las materias respecto de las cuales existía obligación internacional de sancionar a las personas jurídicas⁸.

Es sabido que el avance legislativo en materia penal - empresarial que alcanzó nuestro país, fue en respuesta a la necesidad imperiosa de cumplir con los requisitos para

⁷ Historia de la Ley N° 20.393 que establece responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho. 2 de Diciembre de 2009. Biblioteca del Congreso Nacional. Mensaje Presidencial. Pág. 5. [En Línea] En: www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/3894/1/...pdf visitado con fecha 30 de Marzo de 2011.

⁸ Referencia a la Ley N° 20.393 que establece responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho. Diario Oficial. 2 de Diciembre de 2009. [En Línea] En: www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/3894/1/...pdf visitado con fecha 10 de Agosto de 2010.

poder incorporarse a la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), específicamente la Convención para combatir el Cohecho a Funcionario Público Extranjero. Para satisfacer dichas exigencias los Estados parte debían tomar las medidas necesarias para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas, con la finalidad que se encuentren sujetas a sanciones efectivas, proporcionales y disuasivas⁹. Llama la atención que en ningún momento la OCDE plantea como requisito el que se deba implementar un sistema de responsabilidad penal, sino solo que se adopten las medidas necesarias acorde al ordenamiento jurídico del Estado parte que sobre ello legisle. Ahora bien, está claro que se requiere el método más eficaz y uniforme, sin embargo establecer un sistema de responsabilidad administrativa¹⁰, que podría haber sido la alternativa, hubiese resultado extremadamente innovador, oneroso y tomado mucho más tiempo de discusión parlamentaria, del que disponía Chile para cumplir con los estándares impuestos por la OCDE, para su correcta incorporación a nuestro sistema jurídico. Así las cosas se concluyó que era más viable combatir los delitos en los que se veían involucradas las personas jurídicas con más frecuencia, dentro del sistema de justicia criminal, el único con la cobertura necesaria para cumplir con el escaso tiempo dado para la legislación de dichas materias¹¹.

⁹ Historia de la Ley Nº 20.393 que establece responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho. 2 de Diciembre de 2009. Biblioteca del Congreso Nacional. Mensaje Presidencial. Pág. 6- 7. [En Línea] En: www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/3894/1/...pdf visitado con fecha 30 de Marzo de 2011.

¹⁰ En relación a la inaplicabilidad de la responsabilidad administrativa en nuestro ordenamiento. ABELIUK, René. En: Historia de la Ley Nº 20.393. Ob. Cit. Pág. 37 y 180.

¹¹ HERNÁNDEZ, Héctor. La Introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile. Política Criminal Vol. 5, Nº 9 (Julio 2010), Art 5.[En Línea] En: http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A5.pdf. visitado el día 30 de Agosto de 2010. Pág. 210.

Ante los requerimientos de la OCDE, y el impacto positivo que significaba para Chile la incorporación a dicho organismo, el principal afán del legislador fue responder a compromisos internacionales, más que a la tendencia doctrinaria y legislativa, que hace rato venía sosteniendo la necesidad de implementar la responsabilidad penal de las personas morales dentro del ordenamiento jurídico interno, cuyo eco no había sido tomado en cuenta hasta ahora en nuestro país¹². Prueba de lo anterior es el tiempo de discusión parlamentaria que existió en torno a la ley N° 20.393 –que no superó los 7 meses - incomparablemente inferior que la generalidad de los proyectos legales que allí se discuten.

Nos parecen interesantes las consecuencias que tiene esta incorporación legislativa a la tradición jurídica de nuestro país, debido a que obedece a un cambio de mentalidad de nuestro legislador, el cual implica dejar de lado el dogma *societas delinquere non potest*, permitiendo una discusión doctrinaria y legislativa abierta, que tiene por objeto descubrir si estamos dispuestos -con la publicación de esta ley- a abrir un espacio de examen legítimo para la incorporación de nuevos tipos penales que puedan ser atribuidos a las personas jurídicas¹³. Lo anterior, no deja de ser enriquecedor para la doctrina nacional, la que a partir de esta ley, se incorpora a una discusión que lleva largo tiempo en el derecho comparado, donde la vigencia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas está en gran medida aceptada. Lo anterior se debe a que los países han potenciado y privilegiado el mejoramiento de políticas criminales que permitan contrarrestar el potencial poder criminógeno de las personas jurídicas. Es por

¹² HERNÁNDEZ, Héctor. La Introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile. Política Criminal Vol. 5, N° 9 (Julio 2010), Art 5.[En Línea] En: http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A5.pdf. visitado el día 30 de Agosto de 2010. Pág. 208 – 210.

¹³ Proyecto de Ley que Modifica la ley N° 20.393 que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ampliando el catálogo de delitos. Moción Parlamentaria. 13 de Octubre de 2010. Boletín N° 7265-07. [En Línea] En: http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=7667&prmBL=7265-07 visitado el día 5 de Agosto de 2011.

ello que con la incorporación de la ley N° 20.393 a nuestro ordenamiento, Chile logra finalmente situarse a la par de países desarrollados, estableciendo una normativa que tiene por eje rector el que las personas jurídicas adopten medidas de autorregulación que permitan armonizar la libertad económica con la correlativa responsabilidad en sus gestiones¹⁴.

II. HIPÓTESIS

Como centro de la discusión a nivel de doctrina y legislación, se encuentra el modelo de imputación de responsabilidad penal que se les atribuye a las personas morales en uno u otro ordenamiento, entendiendo por “imputación” la legitimación material de la imposición de sanciones a las propias personas jurídicas¹⁵.

Lo anterior es del todo importante ya que el modelo de imputación que se escoja determinará si estamos en presencia de una responsabilidad por el hecho ajeno –responsabilidad objetiva– o responsabilidad por el hecho propio –responsabilidad subjetiva– lo que conlleva a otras reflexiones tendientes a dilucidar si la responsabilidad penal de las personas jurídicas logra encajar dentro de la teoría del delito aplicada a las personas naturales. Por ejemplo, el primer gran obstáculo *a priori* sería la dificultad de afirmar la capacidad de culpabilidad en términos clásicos de la persona jurídica para imponer la sanción penal¹⁶, o por el contrario, si debemos fundamentar la responsabilidad penal de las personas morales bajo una lógica distinta para ampliar sus parámetros.

El presente trabajo se centrará específicamente en los modelos de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas, existentes en el derecho comparado, para que a partir de ello, se logre determinar y analizar críticamente cual es el sistema

¹⁴ Historia de la Ley N° 20.393. Ob. Cit. Pág. 8.

¹⁵ ROBLES Planas, Ricardo. ¿Delitos de personas jurídicas?. Ob. Cit. Pág. 5.

¹⁶ ROBLES Planas, Ricardo. ¿Delitos de personas jurídicas?. Ob. Cit. Pág. 7.

de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas consagrado en la ley N°20.393. En definitiva, se dilucidará si nuestra ley responde a un modelo de imputación vicarial o a un modelo de imputación de responsabilidad por defecto de organización.

III. OBJETIVOS GENERALES Y ESPECÍFICOS

El presente trabajo tiene por objetivo, como ya hemos mencionado, iniciar el análisis a partir del conocimiento detallado de los modelos de imputación de responsabilidad penal aplicados actualmente en el derecho comparado, a saber: España; Austria; Francia; Italia; Estados Unidos; Inglaterra y Australia. Aquello permitirá hacer una reseña acerca del largo proceso de discusión doctrinaria experimentado, para dar legitimidad a las personas jurídicas como sujetos imputables penalmente en las distintas legislaciones. Inevitablemente aquello conlleva, la experimentación de distintos modelos de imputación de responsabilidad penal, lo cual supone ahondar en la identificación, clasificación y análisis de los modelos de imputación de la responsabilidad de las personas morales presentes en la doctrina: Modelo de responsabilidad penal por el hecho ajeno (vicarial); Modelo de responsabilidad penal por el hecho propio (defecto de organización); Modelo mixto.

A mayor abundamiento, la responsabilidad penal de las personas jurídicas necesariamente implica responder otras interrogantes acerca de si la responsabilidad de las personas jurídicas es directa o subsidiaria; si la responsabilidad penal de las personas jurídicas vulnera el principio de culpabilidad y finalmente, supondrá resolver si el principio de culpabilidad, de tanta importancia en nuestro ordenamiento jurídico, debe ser construido de manera especial para las persona jurídicas, es decir , bajo otra lógica o por el contrario, puede ser entendido de la misma manera que es utilizado para juzgar penalmente a las persona naturales.

Todo lo anterior da espacio al punto central y más importante de esta investigación, esto es, la confrontación del derecho comparado con la realidad doctrinaria y legislativa presente en Chile. Es así como se mencionarán los principales focos de discusión

dentro de la Historia de la ley N° 20.393, para dar una visión global acerca de los objetivos y del proceso experimentado por nuestro país para lograr la publicación de esta ley. Finalmente, ahondaremos en el modelo de imputación escogido por el legislador, presente específicamente en los artículos 3° y 5°, consecuentemente se analizará, aunque someramente, el modelo de prevención presente en el artículo 4°, por ser atingente a lo ordenado por el legislador en el artículo 3°. Así las cosas, se logrará determinar el modelo de imputación utilizado y con ello se podrán dilucidar las semejanzas con legislaciones que inspiraron la ley chilena y por supuesto, sus falencias.

Sin embargo, más allá del análisis que se prende llevar a cabo en lo referente al modelo de imputación presente en derecho comparado versus el existente en Chile, determinante será, lograr descifrar aquellos aspectos de nuestra ley que podrían ocasionar más de algún problema a la hora de ser puesta en marcha. De ahí que identificar las falencias de esta ley y las consecuentes propuestas para su mejora, pretenden ser el principal aporte del presente trabajo.

IV. LÍMITES

Si bien es cierto, la responsabilidad penal de las personas jurídicas es un tema que ha dado para muchas y muy profundas discusiones, se ha creído necesario, enfocar el análisis de este trabajo en aquellos puntos, que como se mencionó con anterioridad, son atingentes a lo que en hoy en día se discute. Ante la innegable presencia de las personas jurídicas como sujetos imputables penalmente en nuestra sociedad, resulta infructuoso analizar la difícil discusión referente a si estas entidades pueden o no ser responsables penalmente o si se puede llamar penas a las cargas impuestas a las persona jurídicas.

Específicamente, respecto de la ley N° 20.393, no se pretende abordar de manera extensa y detallada cada tipo penal incluido en la ley, sino sólo se hará referencia a ellos como el catálogo cerrado de delitos, sin duda, un análisis más acabado de los delitos escogidos por el legislador, debieran ser parte de una nueva investigación.

Asimismo, se mencionarán someramente los modelos de prevención, contenidos en el artículo 4º de la ley N° 20.393, pero no se abordarán sus implicancias prácticas, ya que excedería por mucho los límites de este trabajo.

Consecuentemente con los objetivos de la presente investigación, no se ahondará en los aspectos procesales discutibles de esta ley, en relación al establecimiento de la persona jurídica como sujeto imputado, entre otros. Por último se excluirá, a pesar de lo útil que hubiese sido, el análisis jurisprudencial de la ley N° 20.393, ya que a la fecha, la ley no ha tenido aplicación práctica, debido principalmente a lo restringido del catálogo de delitos.

CAPITULO I

RESPONSABILIDAD PENAL DE LA EMPRESA EN EL DERECHO COMPARADO

1.1 TENDENCIA INTERNACIONAL

El presente apartado pretende ilustrar el contexto global en el cual se desenvuelve la discusión acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sistematizando su desarrollo y contribución. El entendimiento de dichos aspectos se vuelve fundamental para entender el desarrollo que han experimentado las diferentes posturas en legislaciones europeas y de tradición anglosajona, las que se vuelven imprescindibles al momento de desentrañar los distintos modelos de imputación de la responsabilidad penal que se han manifestado y que finalmente han llegado a influir en la creación de la ley N° 20.393.

En el derecho comparado, tanto en doctrina como a nivel parlamentario, el crecimiento de la discusión acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha sido exponencial, teniendo un gran avance en las últimas décadas. Lo anterior dice relación con múltiples factores sociales, pero por sobre todo con decisiones político – criminales de carácter preventivas, que han tenido por objeto poner fin al constante cuestionamiento sobre la viabilidad de la responsabilidad penal de los entes morales.

Dicha evolución doctrinaria constituye un progreso dogmático significativo para la gran mayoría de las legislaciones europeas -que al igual que la chilena- tienen una tradición jurídica continental, que asocia la sanción penal a la persona física. A la inversa, los países de tradición jurídica anglosajona han experimentado otro camino: desde mucho antes han aceptado - por criterios más prácticos que dogmáticos - la necesidad de atribuirle responsabilidad penal a las empresas, aun cuando los patrones de imputación en que se sustentan sean distintos, como se verá más adelante.

En razón de lo anterior, comenzaremos analizando cómo y porqué se ha superado en gran medida el principio “*societas delinquere non potest*”, para luego dar paso a la sistematización de los modelos de imputación en general y finalmente presentar un análisis específico de los modelos de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas vigentes en las legislaciones, en que más desarrollo y revuelo ha alcanzado el tema en el último tiempo.

1.1.1 SUPERACION DEL PRINCIPIO “SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST”

No podemos comenzar a hablar de la responsabilidad penal de las personas jurídicas sin hacer referencia al que fue por muchos años el principio rector en esta materia. No abordar este importante principio, dejaría un espacio en blanco dentro de la historia jurídico penal que nos convoca, dado que es ahí donde residen los argumentos que durante muchos años sirvieron de barrera para la expansión de la responsabilidad penal a los entes morales.

Como ya se ha expresado, nuestra intención no es abordar cada una de las discusiones que se sucedieron a partir del proceso de paulatina superación del principio “*societas delinquere non potest*”, sino centrarnos específicamente en los modelos de imputación que se han establecido para atribuir la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sin embargo, en consideración a que este tema central – los modelos de imputación - es posterior a la superación del principio, no podemos dejar de mencionar los criterios sociales y económicos que influyeron en este proceso, a fin de comprender el surgimiento de políticas – criminales preventivas que finalmente derrocaron el principio antes mencionado, erigiendo paralelamente una nueva corriente jurídico penal, como es la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas.

Independiente de todo lo mencionado anteriormente y a pesar de la continua existencia de algunos detractores, es posible afirmar que, hoy en día, se ha superado la fuerza vinculatoria del principio *societas delinquere non potest*: su decaimiento es innegable.

Cuando se hace referencia a la superación del principio, nos centramos fundamentalmente en los países de tradición jurídica continental, quienes solo a partir del siglo XX han vuelto a dar espacio a la discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas¹⁷. La aclaración es importante debido a que, como se expondrá

¹⁷ BACIGALUPO, Enrique. “Teorías de la pena y responsabilidad de las personas jurídicas” en “Cursos de Derecho Penal Económico”, Marcial Pons, 2005. Pág. 47. El autor afirma que durante los siglos XIV y XVIII las personas jurídicas eran consideradas sin problemas, sujetos

en detalle, los estados angloamericanos reconocen legalmente la punibilidad de las personas jurídicas desde el siglo XIX¹⁸. Sólo a modo de referencia podemos citar el caso de Estados Unidos, en que se introdujo con *New York Central and Hudson River Railroad Company v. United States*, en 1909, y también el del Reino Unido, donde se cita a *R V Great North of England Rly Co* en 1846¹⁹: primeros casos donde se reconoce la responsabilidad penal respecto de un ente moral.

La tradición jurídico penal, estableció categóricamente por muchos años que sólo las personas naturales eran capaces de ser responsables penalmente, ello debido a que únicamente la persona física tendría capacidad de acción, culpa y pena²⁰, siendo estos, los pilares fundamentales sobre los que descansa la teoría del delito. De ahí que comenzar el debate acerca de la legitimidad de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas supuso desde un comienzo combatir pensamientos firmemente arraigados, donde se pasan a llevar los fundamentos de la responsabilidad penal, como son el injusto y la culpabilidad, donde aún hoy, luego de muchos años de discusión, no hay consenso definitivo²¹.

de Derecho penal. Solo a finales del siglo XVIII, con la introducción de la teoría de la pena y la relación directa entre pena y voluntad, esta se volvió problemática, aboliéndola.

¹⁸ TIEDEMANN, Klaus. Lecciones de Derecho Penal Económico. Comunitario, Español, Alemán. PPU, Barcelona, 1995. Pág. 233.

¹⁹ GOMEZ Tomillo, Manuel. Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español. Lex Nova, 2010. Pág.15.

²⁰ DIAZ, Cortés. Lina Mariola. Societas delinquere potest. Hacia un cambio de paradigma en el derecho penal económico. Derecho Penal Contemporáneo – Revista Internacional. Nº 17. 2006. Pág. 98. La autora explica las dificultades dogmáticas para acoger la responsabilidad de las personas jurídicas, apunta a que la acción siempre se vincula al comportamiento humano, la culpabilidad implica un reproche moral al individuo, mientras que la pena no cumplirían su función preventiva ni retributiva frente a agrupaciones.

²¹ Zúñiga Rodríguez, Laura. Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas. Aranzadi, 2000. Pág. 18.

Si bien es cierto que la atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas supone un cambio radical a nivel dogmático, no es menos cierto que esto viene antecedido por un cambio sociocultural y económico derivado de la industrialización, la expansión de las empresas a nivel nacional y luego internacional, y más tarde favorecido enormemente por la globalización. La empresa se convierte así, en el principal agente económico de la sociedad moderna. Basta tomar en cuenta, que en la actualidad muchas corporaciones tienen ingresos igual o superiores a países como Australia, Noruega o Portugal²².

El fenómeno que en un comienzo supuso grandes avances en las políticas económicas de libre mercado, beneficiando con ello el fortalecimiento de mejoras en los estándares de vida de la población, significó que inevitablemente se instaurara una suerte de política protectora de las sociedades o empresas, lo cual más tarde supuso el escenario ideal para el surgimiento de la criminalidad económica, como lo afirma LAURA ZÚÑIGA RODRÍGUEZ: “una de las características más saltantes del capitalismo de finales del siglo y comienzos del XXI, es la concentración de grandes capitales con las fusiones y absorciones de empresas, produciéndose grandes sociedades complejas que operan en distintos países.”²³ La misma autora, señala en otro de sus trabajos, que la criminalidad empresarial necesita de la empresa para llevar a cabo los diferentes ciclos del delito, como son: la comisión, encubrimiento y financiación²⁴.

²² NIETO MARTÍN, Adán. La Responsabilidad penal de las personas jurídicas: Esquema de un modelo de responsabilidad penal. Pág. 2. [En Línea]

En: www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/resp_personas_juridicas.pdf. visitando el día 15 de Agosto de 2010. El autor hace referencia al poder económico de las corporaciones y afirma a modo de ejemplo, que en el año 2000 el New York Times señaló, que el valor de mercado de Microsoft era similar al producto interno bruto de España.

²³ ZÚÑIGA Rodríguez, Laura. Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas. Aranzadi, 2000. Pág. 80.

²⁴ ZÚÑIGA Rodríguez, Laura. Criminalidad Organizada, Unión Europea y Sanciones a empresas. Pág. 3. [En Línea] En:

La empresa como ente generadora de riesgos y delincuencia, no fue en un primer momento entendida como tal, sino que como ocurre en algunas legislaciones hasta hoy, se persigue la responsabilidad penal en las personas naturales que se desempeñan al interior de la empresa, quedando muchas veces el ente moral sin sanción penal. Hasta antes de que la criminalidad económica hiciera su aparición, la responsabilidad penal estaba asociada necesariamente al actuar violento de un individuo, acción que constituye un desvalor sancionado por el derecho al vulnerar bienes jurídicos importantes para el legislador.

El surgimiento general de las empresas a nivel internacional, dio pie a que la criminalidad tuviera un nuevo escenario donde crecer, el cual fomentaba las acciones delictivas y facilitaba su impunidad, ya sea por la dificultad en la determinación de la persona física responsable, o que gracias al nivel de complejidad de la empresa, se lograba difuminar la atribución de la responsabilidad penal individual, que en doctrina se ha denominado irresponsabilidad organizada²⁵. Estos problemas surgieron por causa de sociedades complejas, interrelacionadas, en continua transformación, globalizada, de riesgo, masiva e indeterminada, donde es sumamente difícil encontrar a un responsable²⁶.

www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_50.pdf.visitado el día 15 de Julio de 2010.

²⁵ Véase SILVA Sánchez, Jesús-María. La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del código penal español. En: La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes. Coordinador Percy García Cavero. Editorial ARA, 2002. Pág. 151 – 152. Quien afirma que la irresponsabilidad organizada, surge debido a que la responsabilidad penal individual parte de la concurrencia de los elementos de información, poder de decisión y actuación ejecutiva sobre una misma persona, pero tan pronto estos factores se disocian surgen barreras insuperables para la atribución de responsabilidad individual.

²⁶ ZUÑIGA Rodríguez, Laura. Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas. Aranzadi, 2000. Pág. 77 – 79. Véase también: ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura. Criminalidad Organizada, Unión Europea y Sanciones a empresas. [En Línea] En:

Lo anterior significó que la pesquisa del delito dejara de estar centrada sólo en el actuar del individuo, pasando a enfocarse en la actitud criminal colectiva: aquella que involucra el accionar de un grupo de personas organizadas que vulneran bienes jurídicos determinados²⁷, lo cual supone necesariamente un cambio de mentalidad y el surgimiento de nuevos criterios, con el exclusivo propósito de combatir esta criminalidad tan creciente, frente a la cual las responsabilidades ya existentes –civil, administrativa y penal centrada en el individuo - no lograban hacerle frente de forma eficaz²⁸.

Como era de esperarse, el surgimiento de acciones de carácter delictivo asociado a las empresas fue aumentando su valoración a nivel internacional y nacional, lo que gatilló que muy pronto fuera tema obligado para la mejora de políticas criminales preventivas. Es así como en Convenciones internacionales de la ONU, OCDE, Consejo de Europa, etc., la necesidad de prever sanciones contra las personas jurídicas se vuelve una cláusula de estilo²⁹, configurándose una fuerte inclinación a aceptar una auténtica punibilidad de las personas jurídicas.

http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_50.pdf, visitado el día 15 de Julio de 2010. Pág. 2 – 4.

²⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. Hacia un derecho penal económico. Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann. Estudios Jurídicos, 1995. Pág. 571.

²⁸ Actualmente hay legislaciones como la italiana que no aceptan propiamente tal responsabilidad penal como respuesta a la criminalidad asociada a las empresas, de ahí que la responsabilidad administrativa sancionadora.

²⁹ NIETO Martín, Adán. La Responsabilidad Penal de las personas jurídicas: Esquema de un modelo de responsabilidad. Pág.1. [En Línea] En: http://www.alfonsozabrano.com/doctrina_penal/resp_personas_juridicas.pdf. visitando el día 15 de Agosto de 2010.

Los países bajos introdujeron la responsabilidad penal de las personas jurídicas en 1976, Noruega en 1992, Francia en 1993³⁰, Austria en 2006 y España en su ley orgánica 5/2010 de 22 de Junio de 2010, modificó el código penal introduciendo finalmente la responsabilidad penal de los entes morales³¹. Otros países como Alemania o Suecia, aún no aceptan la responsabilidad penal como respuesta sino que lo hacen a través de sanciones administrativas asociadas al derecho penal.

Este cambio, tanto de política criminal como de dogmática penal, surge necesariamente en respuesta a demandas de eficacia y prevención de esta nueva criminalidad, que atenta contra bienes jurídicos de relevancia social que el derecho penal debe proteger. SILVINA BACIGALUPO señala: *“el problema dogmático penal es consecuencia no solo de la evolución social, sino de la crisis de la filosofía del sujeto individual (autoconsciente) a partir del cual no es ya posible dar una explicación coherente a numerosos conflictos sociales a los que el Derecho Penal debe hacer frente.”*³² Ciertamente la eficacia criminógena que han alcanzado las empresas no ha podido ser contrarrestada únicamente con la punición del individuo, no sólo por la dificultad de imputación sino porque su responsabilidad resulta ineficaz para la real tutela de los bienes jurídicos involucrados en la realidad económica actual³³. En este mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ afirma que esta necesidad político criminal se basa en tres líneas argumentales, a saber: en primer lugar, muchas veces resulta imposible

³⁰ TIEDEMANN, Klaus. Lecciones de Derecho Penal Económico. Comunitario, Español, Alemán. PPU, Barcelona, 1995. Pág. 232.

³¹ Parte de la doctrina española afirma que el legislador ya había hecho, con anterioridad a esta ley un reconocimiento a la responsabilidad penal de la persona jurídica en el art 129. Léase en: GOMEZ Tomillo, Manuel. Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español. Lex Nova, 2010. Pág. 23.

³² BACIGALUPO, Silvina. Curso de Derecho Penal Económico. Responsabilidad Penal de las personas jurídicas. Marcial Pons, 2005. Pág. 99.

³³ CORTÉS Díaz, Lina Mariola. Societas delinquere potest. Hacia un cambio de paradigma. Derecho Penal Contemporáneo – Revista Internacional. Nº 17. Octubre – Diciembre 2006. Pág. 94.

sancionar penalmente a la persona física por los delitos cometidos en el marco de la actividad empresarial. En segundo lugar, aun cuando lo anterior fuese posible, aquello constituye una respuesta insuficiente para la criminalidad económica. Y en tercer lugar, las alternativas para responsabilizar a la persona jurídica al margen de derecho penal no resultan lo suficientemente preventivas, debido al marcado carácter simbólico de la reacción penal³⁴.

Necesariamente la implementación de la responsabilidad penal de los entes morales supone desterrar el principio de *societas delinquere non potest*, debiendo proporcionar una nueva configuración a categorías como sujeto, acción o culpabilidad, a fin de que sean atribuibles a las corporaciones. El intento de aplicar los conceptos clásicos de sujeto, acción, pena y culpa a las personas jurídicas han resultado infructuosos, debido fundamentalmente a que éstos están contruidos sobre la lógica del actuar del individuo³⁵, resultando imposible traspasarlo directamente a la empresa. Aquel intento supuso una indudable oposición, en un comienzo de buena parte de la doctrina europea, debido a que bajo este prisma se termina desvirtuando peligrosamente la teoría del delito. A todas luces, el problema central del tratamiento de la responsabilidad penal de la empresa, radica en la imputación del hecho delictivo a sujetos individuales, es decir, en la atribución de la responsabilidad penal de la empresa por un hecho ajeno³⁶.

³⁴ SILVA Sánchez, Jesús-María. La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del código penal español. En: La responsabilidad penal de las personas jurídicas órganos y representantes. Coordinador Percy García Cavero. Editorial ARA, 2002. Pág. 150.

³⁵ En este mismo sentido Schünemann expresa que hay una concepción individualista de imputación en el derecho penal clásico que enfrentado a pautas colectivas de conducta resulta insuficiente para la protección de los bienes jurídicos. SCHÜNEMANN, Bernd. La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea. En: Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Jornadas en Honor del Prof. Klaus Tiedmann. Estudios Jurídicos, 1995. Pág. 574.

³⁶ NÚÑEZ Castaño, Elena. Revista de estudios de la justicia. Seminario Internacional. Los delitos imprudentes en el ámbito empresarial. N° 10, 2008. Pág. 162 – 164. La principal crítica a

De ahí, que la tendencia internacional actual, en su gran mayoría, entiende que el camino no está en aplicar iguales categorías, sino en modificar las existentes para lograr explicar que las conductas delictivas de la persona jurídica son atribuibles a sí misma. La forma de hacer frente a la pretensión de atribuir consecuencias jurídico – penales a los entes morales comienza centrándose antes que todo en una reinterpretación del concepto de sujeto a partir del cual se logra hacer la construcción dogmática de acción, culpabilidad y pena. Así las cosas, señala SILVINA BACIGALUPO, “sujeto no es quien haya ocasionado un resultado, sino aquel que sea competente, es decir, quien tenga el deber de.”³⁷.

Consecuentemente el concepto de acción estará asociado con el tipo de injusto como expresión valorativa de sentido, lo cual está condicionado con las políticas criminales de la norma penal, específicamente de prevención y protección de bienes jurídicos³⁸. Está claro desde este punto de vista, que si las personas jurídicas como sujetos de derecho, son destinatarias de deberes jurídicos que están obligados a cumplir, también son capaces de infringirlos, configurándose así la capacidad de acción³⁹.

Sin duda el principal escollo que se ha debido sortear para legitimar la responsabilidad penal de las personas jurídicas es el referente a la atribución de culpabilidad al ente

los modelos de imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica, radica en que se intenta atribuir la responsabilidad por un hecho propio de la empresa, lo que constituiría una ficción, ya que siempre será el órgano responsable, la persona física, la que en ultimo termino cometa la acción delictiva y no la empresa.

³⁷ BACIGALUPO, Silvina. Curso de Derecho Penal Económico. Responsabilidad Penal de las personas jurídicas. Marcial Pons, 2005. Pág. 97.

³⁸ ZUÑIGA Rodríguez, Laura. Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas. Aranzadi, 2000. Pág. 228.

³⁹ CUADRADO Ruiz, M^a Ángeles. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un paso hacia adelante... ¿un paso hacia atrás?. Revista Jurídica de Castilla y León. Nº 12. Abril 2007.[En Línea] En: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2280281>. visitado el día 15 de Agosto de 2010. Pág. 134.

moral. La culpa en la teoría tradicional, supone un reproche jurídico-moral al sujeto, que está dotado de consciencia y libertad para actuar, por tanto es claro que sin esta consciencia y libertad, la culpabilidad de las personas jurídicas no puede ser entendida en el sentido clásico, debido fundamentalmente a que todo aquel comportamiento que quisiera ser tenido como conducta de la persona jurídica, no es más que el actuar de una o varias personas naturales⁴⁰, quienes sí tienen capacidad de decidir entre lo bueno y lo malo, a diferencia de la persona jurídica. Por lo demás, el intento de prescindir de la culpabilidad de las empresas, tampoco responde a la naturaleza de la responsabilidad en la tradición jurídica – penal continental, ya que significaría construir el modelo de imputación sobre la base de la responsabilidad objetiva. El principio de la culpabilidad, como presupuesto en la atribución de responsabilidad penal, supone la vinculación entre el hecho delictivo y el sujeto, en este caso la persona jurídica, por lo tanto prescindir de ello implica dejar de lado uno de los principios fundamentales, que en derecho penal se conecta directamente con los criterios de inculpação y exculpação de responsabilidad: *nulla poena sine culpa*.⁴¹

En razón de no ser posible aplicar la culpabilidad en sentido clásico, ni tampoco poder prescindir de ella, la doctrina se ha inclinado por la reconfiguración del concepto de culpabilidad, ampliándolo a la persona jurídica por medio del concepto de defecto de organización, que ha sido una de las respuestas más exitosas. En este sentido, KLAUS TIEDEMANN⁴² establece que la responsabilidad penal de la persona jurídica se fundamenta en la culpabilidad de la organización: esta propuesta abrió espacio para buscar alternativas para hacer compatible la teoría del delito con la responsabilidad

⁴⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea. En: Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Jornadas en Honor del Prof. Klaus Tiedmann. Estudios Jurídicos, 1995. Pág. 582.

⁴¹ ROBLES Planas, Ricardo. El Hecho Propio de las personas jurídicas y el informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008.[En Línea] En: <http://www.indret.com/pdf/622.pdf>. visitado el día 15 de Agosto de 2010.

⁴² ALVARADO Reyes, Yesid. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional. N° 25 Octubre – Diciembre 2008. Pág. 46.

penal de los entes morales, lo cual evidentemente logra un acercamiento entre política – criminal y la dogmática penal. Otros como SCHÜNEMANN, proponen la creación de un concepto paralelo al de culpabilidad, como es el estado de necesidad del bien jurídico⁴³. Lo que realmente se pretende es que la culpabilidad asociada al ente moral no sea idéntica a la del sujeto individual pero si funcionalmente equivalente⁴⁴. La empresa como sujeto de derecho y obligaciones, tiene un rol social de fidelidad al derecho, por lo tanto la infracción a la norma, supone un reproche sancionable por el derecho penal, es decir, es destinataria de la punición por el incumplimiento de aquellas normas.

Superado en alguna medida el problema de la atribución de culpabilidad⁴⁵, la responsabilidad penal de los entes morales se alzó como una realidad difícilmente objetable. Sin embargo, aún quedan problemas dogmáticos que no se han resuelto del todo, como la capacidad de pena de la persona jurídica. Si bien el tratamiento exhaustivo de esta discusión dogmática penal excede por mucho el contenido de este trabajo, creemos necesario hacer referencia a ella someramente.

⁴³ Para Schünemann la responsabilidad penal de las personas jurídicas se debe a un estado de necesidad que se produce por la ineficacia preventiva en la criminalidad de la empresa. BACIGALUPO, Silvina. Curso de Derecho Penal Económico. Responsabilidad Penal de las personas jurídicas. Marcial Pons, 2005. Pág. 93.; SCHÜNEMANN, Bernd. La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea. En: Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Jornadas en Honor del Prof. Klaus Tiedmann. Estudios Jurídicos, 1995. Pág. 565 – 600.

⁴⁴ GÓMEZ-JARA Díez, Carlos. Modelos de Autorresponsabilidad Penal Empresarial. Propuestas Globales Contemporáneas. Aranzadi, 2006. Pág. 122 – 128.

⁴⁵ En sentido contrario, ROBLES Planas, Ricardo. El Hecho Propio de las personas jurídicas y el informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008. [En Línea]. En: <http://www.indret.com/pdf/622.pdf>. visitado el día 15 de Agosto de 2010. Pág. 7. El autor afirma que “... la persona jurídica es siempre un sujeto inimputable cuya actividad no puede canalizarse jurídico-penalmente a través de “acciones”. La persona jurídica es, pues, incapaz de imputación para el Derecho Penal basado en la culpabilidad.”

La discusión radica en que, la atribución de pena no cumpliría su función retributiva (esto es el reproche ético – social por una actuación antijurídica y culpable) para la empresa, pues ésta carece de conciencia y de libertad, en el sentido clásico. Ahora bien, respecto a los fines de la pena en el derecho penal colectivo, se ha entendido que los entes morales serían merecedores de penas desde el punto de vista de derecho penal preventivo, donde la finalidad sea satisfacer la vigencia de la norma y garantizar la identidad normativa de la sociedad⁴⁶. Lo que se busca con la atribución de responsabilidad penal empresarial es la generación de incentivos que fomenten la auto-organización empresarial. En palabras de SCHÜNEMANN, “la legitimación de las sanciones económicas a la asociación puede verse en la autonomía de la asociación, a la cual el Derecho le adscribe fundamentalmente una libertad a la organización propia que, sin embargo, tiene como reverso tener que ser responsable por los resultados negativos de esa libertad.”⁴⁷.

Paralelamente, se ha criticado el afán de sancionar a las personas jurídicas penalmente, sin embargo se ha insistido en ello ya que esta necesidad nace de los efectos comunicativos y simbólicos que tiene la condena penal, en desmedro de las sanciones administrativas y civiles⁴⁸. Sin lugar a dudas la pena, implica un reproche ético-social mucho más grave, que debe ser aprovechado para influir efectivamente en el comportamiento de las empresas a nivel preventivo general y preventivo especial.

A modo de conclusión, se puede establecer que el principio *societas delinquere non potest*, está hoy más que nunca en retirada. La noción de responsabilidad penal

⁴⁶ BACIGALUPO, Silvina. Curso de Derecho Penal Económico. Responsabilidad Penal de las personas jurídicas. Marcial Pons, 2005. Pág. 104.

⁴⁷ GÓMEZ-JARA Díez, Carlos. Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2006.[En Línea] En: <http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-05.pdf>. visitado el día 15 de Agosto de 2010. Pág.18-19.

⁴⁸ MIR PUIG, Santiago. Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. [En Línea] En: <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-01.pdf>, visitado el día 15 de Julio de 2010. Pág. 7-9.

asociada únicamente al individuo ha quedado atrás, debido a que las personas jurídicas son actualmente el centro de nuestro desarrollo como sociedad. La expansión de la criminalidad empresarial empresarial y trasnacional en el último tiempo, ha servido de base para la realización de innumerables conductas criminológicas, como la contaminación ambiental, accidentes laborales, asociaciones ilícitas, cohecho y defraudación tributaria entre otros, que fueron poniendo poco a poco en tela de juicio la efectividad de la responsabilidad penal individual en todo el mundo y en especial en aquellos países de tradición jurídica continental. Como era de esperarse, la atribución de responsabilidad a las personas físicas no ha sido una respuesta integral, ya que, o no es posible atribuir la responsabilidad o bien, cuando se logra, estas personas son fácilmente sustituibles y por lo tanto la actividad criminal dentro de la empresa continúa. Consecuentemente, la ausencia de responsabilidad penal sirvió, para muchos, como factor colaborador a un déficit de justicia y a la irresponsabilidad organizada⁴⁹.

Asumida la necesidad dogmática y político – criminal de atribuir responsabilidad penal a los entes morales, la doctrina y los legisladores a lo largo de los años han librado una batalla para lograr superar los problemas dogmáticos que ésta antepone. GÓMEZ- JARA afirma que la doctrina y jurisprudencia actual se enfrenta al siguiente dilema: “o se vulneran los principios tradicionales de derecho penal y se imponen penas en contravención del principio de responsabilidad por el hecho propio, o se adapta la teoría jurídica del delito a las características propias de las personas jurídicas.”⁵⁰. Para otros autores como SILVA SÁNCHEZ, la respuesta está en adicionar a la responsabilidad

⁴⁹ ZUÑIGA Rodríguez, Laura. Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas. Aranzadi, 2000. Pág. 191. En este mismo sentido, CUADRADO Ruiz, M^a Ángeles. La Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un paso hacia adelante ¿Un paso hacia atrás?. [En Línea] En: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2280281>, visitado el día 15 de Agosto de 2010. Pág. 135.

⁵⁰ GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española. Editorial B de F, 2010. Pág. 491.

individual, la colectiva, entendiendo que los modelos de atribución de responsabilidad penal no son idénticos⁵¹. Las conclusiones a las que se ha llegado aún generan discusión y estimamos que, por la compleja relación entre dogmática penal y necesidad político – criminal, está lejos de acabar.

1.2 MODELOS TEÓRICOS DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

En consideración a que el objetivo primordial del presente trabajo es analizar los modelos de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas que existen en el derecho nacional y extranjero, es requisito fundamental que, para el adecuado entendimiento de la materia, se delimite su significado y contenido.

Por “Modelo de Imputación”, nos referimos a la pauta que define y utiliza el legislador para atribuir responsabilidad penal a un individuo, en este caso, un ente moral.

Determinar qué modelo de imputación acoge un ordenamiento o una ley en particular, es de suma importancia puesto que en él radica la fórmula que indicará quién será el responsable respecto del hecho que reviste características de delito, y hasta dónde puede extenderse dicha responsabilidad. A mayor abundancia, se puede decir también que, el absoluto entendimiento del modelo de imputación de un sistema en específico colabora con la inmediatez procesal y la unificación de los criterios al momento de aplicar la ley.

Existen tres grandes tendencias de modelos de imputación, a saber:

1. Transferencia de la Responsabilidad
2. Culpabilidad de la Empresa

⁵¹ En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del Art. 129 del Código Penal Español. En: La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes. Coordinador Percy García Cavero. Editorial ARA, 2002. Pág. 147 -148.

3. Modelo Mixto

Seguidamente, particularizaremos cada uno de ellos.

1.2.1 Transferencia de la Responsabilidad

También denominado “Sistema de Responsabilidad Vicarial u Objetiva”. La base de este sistema descansa en **atribuir a la persona jurídica o ente moral** la responsabilidad que nace a raíz de la acción de uno o más de sus dependientes. Es decir, la responsabilidad se *transfiere* desde el sujeto que realiza materialmente la acción que constituye el delito, hacia la persona jurídica que se encuentra jerárquicamente sobre él.

Aun cuando existen diversas modalidades de este sistema de imputación, podemos resumir sus condiciones generales más típicas en tres⁵²:

- a. Comisión de una infracción por parte de un agente de la empresa
- b. Dicha acción sea realizada en el ejercicio de las funciones que le han sido atribuidas a dicho sujeto, o bien, por cuenta de la empresa
- c. Intención de obtener ventaja o beneficio para la empresa

Sobre la base típica descrita anteriormente, existen diferentes modalidades de este sistema, que lo hacen más o menos estricto: Se pueden encontrar legislaciones que sólo permiten que el sujeto capaz de transferir la responsabilidad sea alguien con funciones administrativas importantes y de cierta jerarquía⁵³. Es decir, sólo una persona con capacidad de decisión dentro del órgano empresarial tiene la aptitud de transformar en responsable a la persona jurídica en la que él realiza sus funciones.

Otros modelos prescinden de dicha exigencia, considerando que en ella reside la oportunidad para la impunidad de la persona jurídica. Por ejemplo, se elige una

⁵² NIETO M., Adán. La responsabilidad Penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo. Madrid, Iustel, 2008. Pág. 89.

⁵³ Teoría de la Identificación, Reino Unido.

persona que carezca de jerarquía alguna dentro del ente moral para que cometa el hecho delictivo –comúnmente llamados “*chivos expiatorios*” o bien “*sujetos fungibles*”-, de esta manera los órganos directivos de la persona jurídica beneficiada con el ilícito, pueden alegar desconocimiento de sus acciones y evitar de manera efectiva ser sujetos de la responsabilidad que les cabría respecto del delito cometido.

El sistema de “Transferencia de la Responsabilidad” se denomina también *objetivo*, puesto que carece de un “accionar propio” de la persona jurídica. La comisión del ilícito por parte de un dependiente – junto con el cumplimiento de otros requisitos que variarán según el ordenamiento jurídico de que se trate- basta para que la persona jurídica involucrada sea susceptible de responsabilidad en la comisión del hecho.

El que este modelo en particular prescinda de una arista subjetiva no es azaroso: de dicha característica esencial nace su segundo rasgo típico: No existe oportunidad ni forma alguna de probar debida diligencia. Aun cuando la diligencia por parte del ente moral haya existido, y haya sido de las más eficientes, no existe norma sustantiva que le permita excusarse, de ahí que su actividad o la falta de la misma, se vuelve irrelevante.

Lo anterior nos lleva a enunciar las críticas o deficiencias que en doctrina se asignan a este modelo de imputación en específico. En primer lugar, se critica que dicho método de imputación dista en exceso de ser un engranaje cooperador para una política criminal más eficiente, porque no incentiva de manera alguna la autorregulación. Es más, muy por el contrario, invertir en métodos destinados a la prevención de delitos dentro del marco de las actividades de la empresa vendría a significar una pérdida de recursos materiales y humanos, puesto que ante la eventualidad de un proceso criminal, dichos esfuerzos no serían considerados en forma alguna: ni como antecedentes ni base de exención de responsabilidad.

En segundo lugar, corresponde enunciar otra debilidad que apunta a la base jurídico filosófica de esta corriente, que si bien escapa del espectro de la presente tesis, es de vital importancia mencionar: se arguye en su contra la posible inconstitucionalidad que este sistema encierra, en razón de una presunta violación al principio de culpabilidad. Esta supuesta transgresión se manifestaría en diversos niveles: sanción a una

personas inocente (por ejemplo: socios) e incompatibilidad con la premisa del *non bis in idem* y la respectiva proporcionalidad de la pena, entre otros.

En otras palabras, como bien lo cuestiona MARTÍN NIETO: ¿Es conforme a la Constitución castigar a un ente colectivo mediante una sanción de naturaleza penal?⁵⁴ Es oportuno, hacer en este punto referencia a dos opiniones doctrinarias preponderantes y antagónicas a nivel nacional, sobre la crítica en comento. Por un lado, podemos citar la postura de VAN WEEZEL, cuando manifiesta que: “Si el derecho penal tomara en serio a las personas jurídicas – como lo hacen, por ejemplo, el derecho mercantil y el derecho administrativo- no debería sancionar a las personas naturales que encarnan sus órganos (...) Del hecho que ello no ocurra se deduce que para el derecho penal las personas jurídicas son personas sólo en sentido muy restringido y que, cuando se las “castiga”, en realidad se quiere influir sobre las decisiones que toman las personas naturales que las controlan o administran.”⁵⁵ Paralelamente, HERNÁNDEZ BASUALTO, declara pensar que la posible “inconstitucionalidad” de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tendría poco asidero “Porque de ser correcta la vulneración del principio de culpabilidad, en cuanto se admite crecientemente que dicho principio rige también en el orden de las sanciones administrativas, habría que reconocer, en consecuencia, que tampoco sería posible sancionar a las entidades en ese orden.”⁵⁶

⁵⁴ NIETO M., Adán. La responsabilidad Penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo. Madrid, Iustel, 2008. Pág. 103.

⁵⁵ VAN WEEZEL, Alex “Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas”. *Polít. crim.* Vol. 5, Nº 9 (Julio 2010), Art. 3. [En Línea] En: http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A3.pdf, visitado el día 30 de Agosto de 2010. Pág. 140.

⁵⁶ HERNÁNDEZ, Héctor. “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”. *Polít. crim.* Vol. 5, Nº 9 (Julio 2010), Art. 5. [En Línea] En: http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A5.pdf, visitado el día 30 de Agosto de 2010. Pág. 213.

En el ámbito de implementación positiva del modelo de imputación de transferencia de la responsabilidad, podemos declarar que, aunque variante en sus formas, se encuentra en diferentes ordenamientos, a saber: Inglaterra, Austria, Francia, España, Italia e incluso Portugal que se encuentra aún en vía de proyecto⁵⁷.

1.2.2 Culpabilidad de la Empresa

El modelo de imputación denominado “Culpabilidad de la Empresa” se erige como la antítesis del modelo visto en el apartado anterior, dado que en él se prescinde de manera absoluta de la idea de la transferencia de la responsabilidad. En razón de lo anterior, este sistema también ha sido denominado “subjetivo” o de responsabilidad originaria o propia.

En consideración a la ausencia de la “transferencia” es lógico preguntarse: ¿Cuál es el factor de imputación de este modelo? ¿Qué criterio o requisito establece el legislador en esta oportunidad para atribuir responsabilidad penal al ente colectivo?

Lamentablemente, no existe para dicha pregunta, una respuesta unívoca y aceptada por la generalidad de la doctrina: la fundamentación de la culpabilidad de la empresa, ha encontrado al menos 4 vías diversas de manifestación, cada una con particularidades que deben ser rescatadas al momento de construir un concepto único.

Con el objetivo de comprender cabalmente el modelo de imputación en comento, se revisará someramente las diferentes corrientes que han nacido para determinar su contenido y características esenciales, pudiendo enumerarlas según su autor como sigue:

a. HEINE, GÜNTHER: Este aporte es destacable dado a que colabora para entender el concepto de “*culpabilidad de la empresa*” desde la perspectiva continental, a pesar de ser una institución propia del derecho anglosajón. Dicho entendimiento es

⁵⁷ NIETO M., Adán. La responsabilidad Penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo. Madrid, Iustel, 2008. Pág.89.

alcanzado a través del estudio de su propuesta: HEINE construye un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas por culpabilidad de la empresa, restringiendo las situaciones de facto a aquellas insertas en rubros de alta peligrosidad, generalmente, de tipo medioambiental. Así, se establece que, de ocurrir un daño tal que perjudique a la sociedad o a una parte significativa de ella, por la actividad *típica* de una empresa, forzosamente se debe concluir que ésta no ha ejercido de manera efectiva el control que su propia actividad –determinada por el rubro al que se dedica el ente moral-, justificando así el nacimiento y fundamentación de la “culpabilidad de la empresa”. En razón de la estrechez del modelo de Heine respecto de los casos prácticos en que puede darse la responsabilidad penal de la persona jurídica, a saber: *“casos de producción de determinadas perturbaciones sociales graves: muerte o lesiones graves de una cantidad indeterminada de personas, peligro común inusual (incendios, explosiones, graves daños materiales en edificaciones) o atentados especialmente graves para el ambiente, irreversibles o de recuperación a muy largo plazo o muy costosa”*⁵⁸, es oportuno referir que en el modelo en comento, la responsabilidad es de carácter excepcional y su ocurrencia será entonces, muy poco habitual. Configurado así el modelo de imputación, se puede clasificar al concepto de “culpabilidad de la empresa” de Heine como una noción híbrida: en parte se entiende como defecto de organización de la empresa y al mismo tiempo, como culpabilidad por la conducción del ente moral⁵⁹. Esta categorización adquiere vital importancia dentro del marco del proceso penal, especialmente en la etapa probatoria: Si la culpabilidad de la empresa se fundamenta en la mala conducción que se ha hecho de la misma, dicha calidad se convierte en un estado permanente o al menos duradero en el ente moral, volviéndose irrelevante el momento exacto de la comisión del delito que tuvo el resultado dañoso.

⁵⁸ 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. Pág. 73.

⁵⁹ NIETO M., Adán. La responsabilidad Penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo. Madrid, Lustel, 2008. Pág. 146.

b. ERNST JOACHIM LAMPE: Éste exponente, inicia sus reflexiones indicando que, existen sistemas de injustos, que pueden definirse como “las relaciones entre individuos organizadas hacia fines injustos”, los que pueden ser simples o constituidos⁶⁰, distinguiendo además cuatro tipos específicos, a saber⁶¹:

1. Unión de personas criminales dirigida a un fin
2. Agrupación criminalmente constituida
3. Empresa económica con tendencia criminal, y por último,
4. Estado o institución estatal criminalmente pervertida.

Atendido el tema que nos convoca, centraremos nuestra atención en el tercer tipo de sistema de injusto individualizado, dado que en su categoría caben las personas jurídicas. Lampe extrae la denominación “empresa económica” del ordenamiento jurídico alemán, el que a pesar de recurrir a dicha expresión en numerosas ocasiones, no define el término en sede penal. Sin embargo, debemos entender que en el marco de estudio de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el concepto de “empresas económicas” viene a encarnar el término homólogo del sujeto que en este trabajo es objeto de nuestro estudio.

⁶⁰ Un sistema de injusto constituido es aquel que: “adquiere su configuración institucional duradera mediante una constitución (o unos estatutos). Dicho sistema de injusto constituido no sólo es “más que la suma de las partes” –como el simple- sino que como institución es independiente del cambio de sus partes” LAMPE, Ernst. “*Systemunrecht und Unrechtssysteme*”, 1994, Universidad Autónoma de Madrid, traducido por: GÓMEZ-JARA D., Carlos, Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: Propuestas globales contemporáneas, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008. Pág. 61.

⁶¹ LAMPE, Ernst. “*Systemunrecht und Unrechtssysteme*”, 1994, Universidad Autónoma de Madrid, traducido por: GÓMEZ-JARA D., Carlos, Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: Propuestas globales contemporáneas, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008. Pág. 61.

LAMPE establece que los ilícitos dentro de una entidad económica pueden producirse por dos causas diferentes. La primera, es la que él ha denominado responsabilidad por filosofía de la empresa, y la segunda se constituye por una falla en la estructura organizativa. En ambos casos, se propone establecer que tanto el injusto como la culpabilidad del órgano sean entendidos como elementos propios de la empresa: “De *lege ferenda*, la responsabilidad jurídico-penal debería afectar, en primer lugar, a las empresas, siempre que hayan encontrado una forma jurídica propia. Y ello debido a que cuando *su* injusto sistémico se ha transformado causalmente en un comportamiento antinormativo, entonces la justicia exige que, primariamente, el comportamiento les sea imputado reflexivamente *a ellas* (...) Sólo tendrá que vincularse más concretamente esta responsabilidad a la *filosofía* empresarial, cuyo carácter criminógeno encuentra expresión en el comportamiento antinormativo de un miembro de la empresa”⁶².

Respecto a los postulados de LAMPE, NIETO MARTÍN lo ha resumido de la siguiente manera: “*la culpabilidad de la empresa es consecuencia de un carácter empresarial defectuoso que se mantiene a lo largo del tiempo y que no se refiere a acciones concretas, sino al “ser” de la corporación*”⁶³. En este sentido, se asemeja a los postulados de Heine, en referencia al acentuar la conducción de la empresa –estado permanente o duradero- y no el hecho mismo del delito. Es decir, la infracción es sólo un resultado o un síntoma de un estado crítico mayor: la mala administración y gestión de la persona jurídica. El gran aporte de esta corriente radica en que su concepto de “culpabilidad de la empresa” es amplio, pudiendo incluirse no sólo las acciones negligentes (permitidas o toleradas) sino también las dolosas (incentivadas,

⁶² LAMPE, Ernst. “*Systemunrecht und Unrechtssysteme*”, 1994, Universidad Autónoma de Madrid, traducido por: GÓMEZ-JARA D., Carlos, Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: Propuestas globales contemporáneas, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008. Pág. 61.

⁶³ NIETO M., Adán. La responsabilidad Penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo. Madrid, Iustel, 2008. Pág. 146.

ordenadas), abriendo así un campo de graduación dentro del sistema conductual corporativo⁶⁴.

c. BRENT FISSE / JOHN BRAITHWAITE: Incluyen una nueva perspectiva temporal dentro del ámbito de la culpabilidad de la empresa. Según este postulado el acento no debe ponerse ya en la conducta permanente de conducción de la empresa, y tampoco en el momento preciso en que se despliega la acción típica que deriva en un daño⁶⁵: El momento que realmente determina la existencia o no de culpabilidad por parte de la empresa y la composición de dicha calidad es aquel que sigue a la comisión del delito, que en doctrina comparada se ha denominado “*culpa reactiva*” o “*reactive corporate fault*”: “La piedra angular de la *corporate reactive fault* es el diseño de las medidas postdelictivas tendentes a aumentar y asegurar el compromiso futuro de la empresa en la reparación y en la prevención de hechos similares”⁶⁶. La motivación para construir este enfoque diferente nace de la dificultad que existe para probar que una determinada empresa o persona jurídica tiene en sí la real intención de delinquir. La cultura corporativa genuina se devela de manera más evidente y certera una vez cometido el delito: Si por ejemplo, se colabora con la justicia recurriendo a ella incluso antes de que comience la investigación en contra de la empresa, una vez cometido el delito, existe en este caso la convicción fehaciente que la intención de la persona jurídica del caso no pretende aprovecharse del ilícito cometido dentro de sus funciones, poniendo en manos de la justicia todos los beneficios que de dicho ilícito provienen. Si por el contrario, post-delito existe una actitud de secretismo, al mismo tiempo que se despliegan maniobras para mantener los beneficios del ilícito dentro del capital empresarial, disimulando sus orígenes y borrando cualquier rastro existente que dé

⁶⁴ Es una importante distinción, que podría encontrarse plasmada positivamente en el código penal australiano, el que para determinar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, también distingue entre aquellos delitos dolosos de los meramente culposos o negligentes.

⁶⁵ NIETO M., Adán. La responsabilidad Penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo. Madrid, Iustel, 2008. Pág. 139.

⁶⁶ NIETO M., Adán. La responsabilidad Penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo. Madrid, Iustel, 2008. Pág. 140.

cuenta de la existencia de la conducta típica, es forzoso concluir que la real intención del ente moral era sacar provecho de dicho ilícito, y por ende existía la real voluntad de cometerlo, evadiendo al mismo tiempo cualquier mecanismo de control y autoorganización vigente en dicha empresa. Según la propuesta de estos autores, debería empoderarse al tribunal correspondiente para que éste, mediante los medios que le franquee la ley, le ordene investigar el crimen cometido dentro del ámbito de su propia empresa –considerando el manejo privilegiado de información que posee- pudiendo optar así a los beneficios procesales que dicha cooperación amerita. Uno de los grandes beneficios de este enfoque es que, los costos del proceso criminal en virtud del cual se declarará la responsabilidad penal de la persona jurídica, son internalizados por la empresa objeto del juicio, dado que la investigación de los hechos corresponderá, por orden judicial, a sí misma. Al evitar la introducción del sistema judicial a la realidad compleja y altamente estructurada de las empresas que existen hoy en día, el ahorro en tiempo y dinero se vuelve del todo considerable y beneficioso.

d. GÓMEZ-JARA: Este autor propone un modelo constructivista de autorresponsabilidad (atribución de un hecho propio) penal empresarial, destacando para ello “la intencionalidad” en el actuar corporativo. En primer lugar, propone analizar la estructura interna de la persona jurídica, enfocándose primordialmente en el sistema imperante de toma de decisiones de carácter empresarial. Una vez que es capaz de abstraerse un cierto procedimiento modelo que devalore valores corporativos estables en el ámbito decisorio, puede recién hablarse de que la persona jurídica puede ser considerada sujeto de derecho: “Así, al igual que el niño no es imputable en derecho penal individual hasta que sus sistema psíquico no sea lo suficientemente complejo (...), tampoco la empresa puede considerarse imputable en el derecho penal empresarial hasta que su sistema organizativo no sea lo suficientemente complejo, esto es, hasta que no haya alcanzado un determinado nivel interno de autorreferencialidad –autoorganización-”.⁶⁷ En segundo lugar, establece la importancia

⁶⁷ GÓMEZ-JARA D., Carlos, Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: Propuestas globales contemporáneas, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008. Pág. 163-164.

de la existencia “un buen clima ético” imperante dentro de las actividades de la empresa. Dicho ambiente puede constatarse a través de la existencia de medios eficientes y por sobre todo eficaces de autocontrol y regulación de las actividades propias de la empresa. GÓMEZ-JARA hace un esfuerzo por syndicar lo que sería el ánimo real de la empresa, entendiendo que toda organización compleja, multifuncional y de bastas dimensiones es más que la simple suma de las voluntades de todos quienes la componen. Así, cree que puede distinguirse entre un error “involuntario” o un leve descuido en el sistema de auto-organización, y la intención positiva de cometer un delito para beneficiar los intereses de dicho ente moral. Este punto es del todo relevante dentro de la teoría constructivista ya que reformula el concepto de culpabilidad en el marco penal empresarial: “(...) la forma de abordar la problemática que adopta el modelo constructivista es construir un concepto de culpabilidad empresarial que, si bien no sea idéntico al concepto de culpabilidad individual, sí resulte *funcionalmente equivalente* (...)”⁶⁸ La propuesta de GÓMEZ-JARA acarrea un beneficio hasta ahora no presente en ninguna de las corrientes antes mencionadas: Bajo esta concepción de “culpabilidad de la empresa”⁶⁹ se puede distinguir entre el actuar doloso de un agente de la empresa que tiene por resultado una acción típica, y de los riesgos y consecuentes daños creados en razón de la naturaleza de la actividad a la que la empresa se dedica, encontrando así un punto de similitud con la teoría de GÜNTHER HEINE. Es importante acotar también que esta variante de entendimiento de culpabilidad de la empresa se encuentra consagrada positivamente en el código

⁶⁸ GÓMEZ-JARA D., Carlos, Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: Propuestas globales contemporáneas, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008. Pág. 163-164.

⁶⁹ Por escapar al objeto de nuestro estudio no se desarrollará profundamente el concepto de culpabilidad construido por Gómez-Jara, sin embargo se estima oportuno citar sus componentes básicos: “el concepto constructivista de culpabilidad empresarial se basa en tres equivalentes funcionales que se corresponden con los tres pilares del concepto de culpabilidad individual: la fidelidad al derecho como condición para la vigencia de la norma, el sinalagma básico del derecho penal y, por último, la capacidad para cuestionar la vigencia de la norma” en GÓMEZ-JARA D., Carlos, Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: Propuestas globales contemporáneas, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008. Pág. 166.

australiano, el cual incluso llega a definir vía legislativa lo que debe entenderse por “cultura corporativa”.

En síntesis, existen 4 variables de conceptos de “culpabilidad de la empresa”⁷⁰, a saber:

| CONCEPTO | AUTOR |
|---|--|
| <i>Culpabilidad de empresa entendido como cultura corporativa desviada</i> | Gómez – Jara (Consagrado a nivel legislativo en el sistema Australiano) |
| <i>Culpabilidad de empresa como defecto de organización</i> | Heine, y en parte Gómez-Jara. (Consagrado a nivel legislativo en el Reino unido) |
| <i>Culpabilidad de empresa como ausencia de un comportamiento post-delictivo adecuado</i> | Fisse y Braithwaite |
| <i>Culpabilidad entendida como conducción defectuosa de la empresa</i> | Heine y Lampe |

Es apropiado mencionar que la existencia de estas 4 corrientes diferentes no implica que se enfrenten como antagonistas la una a la otra, sino que muy por el contrario, todas las posturas tienen un rasgo distintivo que viene a erigirse como un aporte al momento de construir un concepto ambivalente e íntegro de la “culpabilidad de la empresa”. Es decir que, entre las diferentes acotaciones existen distintos caminos y

⁷⁰ NIETO M., Adán. La responsabilidad Penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo. Madrid, Iustel, 2008. Pág. 146.

grados de especialización de sus elementos sustanciales, los que combinados crearían una institución doctrinaria completa y con una real capacidad de expansión en las diferentes legislaciones, sin importar si se trata de derecho continental o bien, anglosajón.

1.2.3 Modelo mixto

Como en la mayoría de las discusiones doctrinarias, existe también, en el caso de los modelos de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, una tercera variante que viene a crear el compromiso entre los dos modelos anteriormente expuestos y antónimos entre sí.

El modelo mixto se construye a partir de la mezcla de elementos característicos y sustanciales, que se extraen de los modelos previos (es decir: el de transferencia de la responsabilidad y el de culpabilidad de la empresa) y que vienen a confabularse con el exclusivo objetivo de sortear las dificultades que cada uno de los modelos ya enunciados, presentan al ser concebidos de manera independiente entre ellos.

Para comprender cabalmente este tercer modelo de imputación, es necesario visualizar dichos sistemas como procedimientos dinámicos, cuya actividad se presenta en variadas fases consecutivas, y que influye no sólo en la persona que será tenida por “responsable” de la acción típica, sino también en la medida en que dicha responsabilidad se hará efectiva.

En primer lugar, corresponde situar nuestra atención en el modelo de transferencia de la responsabilidad. El elemento sustancial de su teoría que se presenta en el modelo mixto, es la consideración de la actuación del agente y la transferencia de responsabilidad de éste a la persona jurídica para la cual desempeña sus funciones. Es decir que, dentro del sistema de imputación mixto “parte” de la responsabilidad de la persona jurídica se fundamentará en los principios vicariales u objetivos. El beneficio⁷¹

⁷¹ El beneficio al que se alude, se presentaría solo si dicho modelo de imputación de carácter vicarial incluyera dentro de su sistema la teoría de la identificación, en virtud de la cual se

de la incorporación de dicha característica será visible en todos aquellos casos en que la persona individual no sea capaz de ser determinada como el actor del hecho típico. Aun cuando falle la determinación del individuo podrá sujetarse a la empresa como responsable de los daños que por sus dependientes han sido creados.

Si tenemos presente lo visto con anterioridad, podremos recordar que el modelo de imputación de transferencia de la responsabilidad no estaba exento de vicios ni defectos. El más importante de ellos, era aquel que decía relación con la imposibilidad de probar diligencia alguna que tuviera efecto en el proceso criminal sostenido en su contra. En otras palabras: una vez que se comprobaban los requisitos necesarios para la transferencia de la responsabilidad, la empresa no tenía opción alguna de restringir o disminuir su sanción, aun cuando la lógica y la debida proporcionalidad lo demandaban.

Así las cosas, con la vigencia de este modelo se arribaba a un obstáculo de proporciones desde la perspectiva político-criminal: dado que la persona jurídica poseía cero viabilidad de ajustar la eventual pena, existía al mismo tiempo cero incentivo para controlar los procesos internos del ente moral dentro de los cuales se anidaba la posibilidad del delito.

Este aspecto atenta contra la eficacia y eficiencia no sólo de la política criminal, sino también contra la de los órganos encargados de administrar la justicia: tribunales, juez y toda la maquinaria procesal que se exige en movimiento para hacer efectiva la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Es por todo lo anterior que el modelo mixto viene a solucionar la gran traba del modelo vicarial agregando a la idea de transferencia de responsabilidad, el concepto de culpabilidad de la empresa, manifestándose en la práctica en la posibilidad real que tiene la persona jurídica de disminuir o incluso excluir absolutamente su

permite realizar la transferencia de la responsabilidad (del agente a la persona jurídica) aun cuando se desconozca el sujeto individual responsable, pero siempre y cuando se pueda atestiguar que pertenece a las dependencias del ente moral dentro de cuyas actividades se manifestó el ilícito.

responsabilidad, siempre y cuando pruebe que dentro de su estructura existía un sistema de carácter preventivo de delitos. Con esta combinación de sistemas de imputación se puede aspirar a obtener los siguientes beneficios:

1. Existe mayor probabilidad de hacer efectiva la responsabilidad contra la empresa.
2. Existe mayor probabilidad de reparación del daño causado, dado que se asume que el patrimonio de una empresa es más abundante que el de la persona natural que comete la infracción.
3. Disminuye considerablemente la posibilidad de “evadir” la responsabilidad generada por el hecho ilícito, dado que no caben los denominados “sujetos fungibles” (autor del ilícito que asumía la responsabilidad y/o que al mismo tiempo era fácilmente reemplazable).
4. Existe una motivación por parte de la persona jurídica de elaborar un plan de autocontrol lo suficientemente sofisticado para que, en caso de investigación por un ilícito, pueda disminuir e incluso excluir su eventual responsabilidad penal.
5. Lo anterior repercute directamente en los órganos de la administración de justicia, dado que ahorrarán tiempo y dinero, llevando procesos más expeditos y con mayor colaboración por parte de los intervinientes.

1.3 PAISES QUE ACOGEN LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS

1.3.1. ESPAÑA:

1.3.1.1 Legislación vigente.

La doctrina española se ha posicionado a lo largo de los años, como una de las que con mayor ahínco ha desarrollado la discusión acerca de la legitimidad de atribuir responsabilidad penal a los entes morales, y bajo qué condiciones esta imputación

debe llevarse a cabo para respetar los principios del derecho penal basados en la teoría del delito.

Como parte de la tradición jurídico-penal continental, España se ha mantenido muy activa en esta importante discusión a nivel mundial a lo largo del siglo XX, pero aun así, los intentos por concretar la derogación del principio *societas delinquere non potest*, tendencia apoyada por buena parte de la doctrina, que ve a las personas jurídicas como el principal ente criminológico de la sociedad actual, no habían tenido éxito hasta hoy. Recientemente, en Diciembre de 2010⁷², la legislación española se ha adherido a la tendencia mundial, incorporando directamente en su código penal, la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Como país, con tradición jurídica continental, España mantenía indiscutiblemente el principio *societas delinquere non potest*, siendo las personas físicas las únicas capaces de cometer delitos y ser sancionadas penalmente por ello. La teoría del delito construida sobre el accionar del individuo, dotado de conciencia y libertad, en la comisión del hecho ilícito, le impidió al legislador llevar a cabo, en forma directa, la extensión de la responsabilidad penal a los entes morales bajo los presupuesto del Derecho penal. Lo anterior rigió sin mayor contrapeso, hasta la entrada en vigor del Código penal de 1995, específicamente con la inclusión de los artículos 31 y 129, este último introdujo la posibilidad de imponer medidas a personas jurídicas y empresas en su parte general, las “consecuencias accesorias” contempladas en el artículo antes mencionado, se constituyó como un catálogo de medidas que el Juez podía imponer a los entes morales, pero solo en los casos previstos por el Código Penal. En cuanto al artículo 31, este reguló la responsabilidad por el actuar en nombre de otro, imputando a

⁷² Boletín Oficial del Estado Nº 152. 23 de Junio de 2010. Ley Orgánica 5/2010, de 22 de Junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre, del Código Penal. [En Línea] En: <http://www.boe.es/boe/dias/2010/06/23/pdfs/BOE-A-2010-9953.pdf>, visitado el día 11 de Octubre de 2010.

la persona física la posible responsabilidad penal derivada de la actuación a través de la persona jurídica⁷³.

A partir de esta reforma, deja de ser pacífica la opinión acerca de la vigencia irrestricta del principio *societas delinquere non potest*, y se comienza a discutir derechamente si el legislador español admitió a través de las “consecuencias accesorias”, la responsabilidad penal de las personas jurídicas o solo fueron concebidas como medidas no punitivas tendientes a contrarrestar la peligrosidad de las empresas⁷⁴. La discusión doctrinaria acerca de la verdadera naturaleza jurídica de estas “consecuencias accesorias” y los principios que fundamentaban su aplicación, se presentó como el principal punto de interés para dilucidar la verdadera intención del legislador, toda vez que las personas jurídicas no se encontraban reconocidas expresamente como sujetos imputables.

Como era de esperar el debate se centró en determinar si las consecuencias accesorias, tenían el carácter de penas, medidas de seguridad o eran una modalidad de sanciones penales diferentes⁷⁵. A primera vista se entiende que el legislador no quiso resolver directamente el problema de atribución de responsabilidad penal que le producían las empresas a nivel de dogmática jurídico penal, por lo cual se alejó de los conceptos de penas y medidas de seguridad⁷⁶. El punto fue determinar, si aquello se trataba de un problema meramente nominal o de política criminal.

⁷³ 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. Pág. 68.

⁷⁴ MIR Puig, Santiago. Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.[En Línea] En: <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-01.pdf>, visitado el día 15 de Julio de 2010.Pág. 1-17.

⁷⁵ BACIGALUPO, Silvina. Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas. En: Curso de Derecho Penal Económico. Marcial Pons, 2005. Pág. 107.

⁷⁶ En este sentido Santiago Mir Puig afirma: “La vía elegida por el CP español de 1995 tiene la ventaja de que evita las importantes dificultades dogmáticas que encuentra la imposición de

Para una parte de la doctrina, la naturaleza jurídica del artículo 129 se explicaba en razón de que la aplicación de estas consecuencias accesorias dependía de la imposición previa de una pena o medida de seguridad, por lo tanto se estaría ante una responsabilidad subsidiaria de la responsabilidad penal de una persona física. Por otro lado, había quienes afirmaban categóricamente que la persona jurídica no podía ser sujeto de pena ni de una medida de seguridad, pero si aceptaban la imposición de sanciones en resguardo de la peligrosidad de los entes morales. Bajo esta idea, se distinguen las consecuencias accesorias como sanciones a cosas u organizaciones que son incapaces de delinquir pero que son peligrosas por favorecer la comisión de delitos a las personas físicas.

Otros autores, como ZUGALDÍA afirman que se trataban de penas en sentido estricto, ya que la única calificación posible es que fuesen sanciones penales. Tomando en consideración lo establecido por el Tribunal Constitucional Español, el cual, destaca la vigencia del artículo 5 del Código Penal, “*No hay pena sin dolo o imprudencia*”, que indiscutiblemente consagra el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho Penal, junto con afirmar que ello no impide que las personas jurídicas no se les reconozca capacidad infractora, solo que el principio de culpabilidad se aplicaría de manera distinta⁷⁷. En este sentido, si la aplicación de las consecuencias accesorias tiene como presupuesto la propia culpabilidad de la persona jurídica, deben ser entendidas como penas. Haciendo referencia a la opinión de ZUGALDÍA, SILVINA BACIGALUPO afirma: “Esta opinión es la más acertada, pues es la única forma que

verdaderas penas a personas jurídicas y empresas, pero su concreta formulación adolece en parte de ciertos límites y en parte limita excesivamente su eficacia preventiva”. MIR Puig, Santiago. Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.[En Línea] En: <http://criminnet.ugr.es/recpc/06/recpc06-01.pdf>, visitado el día 15 de Julio de 2010. Pág. 4.

⁷⁷ BACIGALUPO, Enrique. Teorías de la pena y responsabilidad de las personas jurídicas. En: Cursos de Derecho Penal Económico, Marcial Pons, 2005. Pág. 71 – 72.

permite el cumplimiento de las garantías debidas de la imposición de una sanción de la que las personas jurídicas también deben gozar como sujetos de Derecho”⁷⁸.

Más allá de las distintas posiciones doctrinarias, tendientes a apoyar o no el reconocimiento de la responsabilidad penal de los entes morales en el ordenamiento jurídico español, lo cierto era que hasta esa fecha, la presentación de la empresa como sujeto imputable era simplemente una construcción doctrinaria, de *lege ferenda*, que carecía de consagración expresa en el Código Penal Español. Por eso mismo, el principio *societas delinquere non potest*, continuaba vigente, mayoritariamente por los problemas dogmáticos que significaba el principio de culpabilidad en la atribución de responsabilidad penal a los entes morales, problema que a pesar de las propuestas doctrinarias para lograr su superación⁷⁹, no lograban convencer del todo a parte importante de la doctrina española, fundamentalmente porque siempre se caía finalmente en el accionar de la persona física encargada. En relación a la posición doctrinaria mayoritaria referente al Código Penal de 1995, FEIJOO SÁNCHEZ afirma: “Se trataría de una imputación derivada de la responsabilidad de una persona física que no tendría en cuenta la persona jurídica como sujeto activo del delito. El sujeto activo seguiría siendo la persona física y no la empresa manteniéndose así el tradicional principio romano-germánico *societas delinquere non potest*”⁸⁰.

Las críticas asociadas al reconocimiento de la responsabilidad penal de los entes morales eran muchas, centradas como ya hemos mencionado, fundamentalmente en la carencia de capacidad de acción, de culpa y pena, además de la supuesta

⁷⁸ BACIGALUPO, Silvina. Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas. En: Curso de Derecho Penal Económico. Marcial Pons, 2005. Pág. 111 – 113.

⁷⁹ Véase apartado A.2 en relación a que la culpabilidad de la empresa se puede entender, como defecto de organización, cultura corporativa desviada, conducción defectuosa de la empresa, entre otras construcciones aportadas por la doctrina para construir un modelo basado en el hecho propio de la persona jurídica.

⁸⁰ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo José. Sanciones para empresas por el delito contra el medio ambiente. Civitas, 2002. Pág. 139.

vulneración del principio non bis in ídem y de la doctrina del levantamiento del velo, que propugna el esclarecimiento de los delitos, impidiendo que las personas físicas se escuden detrás de las empresas. Todos estos elementos que formaban una especie de barrera impenetrable, fueron superados cuando el 22 de Junio de 2010 se publica la Ley Orgánica 5/2010 que modifica el Código Penal de 1995, reconociendo expresamente a las personas jurídicas como sujeto de derecho, imputables penalmente.

La modificación antes mencionada comenzó a regir el 23 de Diciembre de 2010, a partir de esa fecha la superación del principio *societas delinquere non potest* en la legislación española, fue un hecho. La necesidad político criminal por contrarrestar el poder criminológico de los entes morales, fue finalmente más fuerte que los problemas dogmáticos que presentaba la instauración de esta responsabilidad. Las influencias internacionales, también plantearon un punto a favor de la consagración positiva de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que hace tiempo abogaban, en diferentes tratados y convenciones⁸¹, porque se avanzara en conjunto en este tema.

⁸¹ Junto a los Protocolos y Convenios suscritos por la Unión Europea, el Consejo de Europa viene desde mediados de siglo XX, abogando por una solución eficaz a la criminalidad de las sociedades u entidades jurídicas, por lo cual se han aprobado múltiples resoluciones y recomendaciones a favor de contrarrestar el poder criminógeno de las empresas. La Recomendación N° (88) 18 del Comité de ministros del Consejo de Europa sobre criminalidad económica, “permitió escoger una de estas posibilidades: punibilidad real de las personas jurídicas o la introducción de nuevas formas de sanciones administrativas, pero sin embargo, recomienda insistentemente la utilización efectiva de una u otra posibilidad para obtener éxito frente a un problema central de la criminalidad económica dado que la mayoría de los delitos económicos se lleva a cabo mediante o con la ayuda de empresas económicas”, véase en, MARTINEZ de Vicente, Rosario. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: consecuencias accesorias. Revista Internacional Derecho Penal Contemporáneo. N°1, Ed. Legis, Bogotá, octubre – diciembre 2002. Pág. 43 – 45. En este mismo sentido, DE LA CUESTA, José Luis. Una nueva línea de intervención penal: El derecho penal de las personas jurídicas. En: La Administración de Justicia en los albores del tercer milenio. Buenos Aires, 2001. Pág. 69 – 70.

Con la vigencia de esta ley, España, se pone al día en la lucha contra la criminalidad empresarial.

Específicamente con esta reforma, se producen dos cambios trascendentes: primero, deja de denominarse “consecuencias accesorias” a las medidas impuestas a las personas jurídicas⁸², para llamarse derechamente penas; segundo, ya no sería necesario que se establezca responsabilidad en la persona física para imponerle penas al ente moral⁸³. Otro punto importante, es que el legislador español, optó por la técnica del *numerus clausus*, esto es, solo es posible atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas respecto de un grupo concreto de delitos prestablecido expresamente en el Código Penal, entre estos: promoción, favorecimiento, facilitación o publicidad del tráfico ilegal de órganos (art. 156 bis); trata de seres humanos (art.177 bis, 7); delitos relativos a la prostitución (art.189 bis); delitos de descubrimiento y revelación de secretos (art. 197.3); estafa (art.251 bis); insolvencias punibles (art. 261 bis); daños informáticos (art. 264.4); propiedad intelectual, industrial y contra el mercado y los consumidores (art.288); blanqueo de capitales (art.302.2); delitos contra la hacienda pública y la seguridad social (art. 310 bis); corrupción de funcionarios extranjeros (art.445); criminalidad empresarial (art. 570 quáter); financiación del terrorismo (art. 576 bis) etc.⁸⁴.

⁸²A pesar de desvincularse el concepto de consecuencias accesorias respecto de las sanciones impuestas a las personas jurídicas, lo cierto es que éstas no dejan de ser parte del Código Penal español, ya que el artículo 129 sigue vigente respecto de las entidades sin personalidad jurídica.

⁸³ TOMILLO GÓMEZ, Manuel. Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español. Lex Nova, 2010. Pág. 24.

⁸⁴ La enumeración detallada de los delitos comprendidos dentro de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y aquellos con quedaron fuera En: GÓMEZ TOMILLO, Manuel. La introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español. Lex Nova, 2010. Pág. 18 – 19.

La pregunta central ahora es dilucidar en qué términos el legislador español consagró esta responsabilidad penal:

Como primer punto, se suprime el apartado 2 del artículo 31, que establecía: “2. En estos supuestos, si se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó.” Debido a que, como ya ahondaremos más adelante, se establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas con independencia de la individualización de la persona física.

Sin embargo, la principal reforma se centra en el nuevo **artículo 31 bis**, que establece lo siguiente: “1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.

En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquellos.

3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de

circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente.

4. Solo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.

b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.

c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.

d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativa o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica

creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.”⁸⁵

Con la introducción de este artículo, se reconoce expresamente a la persona jurídica como sujeto de derecho, permitiendo que sea imputable por el derecho penal, dejando atrás las discusiones dogmáticas que abogaban por la inclusión o por el rechazo de esta nueva responsabilidad dentro del ordenamiento jurídico español.

Consecuentemente el legislador, agrega el **apartado 7 al artículo 33**⁸⁶, dentro del cual establece expresamente las penas aplicables a las personas jurídicas, las cuales tendrán el carácter de graves. Estas penas son: Multas; Disolución de la persona jurídica; Suspensión de sus actividades por un plazo máximo de 5 años; Clausura de sus locales por un plazo máximo de 5 años; Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito; Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas; Intervención judicial. Lógicamente el debate acerca de la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias queda en desuso, dado que expresamente el legislador español habla de penas, impidiendo que se siga prestando para diferentes interpretaciones doctrinarias.

A partir de la inclusión de las penas impuestas a las personas jurídicas en el apartado 7 del artículo 33, se modificó el **artículo 129**, el cual actualmente se ocupa de aquellas entidades que por carecer de personalidad jurídica, quedan fuera del artículo 31 bis antes citado, permitiéndole al juez aplicar una o varias de las consecuencias accesorias a la pena que le corresponda al autor del delito, con el contenido previsto

⁸⁵ BOLETIN OFICIAL DEL ESTADO. Nº 152. Miércoles 23 de Junio de 2010. Sec.1. Pp. 54825. [En Línea] En <http://www.boe.es/boe/dias/2010/06/23/pdfs/BOE-A-2010-9953.pdf>, visitado el día 11 de Octubre de 2010.

⁸⁶ BOLETIN OFICIAL DEL ESTADO. Nº 152. Miércoles 23 de Junio de 2010. Sec.1. Pp. 54826. [En Línea] En <http://www.boe.es/boe/dias/2010/06/23/pdfs/BOE-A-2010-9953.pdf>, visitado el día 11 de Octubre de 2010.

en los apartados c) a g) del artículo 33.7, siempre que se trate de delitos que el Código Penal expresamente permite atribuir responsabilidad penal a los entes morales⁸⁷.

1.3.1.2 Modelo de atribución de responsabilidad utilizado.

En atención a las modificaciones introducidas por la ley orgánica 5/2010 de 22 de Junio de 2010, la responsabilidad penal de las personas jurídicas fue reconocida plenamente por el ordenamiento jurídico español. De ahí que resulte obligatorio esclarecer bajo qué presupuesto se imputa la responsabilidad penal a los entes morales.

A partir de la lectura del artículo 31 bis, es posible constatar que el legislador español, buscó el equilibrio entre el modelo de imputación por atribución y el modelo por culpa, intentando la construcción de un modelo mixto que mezcla características de ambas construcciones doctrinarias, para intentar subsanar los problemas dogmáticos, que estas presentan en su estado más puro⁸⁸.

Concretamente el artículo 31 bis 1, consagra expresamente la responsabilidad de las personas jurídicas, partiendo de la premisa, que los entes morales serán responsables por los delitos cometidos en **nombre o por cuenta de los mismos, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho**. Como primera lectura, se destaca que el hecho delictivo debe ser cometido por una persona física, que representa o administra a la persona jurídica actuando en nombre o por cuenta del ente moral y en su provecho. Es decir, las personas físicas que dirijan a la persona jurídica, deberán actuar dentro de su ámbito de competencia, cuestión que para GÓMEZ-JARA obliga a tener en cuenta los casos de extralimitación en la representación de la persona jurídica, lo cual supone la distinción entre aquellos casos en que el agente lleva a cabo una actuación que no está dentro de sus

⁸⁷ BOLETIN OFICIAL DEL ESTADO. Nº 152. Miércoles 23 de Junio de 2010. Sec.1. Pp. 54836. [En Línea] En: <http://www.boe.es/boe/dias/2010/06/23/pdfs/BOE-A-2010-9953.pdf>, visitado el día 11 de Octubre de 2010.

⁸⁸ No nos detendremos en este punto debido a que ya fue analizado en detalle, en el apartado A.2 de este trabajo referente a los diferentes modelos de imputación.

competencias formales y aquellos, en que si bien la actuación está dentro de sus competencias, ésta contradice abiertamente un criterio de política empresarial de la persona jurídica. De ahí que para este autor, la forma en que debe entenderse acreditada la actuación en representación de la persona jurídica supone necesariamente que se tenga por implementada una política empresarial determinada⁸⁹. A mayor abundamiento, la persona física a cargo debe actuar en provecho de la persona jurídica, lo cual no excluye que también aquel provecho le beneficie. Evidentemente si la persona natural solo busca su propio beneficio o el de terceros no podrá generar responsabilidad penal para la persona jurídica.

A todas luces, estos tres requisitos descritos, que deben concurrir copulativamente, pertenecen al sistema de responsabilidad vicarial, el cual traspasa directamente la responsabilidad del agente a la persona jurídica, es decir no hay una responsabilidad penal directa de la persona jurídica, ya que no se le reconoce un hecho propio.

El mismo apartado más abajo establece, que las personas jurídicas también serán penalmente responsables por aquellas infracciones propiciadas por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas encargadas (representantes y administradores), **han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso**. En concreto, este párrafo pretende dar cabida a la responsabilidad por culpa, ya que a primera vista, se permitiría imputar la responsabilidad penal por no haber ejercido un **debido control**, esto es, no respetar el deber de cuidado debido, en atención a las responsabilidades y la actividad del ente moral en cuestión, considerando las circunstancias del caso concreto. Por lo tanto la ausencia de mecanismos de control adecuados podría determinar, la imputación del hecho a la persona jurídica.

Asimismo se acentúa que la responsabilidad penal de las personas jurídicas está establecida directamente, esto es, se imputará con independencia de la

⁸⁹ GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española. Editorial B de F, 2010. Pág. 485-486.

responsabilidad penal de las personas físicas comprometidas. Lo anterior quiere decir que si no se logra acreditar la responsabilidad penal de la persona física responsable, no se excluye per se la responsabilidad penal de la persona jurídica. La crítica que aparece de inmediato se centra en que, siendo la persona física aquella que debe cometer el ilícito para que se atribuya posteriormente la responsabilidad al ente moral, ¿cómo es posible lograr la imputación de la persona jurídica, sin la determinación del agente, que para efectos probatorios sería determinante? La respuesta está en la teoría de la identificación, que permite realizar la transferencia de la responsabilidad bajo la lógica de que la persona física, aun no estando identificada, pertenece al ente moral, no siendo necesaria la identificación exacta del agente, por lo demás así se desprende del artículo 31 bis 2.

La afirmación de que el legislador español habría consagrado un modelo de imputación de responsabilidad penal mixto, se fundamenta también en el artículo 31 bis 4 que establece expresamente circunstancias atenuantes de responsabilidad penal, que se centran en la actuar posterior de los representantes legales. Bajo esta lógica, el representante legal, no solo tiene la opción de probar que ejerció el debido control, y que por lo tanto la persona jurídica carece de responsabilidad penal, sino que también, aun no pudiendo comprobar su diligencia, puede lograr atenuar la responsabilidad que le cabe, con ciertos comportamientos post delictivos que apuntan a la genuina cultura corporativa de la empresa. Lo anterior, deja entrever que el legislador quiso introducir el elemento subjetivo a fin de permitir que la persona jurídica tenga la opción de atenuar o eximirse de responsabilidad, permitiendo así la autorregulación⁹⁰, cuestión que bajo la sola lógica del modelo vicarial no tiene cabida.

⁹⁰ Vicente Martínez Pardo en este sentido afirma, “En realidad de lo que se trata es que los administradores adopten medidas razonables de control y de gestión con el fin de impedir o dificultar la comisión de hechos delictivos, dolosos o imprudentes, por parte de sus empleados, y en caso de que estos se cometan permitan a la empresa localizar al infractor y reparar el daño.”, véase en: MARTINEZ PARDO, Vicente José. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Revista Internacional de Práctica Jurídica. N° 26, año 2011. Pág. 72.

A primera vista el modelo instaurado por el legislador español parece lograr la perfecta armonía entre el modelo de imputación vicarial y el modelo por culpa, erigiéndose como un modelo mixto por excelencia, que parte de la heteroresponsabilidad penal empresarial por el hecho ajeno, donde la conducta de la persona física adquiere una importancia inicial, y se encamina hacia la autorresponsabilidad penal, esto es, al hecho propio de la persona jurídica. Sin embargo las críticas no se han hecho esperar, y aun cuando la necesidad político criminal demandaba con urgencia la regulación pormenorizada de la responsabilidad penal, los resultados no dejan conformes a todos, sobre todo cuando del análisis del artículo 31 bis se desprende, esencialmente, un modelo de imputación de responsabilidad penal por el hecho ajeno⁹¹.

En análisis detallado del artículo 31 bis, preliminarmente permite afirmar que cuando el legislador habla de *no haber ejercido el debido control* sobre quienes han cometido hechos ilícitos, está refiriéndose a la culpabilidad por defecto de organización. No obstante, se ha sostenido⁹² que el legislador español ha adoptado en gran medida el modelo anglosajón del *alter-ego doctrine*, es decir, se considera que ciertas personas físicas al interior de la entidad son el *alter ego* de la persona jurídica, por lo que sus comportamientos son los de aquélla, como lo afirma GÓMEZ-JARA, “al constituir los directivos el *alter ego* de la persona jurídica, cuando éstos omiten sus deberes de supervisión, la legislación española considera que, de alguna forma, ésta los ha

⁹¹ Miguel Bajo Fernández critica la reforma llevada a cabo por el legislador, “... lo pretendido por la reforma es anticuado, es un disparate, porque perturba lo que tenemos, pues las personas jurídicas son suficientemente castigadas en el Derecho Administrativo sancionador y en el propio Código Penal en sus arts. 31 y 129”, véase en: MARTINEZ PARDO, Vicente José. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Revista Internacional de Práctica Jurídica. Nº 26, año 2011. Pág. 66.

⁹² GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española. Editorial B de F, 2010. Pág. 484 – 489.

omitido.”⁹³, mediante esta ficción se estaría fundamentando la actuación propia de la persona jurídica. Sin embargo, otra parte de la doctrina adhiere a las consideraciones efectuadas por el Consejo General del Poder Judicial en el Informe de Febrero de 2009, en relación al, en ese tiempo, Anteproyecto de Ley Orgánica, que afirma que se estaría vulnerando el principio de responsabilidad subjetiva ya que el defecto de organización no se exige de parte de la persona jurídica, sino del actuar negligente de una persona física con capacidad decisoria, por lo tanto no se construye la culpabilidad como un criterio que permitiría identificar una conducta negligente de la propia persona jurídica, y en consecuencia no hay una estructura defectuosa de funcionamiento, sino solo una falta de cuidado de la persona física a cargo. Bajo esta lógica, la falta de debido control también implicaría una transferencia de culpabilidad de la persona física a la persona jurídica⁹⁴.

Las consideraciones anteriores, están recién dejándose sentir por parte de la doctrina española, que poco a poco va desglosando la reciente modificación introducida por el legislador español. Autores como ROBLES PLANAS, afirman que la consagración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español, bajo la redacción del artículo 31 bis, vulneraría el principio de culpabilidad por tratarse de una imputación de hechos ajenos⁹⁵. Sin embargo GÓMEZ-JARA afirma, que la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español logra afianzarse bajo la lógica de la responsabilidad por el hecho propio, gracias a dos aspectos jurídicos-positivos presentes en la regulación, a saber: la expresa referencia

⁹³ GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española. Editorial B de F, 2010. Pág. 488.

⁹⁴ ROBLES PLANAS, Ricardo. El hecho propio de las personas jurídicas y el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008. [En Línea] En: <http://www.indret.com/pdf/622.pdf>, visitado el día 15 de Agosto de 2010. Pág 1-12.

⁹⁵ ROBLES PLANAS, Ricardo. El hecho propio de las personas jurídicas y el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008. [En Línea] En: <http://www.indret.com/pdf/622.pdf>, visitado el día 15 de Agosto de 2010. Pág. 11.

que hace el artículo 31.3 del Código Penal, respecto de que la responsabilidad penal de la persona jurídica es legalmente autónoma de la responsabilidad penal que le cabe a las persona físicas involucradas, es decir para el autor, el legislador español se hace cargo y está consciente de la irresponsabilidad organizada y por ello establece expresamente que aun no teniendo conocimiento del agente o no pudiendo someterlo a proceso, es posible imputar penalmente al ente moral. El segundo aspecto dice relación con que el legislador ha decidido imponer penas graves de acuerdo a lo establecido en el artículo 33, que en concordancia con el artículo 5 del Código Penal, el cual expresa que “no hay pena sin dolo o imprudencia”, dejan entrever que resulta imprescindible probar la culpabilidad de la propia persona jurídica⁹⁶. Ahora bien, lo anterior permite concluir según lo planteado por GÓMEZ-JARA, que el legislador español logra aparentemente sortear el tránsito de la heterorresponsabilidad hacia la autorresponsabilidad. No obstante, lo anterior supone por parte de la justicia española, una interpretación garantista y razonable de la ley, lo cual no siempre se da, sobre todo cuando de la interpretación literal de ésta, es dable concluir, que como se afirmó con anterioridad, la falta de cuidado en los deberes de vigilancia que desencadenan en la comisión de un hecho delictual, provienen de la persona física a cargo y no producto de un defecto organizacional de la persona jurídica.

Naturalmente deberá pasar tiempo, para ver qué es lo que ocurrirá con las críticas doctrinarias, la práctica jurisprudencial y las interpretaciones a esta ley, solo así se dilucidará si finalmente es necesaria una modificación del artículo 31 bis que consagre categóricamente la culpabilidad, por medio del defecto de organización de la persona jurídica, construyendo un modelo de imputación mixto propiamente tal.

⁹⁶ GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española. Editorial B de F, 2010. Pág. 490-492.

1.3.2 AUSTRIA:

1.3.2.1 Legislación vigente.

Con la aprobación del segundo protocolo para la Armonización de la Protección de los Intereses Financieros de las Comunidades Europeas en Julio de 1997, Austria se comprometió a introducir dentro de su ordenamiento jurídico un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Hasta antes de asumir dicha obligación, este país no había considerado la alternativa de atribuir responsabilidad penal a los entes morales. Solo a partir del 1 de enero de 2006, entró en vigor la ley de responsabilidad de las personas jurídicas por hechos delictivos, llamada *Verbandsverantwortlichkeitsgesetz*, en adelante VbVG.

De la lectura de esta ley, lo primero que salta a la vista es, por una parte que el legislador evita hacer mención a expresiones como penalidad o sanción y en este mismo sentido, la clase de sanción escogida por la ley para ser impuesta a las personas jurídicas responsables es la multa, que no posee naturaleza penal.

Asimismo la VbVG acoge un sistema de responsabilidad acumulativa de sanciones a personas físicas y jurídicas, que tiene lugar en el mismo procedimiento penal en el que se determina la responsabilidad de la personas física. A diferencia de lo que se vio con la legislación Española, y lo que veremos más adelante en el análisis de otras legislaciones, la ley austriaca no prevé un catalogo cerrado de delitos o infracciones por los que hacer responsable a los entes morales, sino que lo serán siempre que se cometa una conducta prevista como delito en la leyes nacionales⁹⁷.

Concretamente la VbVG, se encarga de delimitar en su artículo 1, el alcance de esta ley, es así como el concepto de agrupación involucra a toda entidad que estando o no legalmente reconocida como tal, tuviera capacidad de adquirir derechos y contraer

⁹⁷ ROBLES Planas, Ricardo. ¿Delitos de personas jurídicas? A propósito de la ley austriaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos colectivos. [En Línea] En: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1973994>, visitado el día 15 de Agosto de 2010. Pág. 8-9.

obligaciones en el tráfico jurídico. No son consideradas agrupaciones, la masa hereditaria, el Estado Federal, los municipios, las iglesias reconocidas y las sociedades religiosas.

A partir del artículo 2, referente a las personas con capacidad de decisión y empleados, se establece una diferencia en relación a la persona física cuya actividad es presupuesto de la responsabilidad de la persona jurídica. En el artículo 2.1 se determina a la persona con capacidad de decisión, la cual realiza funciones de control, gestión o administración de la persona jurídica y en el 2.2 diferencia a quienes estarían subordinados a los anteriores.

1.3.2.2 Modelo de atribución de responsabilidad utilizado.

La atribución de responsabilidad en el modelo austriaco, se desprende a partir de los presupuestos, contemplados en el artículo 3, bajo los cuales responderá la persona jurídica frente a la comisión de un delito.

“3. (1) Una agrupación es responsable de un delito cuando, cumpliéndose las condiciones requeridas en los apartados (2) y (3),

1. el hecho se cometa en su beneficio o
2. con el hecho se lesionen deberes que incumben a la agrupación.

(2) Una agrupación es responsable de los delitos de una persona con capacidad de decisión cuando éste como tal haya cometido el hecho de forma antijurídica y culpable.

(3) Una agrupación es responsable de los delitos cometidos por los empleados cuando

1. el empleado haya realizado el hecho típico de forma antijurídica; la agrupación es responsable de un delito que presupone el dolo sólo cuando un empleado haya obrado dolosamente; de un delito que presupone la imprudencia sólo cuando el empleado haya infringido el deber de cuidado a las circunstancias; y

2. la comisión del hecho fue posible o esencialmente facilitada por el hecho de que las personas con poder de decisión no observaron el cuidado debido y exigible en

las circunstancias, especialmente por haber omitido las medidas personales, técnicas y organizativas esenciales para impedir tales hechos.

(4) La responsabilidad de una agrupación por un hecho y el castigo de personas con capacidad de decisión o de empleados por el mismo hecho no se excluyen mutuamente.”⁹⁸

El primer presupuesto exige que la persona física cometa el delito doloso o imprudente en beneficio de la personas jurídica para la cual trabaja, lo cual implica que el órgano debe actuar por cuenta de la persona jurídica para que sea posible imputarle responsabilidad penal. Por lo demás, aun no cometiendo el hecho en beneficio de la persona jurídica, a través del segundo requisito también es posible atribuir la responsabilidad, siempre que, como lo establece la ley, se hayan incumplido los deberes que le incumbían. El presupuesto anterior, tiene directa relación con el ámbito de acción de la entidad involucrada, por lo que la delimitación de los deberes será una cuestión casuística que dependerá de la actividad que se desarrolle.

Como mencionamos anteriormente, el legislador austriaco estableció una diferenciación: por un lado definió los presupuesto de responsabilidad que se dan con la comisión de un delito, doloso o imprudente, por quien tiene poder de decisión dentro de la agrupación. Dentro de este contexto, el artículo 3, exige como presupuesto de responsabilidad que el hecho ilícito sea cometido de manera antijurídica y culpable.

Lógicamente, en función de los presupuestos anteriores, el actuar de la persona física debe ser en beneficio de la persona jurídica, y si no es este el caso, debe haber infringido un deber de cuidado que le incumbía. Sin embargo en ambos casos se desprende que se está imputando a la persona jurídica el lado subjetivo del hecho de la persona física, esto quiere decir, que por el solo hecho de cometer, la persona física en cargos de poder, un delito doloso o culposo, se transferirá la responsabilidad a la

⁹⁸ ROBLES Planas, Ricardo. ¿Delitos de personas jurídicas? A propósito de la ley austriaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos colectivos. [En Línea] En: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1973994>, visitado el día 15 de Agosto de 2010. Pág. 10 – 11.

persona jurídica, por lo que se está ante un supuesto de responsabilidad vicarial u objetiva.

Por otro lado, el artículo 3, delimita la situación referida a la comisión del delito por parte de empleados, donde se requieren dos requisitos: que se cometa el hecho típico y antijurídico, y que la comisión del hecho se haya visto facilitada porque las personas con poder de decisión no cumplieron con el cuidado debido atendidas las circunstancias.

Nuevamente en este segundo supuesto, inevitablemente se termina por centrar el reproche en el actuar doloso o imprudente de la persona física y no en la omisión de precauciones de la persona jurídica. Un modelo de responsabilidad propia de la persona jurídica, debe irremediamente enfocarse en un título propio de imputación subjetiva del ente moral, que en este caso sería, la omisión dolosa o imprudente de medidas de precaución para impedir la comisión de delitos por parte de subordinados. Sin embargo, en este caso, se alude directamente a que gracias al descuido por parte de la persona física a cargo, se produjo el hecho ilícito por parte del subordinado, con lo cual la infracción del deber de cuidado del administrador es la infracción del deber de cuidado de la sociedad, configurándose en la ley austriaca, un modelo de imputación basado en la responsabilidad objetiva o vicarial⁹⁹.

1.3.3 FRANCIA:

1.3.3.1 Legislación vigente.

La responsabilidad penal de los entes morales tuvo legitimidad y vigencia en Francia durante el Antiguo Régimen, estos es con anterioridad a la Revolución Francesa, periodo durante el cual era posible penalizar a colectividades enteras, sin importar

⁹⁹ ROBLES Planas, Ricardo. ¿Delitos de personas jurídicas? A propósito de la ley austriaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos colectivos. [En Línea] En: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1973994>, visitado el día 15 de Agosto de 2010.

específicamente el individuo. Como es sabido, una vez llevada a cabo la Revolución, la mentalidad y la ideología imperante en la sociedad francesa sufrió un vuelco trascendente, el individuo era ahora el centro de las preocupaciones. Es así como una de las grandes victorias fue no seguir responsabilizando a los entes colectivos, sino que el derecho penal pasó a centrarse exclusivamente en la persona que comete el ilícito.

Específicamente el Código Penal Napoleónico de 1810 consagró la responsabilidad penal personal fundado en el actuar ilícito del individuo en donde la culpabilidad era concebida como un reproche moral al delincuente, con esto se mantuvo inalterable durante todo el siglo XIX Y XX el principio *societas delinquere non potest*. La legislación y la doctrina francesa, durante mucho tiempo, fueron reacios a siquiera admitir la discusión acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas aun cuando la praxis les exigía lo contrario.

Bajo esta ideología, las personas jurídicas no podían ser penadas ni siquiera pecuniariamente, ya que como lo sostenía la Cámara de Justicia Criminal “la multa es una pena y toda pena es personal; salvo las excepciones previstas por la ley; esta no puede por tanto ser pronunciada contra una persona jurídica, la cual no puede ser responsable sino civilmente.”¹⁰⁰ Como era de esperarse, con el correr de los años, se comenzó a hacer evidente la distancia existente entre la dogmática jurídico penal y las necesidades de política criminal que demandaban un respuesta frente a las actividades ilícitas de las empresas, es así como se hizo un esfuerzo por parte de los legisladores franceses, llegando a establecer la responsabilidad solidaria de la empresa por el actuar de sus representantes. Más tarde se avanzaría en políticas de protección al consumidor que permitían en determinados casos, imponer sanciones a las empresas.

La criminalidad empresarial presente en la sociedad francesa, fue poniendo en tela de juicio la capacidad de respuesta del Derecho Penal basado en el principio *societas delinquere non potest*. La reacción de la doctrina y del legislador no se hizo esperar, ya

¹⁰⁰ ZUÑIGA MUÑOZ, Laura. Bases para un modelo de Imputación de Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aranzadi, 2000. Pág. 112.

que pronto comenzó a implorar por la necesidad de hacer responsables a las personas morales, es así como en la Comisión de Reforma del Código Penal de 1974 se constituyó como uno de los principales temas de discusión, más tarde en el Anteproyecto de 1983 también se argumentó a favor de establecer una responsabilidad penal de las personas jurídicas, incluso haciéndola extensiva a aquellas que no gozaban de personalidad jurídica y las de derecho público, no siendo necesario un hecho vinculante. La ola de propuestas para hacer a los entes morales responsables penalmente no paró, hasta que finalmente, luego de años de discusión doctrinaria, fue admitida en el Código Penal de 1992 que entró en vigor en Marzo de 1994, la pregunta que muchos se hicieron, era si de acuerdo a la tradición jurídica francesa próxima a la dogmática germana, aquello constituía una evolución o una revolución¹⁰¹.

Concretamente el **artículo 121-2**¹⁰² del Código Penal Francés de 1994 consagró esta responsabilidad en los siguientes términos: “Las personas jurídicas, con la excepción del Estado, serán penalmente responsables por los delitos cometidos en su cuenta por sus órganos o representantes, de acuerdo con las distinciones establecidas en los artículos 121-4 y 121-7 y en los casos previstos por la ley o los reglamentos.

Sin embargo, los entes territoriales y sus agrupaciones sólo serán responsables penalmente de las infracciones cometidas en el ejercicio de actividades susceptibles de ser objeto de convenios de delegación de servicio público.

¹⁰¹ PRADEL, Jean. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho francés: algunas cuestiones. [En Línea]En:www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_61pdf. visitado el día 11 de Octubre de 2010. Pág. 1-10.

¹⁰² Código Penal Francés. [En Línea] En:http://www.legifrance.gouv.fr/html/codes_traduits/code_penal_textan.htm visitado el día 17 de Agosto de 2011.

Sin perjuicio de lo dispuesto por el párrafo cuarto del artículo 121-3, la responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluirá la de las personas físicas autoras o cómplices de los mismos hechos”¹⁰³.

Antes de detenernos en el análisis que nos convoca, importante es aclarar que las empresas serán responsables penalmente, siempre y cuando estén constituidas con personalidad jurídica, cumpliendo con este requisito todas pueden ser imputables, salvo las personas jurídicas de Derecho Público. No obstante, el artículo 121-2 establece una excepción, ya que en estos casos tanto la comuna como la sociedad concesionaria del servicio público pueden ser responsables.

Otro aspecto a mencionar es que, tal como lo establece el legislador español, el Código Penal Francés también optó, en un comienzo, por la técnica del *numerus clausus*, esto es, las personas jurídicas solo serían responsables penalmente por los delitos previamente establecidos, lo que en derecho francés se denomina *principio de especialidad*¹⁰⁴. Son numerosos los delitos en que se atribuye responsabilidad penal de las personas jurídicas, entre ellos: genocidio, homicidio y lesiones, tráfico de drogas, blanqueo de dinero, hurto, extorsión, estafa, malversaciones, actos de terrorismo, tráfico de influencias, corrupción, falsificación de documentos y moneda, etc. Lo que se pretendió por parte del legislador francés, fue lograr una certeza en la persecución penal, objetivo que para parte de la doctrina, no se logra si se deja sin respuesta una serie de otros delitos en los que las personas morales, así como responden frente a un amplio catálogo de delitos, podrían también ser imputadas penalmente¹⁰⁵. Sin embargo,

¹⁰³ Los artículos 121-4 a 121-7 se refieren a la tentativa y complicidad. El artículo 121-3, hace referencia a la culpabilidad como requisito en la imputación de responsabilidad penal a las personas físicas, o en su defecto habrá delito cuando la ley así lo establezca. Código Penal Francés. [En Línea] En: http://195.83.177.9/upl/pdf/code_56.pdf, visitado el día 11 de Octubre de 2010.

¹⁰⁴ ZUÑIGA MUÑOZ, Laura. Bases para un modelo de Imputación de Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aranzadi, 2000. Pág. 116.

¹⁰⁵ ZUÑIGA MUÑOZ, Laura. Bases para un modelo de Imputación de Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aranzadi, 2000. Pág. 117.

en Marzo de 2004 la llamada Ley Perben, a través del artículo 54¹⁰⁶ modificó el artículo 121-2 del Código Penal¹⁰⁷, suprimiendo la expresión: “ y en los casos previstos por la ley o la reglamentación”. Este cambio entró en vigor el 31 de Diciembre de 2005, teniendo como consecuencia que se ampliara el alcance de la ley respecto de la responsabilidad penal de las personas jurídica, haciéndola extensiva a todos los delitos contemplados por el ordenamiento jurídico, dejando atrás el principio de especialidad.

1.3.3.2 Modelo de atribución de responsabilidad utilizado.

La irrupción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha generado revuelo en todas las legislaciones, no sólo con la discusión previa a su consagración expresa, sino también en relación a las forma de imputación de la responsabilidad, de ahí que Francia no fuera la excepción. La doctrina se ha abocado al análisis del artículo 121-2, y con ello han surgido discusiones en torno al modelo de imputación utilizado por el legislador, la pregunta central es si se trataría de una responsabilidad por rebote o reflejo por el hecho de otro, en este caso del representante u órgano como único capaz de tener una conducta reprochable, o de una responsabilidad autónoma, en donde es posible atribuir el actuar con dolo o culpa al ente moral¹⁰⁸.

De la lectura del artículo 121-2 del código penal francés se desprenden dos requisitos copulativos para llegar a responsabilizar penalmente a la persona jurídica, a saber:

¹⁰⁶ Ley N° 2004-204 de 9 de Marzo 2004 sobre la adaptación a los cambios en el crimen legal. Art 54. [En Línea]En: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000249995> visitando el día 17 de Agosto de 2011.

¹⁰⁷ Código Penal Francés. Traducción de José Luis DE LA CUESTA ARZAMENDI, Catedrático de la Universidad de San Sebastián. [En Línea] En: http://195.83.177.9/upl/pdf/code_56.pdf visitado el día 17 de Agosto de 2011.

¹⁰⁸ PRADEL, Jean. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho francés: algunas cuestiones. [En Línea] En: www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_61pdf, visitado el día 11 de Octubre de 2010.

1. La infracción debe ser cometida por un órgano o representante de la persona moral.
2. La actuación del representante u órgano debe ser por cuenta de la persona moral.

Del primer requisito se desprende inmediatamente que la responsabilidad de la persona jurídica es fruto del actuar ilícito de su representante, por lo tanto se trataría de una responsabilidad objetiva o como se llama en el derecho francés, responsabilidad por reflejo, ya que necesariamente existe un traspaso de responsabilidad por parte del órgano o representante al ente moral. La doctrina francesa explica esta construcción jurídica sobre la base de que la persona moral necesita un *substratum* humano¹⁰⁹ para actuar, lo cual sería condición necesaria para atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica. Consecuentemente es el órgano o representante de la persona jurídica la que actúa con dolo o culpa, esto quiere decir, que es en ella donde se deben configurar los elementos de imputación y no en la persona jurídica, la que será responsable por el hecho de otro, siendo necesariamente una responsabilidad delegada.

Sin embargo para alguna parte de la doctrina, el párrafo 3 del artículo 121-2 somete a dudas la anterior conclusión, principalmente porque establece: "...la responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluirá la de las personas físicas autoras o cómplices de los mismos hechos." De la simple lectura podría interpretarse que la persona física y la persona jurídica son entendidas como entes autónomos, por lo cual, serán imputados independientemente por los hechos cometidos. Aun así para la mayoría de la doctrina francesa, la interpretación es concordante con el párrafo 1 del artículo 121-2, por lo tanto la infracción cometida puede ser imputable a la persona jurídica, bajo el principio del reflejo, sin perjuicio de que también pueda buscarse responsabilidad penal en la persona física involucrada.

¹⁰⁹ En este sentido H. Donnebieu de Vabres afirmaba que: "la persona jurídica puede ser imputada en merced del "*substratum*" de un individuo que la representa y que comete la infracción en su lugar.". Véase en: PRADEL, Jean. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho francés: algunas cuestiones. Pág.4. [En Línea] En: www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_61pdf, visitado el día 11 de Octubre de 2010.

No es suficiente que el órgano o representante cometa el hecho ilícito sino que deber hacerlo por cuenta de la persona jurídica. Parece no estar claro cuando el órgano o representante actúa en interés de la sociedad, lo que deja abierta la discusión acerca de cuál sería el límite.

Sobre la base de la responsabilidad paralela de la persona jurídica y de la persona física, de la lectura del artículo 121-2, no está claro si la responsabilidad de la persona física es requisito indispensable para responsabilizar penalmente al ente moral o basta solo la actuación ilícita, no siendo necesario probar la culpabilidad del agente. Pareciera ser que la doctrina francesa mayoritaria, tienden a considerar predominante la tesis de la responsabilidad delegada o por reflejo, por lo tanto se requiere la actuación culpable del representante legal u órgano para imputar la responsabilidad a la persona moral. Consecuentemente autores franceses como MERLE y VITU afirman que para que la persona jurídica sea responsable “es necesario que se establezca sobre la persona física todos los elementos materiales o intelectuales de la responsabilidad”¹¹⁰, en este mismo sentido PRADEL sostiene que “la responsabilidad penal de la persona jurídica, que no es más que una abstracción, descansa sobre la responsabilidad de la persona física que la representa, que la encarna, con la que se identifica, que constituye su centro”¹¹¹.

A modo de conclusión diremos que el legislador francés tuvo la intención de llegar a un punto de equilibrio entre la tradición jurídico nacional, que hacía poco factible introducir la responsabilidad penal, bajo la lógica del actuar culpable de la persona jurídica, y de

¹¹⁰ PRADEL, Jean. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho francés: algunas cuestiones. [En Línea] En: www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_61pdf, visitado el día 11 de Octubre de 2010. En este mismo sentido, ZUÑIGA MUÑOZ, Laura. Bases para un modelo de Imputación de Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aranzadi, 2000. Pág. 118.

¹¹¹ PRADEL, Jean. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho francés: algunas cuestiones. [En Línea] En: www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_61pdf visitado el día 11 de Octubre de 2010. Nota al pie nº 22.

la tradición anglosajona que atendía más a la praxis, esto es, a la necesidad político criminal de hacer responsables a los entes morales, cuestión que como se observa, no se logró en atención a que los criterios exigidos corresponden al sistema vicarial de atribución de responsabilidad.

La crítica fundamental dentro del modelo vicarial que apunta a la incapacidad de responsabilizar penalmente a la empresa, cuando con ocasión de la excesiva distribución de labores, magnitud de la empresa o nula colaboración de esta, no fuese posible hallar al sujeto físico responsable, por lo cual la transferencia de responsabilidad no pueda llevarse a cabo, fue en un primer momento un problema advertido por la jurisprudencia, que más tarde fue solucionado por el legislador. Con la modificación del Código Penal en el año 2000, el legislador francés permitió que en aquellos casos de negligencia, la persona jurídica sea responsabilizada penalmente, aun cuando no se haya podido establecer la persona física responsable, siempre y cuando de los antecedentes del caso sea posible presumir que hubo responsabilidad de una persona natural. Por otro lado, cuando se trata de delitos dolosos, será necesario establecer previamente la persona física responsable, respetándose claramente el modelo de responsabilidad vicarial o por reflejo¹¹².

1.3.3.3 Implicancias prácticas: Jurisprudencia.

A diferencia de la doctrina que se muestra mayoritariamente favorable a la responsabilidad por reflejo, la jurisprudencia se ha mostrado vacilante en uno u otro sentido, esto es, fallar conforme a la responsabilidad delegada o en otros casos a fallar sobre la base de la responsabilidad autónoma de la persona jurídica.

¹¹² Presentations of participants of the Seminar on Liability of Legal Persons for Criminal Offences and Tracing, Confiscation and Recovery of Assets. Liability of Legal Persons for Criminal Offences. October, 2009. En el texto se hace referencia a la evolución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Francia, donde se afirma: *“Namely, in 2000 the legislator amended the NCC which prescribed that, in case of criminal negligence, legal person can be held responsible for offences committed by natural person although the latter is not criminally liable for that offence.”*

El 12 de Julio de 1995, el Tribunal Correccional de Verdún, conoce de un caso de homicidio involuntario ligado a la violación de prescripciones contenidas en el Código del Trabajo, en un considerando el Tribunal establece que “la persona jurídica incurre en responsabilidad (...) desde el momento en que sus órganos (...) han cometido (...) el elemento material y el elemento subjetivo de la infracción” y añade que “siendo establecida la responsabilidad penal de Sr. Level, se condena también a la cooperativa por exigencias de prevención.”, siguiendo esta misma tendencia el Tribunal de Casación, en un fallo de Diciembre de 1997, en la Sala de lo criminal consagró la tesis de la responsabilidad por reflejo, sobre la base de que las persona jurídicas solo pueden ser declaradas responsables si se determina la comisión de la infracción por cuenta de ésta por medio de sus órganos o representantes, conforme al artículo 121-2 párrafo 1 del Código Penal¹¹³.

En sentido opuesto hay sentencias favorables a atribuir la responsabilidad penal por el hecho propio del ente moral. El Tribunal Correccional de Paris, en sentencia de Noviembre de 1995, afirma que “reconociendo a la agrupación una voluntad propia, permite liberarse claramente de la constatación previa de la responsabilidad de los individuos”, asimismo el Tribunal de Versailles, en sentencia emitida el mismo año, afirma que el ilícito cometido “es fruto de una política deliberada de la empresa”¹¹⁴. Otra sentencia del Tribunal de Lyon, de Octubre de 1997, desarrolla la tesis de que es necesario imputar la responsabilidad penal de las personas jurídicas bajo hechos distintos a los imputados a las personas físicas involucradas, en este sentido, “la responsabilidad penal de la persona jurídica exige que se determine en su contra el conjunto de elementos constitutivos de la infracción perseguida, el elemento material por una parte, el elemento intencional por otra, que consisten en una omisión

¹¹³ PRADEL, Jean. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho francés: algunas cuestiones.[En Línea] En: www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_61pdf visitado el día 11 de Octubre de 2010.

¹¹⁴ ZUÑIGA MUÑOZ, Laura. Bases para un modelo de Imputación de Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aranzadi, 2000. Pág. 118.

deliberada o en la realización de actos imputables a sus órganos pero distintos de aquellos que podrían ser reprochados a las personas físicas que hayan participado en la comisión de la infracción. Cualquier otra situación conduciría en la práctica a erigir una responsabilidad penal de las personas jurídicas por los hechos de los dirigentes que actúan por su cuenta.”¹¹⁵

A pesar de las vacilaciones, actualmente se ha llegado a cierto consenso al respecto. Tanto en doctrina como en la jurisprudencia francesa se ha mantenido la inclinación a aceptar la responsabilidad delegada como modelo de imputación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, no sin antes aceptar que bajo esa lógica, inevitablemente surgen ciertos problemas asociados, como lo era la imposibilidad de atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica, sin antes responsabilizar al órgano o representante que actúa por cuenta del ente moral. Es así como con la modificación del Código Penal en el año 2000, a la que ya hicimos referencia, junto a circulares emitidas por el Ministerio de Justicia en Febrero de 2006, hacen cambiar la tendencia predominante. En este sentido, la Corte de Apelación de Dijon, en Diciembre de 2006, emitió una sentencia, a raíz de un accidente laboral que se produjo a causa de la demolición de un edificio, con lo cual se originó una explosión de gas resultando varias personas muertas, encontrando responsable a la persona jurídica por mantener medidas de seguridad insuficientes en atención al riesgo de la actividad, aun cuando no se había establecido la responsabilidad penal de personas físicas.

Así las cosas, tanto la doctrina y como la jurisprudencia en Francia pretenden evitar que las personas jurídicas gocen de impunidad amparándose en una interpretación rígida de la norma, es así como de acuerdo a datos del Ministerio de Justicia, durante

¹¹⁵ PRADEL, Jean. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho francés: algunas cuestiones. [En Línea] En: www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_61pdf visitado el día 11 de Octubre de 2010.

el periodo 1994 – 2002, se logró establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas en un total de 1442 casos¹¹⁶.

1.3.4 ITALIA:

1.3.4.1 Legislación vigente.

Las modificaciones legislativas llevadas a cabo por gran parte de la legislaciones europeas durante el siglo XIX, incluyeron como tema central la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídica. Dentro de este contexto Italia, siempre instó por mantenerse al margen, fundamentalmente porque la opinión mayoritaria afirmaba que la responsabilidad penal de las personas jurídicas estaba prohibida constitucionalmente. Lo anterior se desprende el artículo 27, inciso 1º de la Constitución Italiana que establece, “la responsabilidad penal es personal”, por lo tanto no es concebible aceptar la responsabilidad por el hecho de otro, ya que se requiere una identidad entre el autor de la conducta ilícita y el resultado lesivo, es decir, no es posible que la sanción recaiga en sujetos no responsables del ilícito, y por sobretodo impide fundamentar una responsabilidad directa de la empresa por los hechos cometidos por sus órganos. Por lo demás, se exige que aquel responsable penal deba ser objeto de un reproche ético social, todo lo anterior, no se lograría con la persona jurídica.

En este sentido el Código Penal Italiano de 1930 se encargó de aplicar el principio *societas delinquere non potest* rigurosamente, y por lo tanto, no contiene normativa del actuar en nombre de otro que permita una solución ante hechos cometidos por personas físicas que vinculan a la personas jurídica. Únicamente el artículo 197 del Código Penal contempla un sistema de responsabilidad penal subsidiaria de las personas jurídicas en relación a las multas que se ponen a sus empleados insolventes,

¹¹⁶ Presentations of participants of the Seminar on Liability of Legal Persons for Criminal Offences and Tracing, Confiscation and Recovery of Assets. Liability of Legal Persons for Criminal Offences. October, 2009. Pp. 27 – 29.

lógicamente se trata sólo de una obligación de tipo solidario, con derecho a revertir contra el autor, cuya naturaleza es extrapenal¹¹⁷.

Es así como el intento de dar cabida a la responsabilidad de los entes morales se volvió por largo tiempo infructuoso. Como era de esperar la criminalidad empresarial presente en la sociedad Italiana, fue poco a poco ganando terreno y poniendo en tela de juicio el principio de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas. Autores Italianos como BRICOLA y MILITELLO, afirman que fue justamente el mantenimiento irrestricto del principio *societas delinquere non potest*, el que favoreció enormemente la concentración de capitales, amparándose en las limitaciones del riesgo¹¹⁸, lo cual habría sido una decisión de política criminal, y no de dogmática jurídica, para no perjudicar a las empresas, debido a la gran incidencia en el desarrollo económico de la sociedad Italiana¹¹⁹. Inevitablemente la necesidad político criminal, junto con las críticas por parte de la doctrina, impulsaron que se buscara la forma de hacer frente a la irresponsabilidad de las personas jurídicas, ya que la realidad evidenciaba que la responsabilidad penal personal no era suficiente para contrarrestar el poder criminógeno de las sociedades.

En los últimos años el legislador Italiano, sin aceptar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, promulgó un serie de leyes¹²⁰ en el marco económico y financiero

¹¹⁷ NIETO MARTÍN, Adán. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo. Iustel, 2008. Pág. 195.

¹¹⁸ ZUÑIGA MUÑOZ, Laura. Bases para un modelo de Imputación de Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aranzadi, 2000. Pág. 120.

¹¹⁹ MILITELLO, Vincenzo. La responsabilidad jurídico-penal de la empresa y sus órganos en Italia. En: Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin. Bosch, 1995. Pág. 412 – 413.

¹²⁰ Se hace referencia a leyes promulgadas en la década de los noventa, entre ellas: Ley 869/81 de modificación del sistema penal, para el derecho sancionador administrativo; Ley sobre el sistema Radiotelevisivo Público y Privado; Ley de Tutela de la Competencia y del Mercado, 1990. Ley de mercado inmobiliario y sobre el delito de Insider Trading, 1991.

tendientes a sancionar a las empresas con multas, produciéndose con ello un reconocimiento a las empresas como sujetos de sanciones impuestas por la autoridad administrativa.

En respuesta a la criminalidad empresarial, el derecho positivo Italiano creo por un lado, un sistema de responsabilidad penal y de derecho administrativo que sanciona a las personas naturales que actúan en nombre de la empresa, con responsabilidad civil subsidiaria de esta y paralelamente un sistema de responsabilidad administrativo – penal para ilícitos económicos donde se sanciona directamente al sujeto que comete el ilícito, sea persona jurídica o física¹²¹. A pesar de los esfuerzos, el principio *societas delinquere non potest* no resulta totalmente superado.

La realidad de la criminalidad empresarial en Italia, recién comienza a cambiar con el Decreto Legislativo N° 231 de 8 de Junio del 2001 en relación a la responsabilidad de las personas jurídicas, empresas y asociaciones, incluidas las no jurídicas, de conformidad con el artículo 11 de la Ley 29 de Septiembre de 2000, n° 300. Con ello se incorpora al ordenamiento jurídico un modelo de responsabilidad administrativo-penal, que como se verá, busca que las compañías construidas conforme a las leyes de Italia puedan ser responsabilizadas, y consecuentemente sujetas a multa, por cualquier delito o por cualquier intento de cometer delito por sus directores o empleados en el interés o en favor de la compañía.

El Decreto Legislativo N° 231, específicamente establece en el artículo 1, los sujetos a quienes se les podrá atribuir responsabilidad, estos son:

1. Responsabilidad de las personas jurídicas por violaciones cometidas por sus empleados administrativos.
2. Las disposiciones se aplicara a las entidades con personalidad jurídica, las asociaciones sin personalidad jurídica y las empresas legales.

¹²¹ ZUÑIGA MUÑOZ, Laura. Bases para un modelo de Imputación de Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aranzadi, 2000. Pág. 122.

3. No se aplicara al Estado, gobiernos locales u otros organismos públicos¹²².

Como se desprende, la sanción es considerada un ilícito administrativo dependiente de una sanción penal, esto quiere decir, que se concibe como sanción cuya naturaleza es administrativa con garantías penales.

Otro aspecto a destacar, que coincide con la tradición continental, es el establecimiento del numerus clausus, el artículo 2 se encarga de consagrar dentro del decreto legislativo, el principio de legalidad: “La institución no puede ser responsable de un acto que constituya un delito si su responsabilidad en relación a los delitos y sanciones administrativas no están expresamente prevista en la ley que entró en vigor antes de la comisión del delito.”¹²³

Los tipos de delitos establecidos por el legislador Italiano en el decreto legislativo corresponden a: delitos contra la administración pública, según lo indicado en el artículo 24 y 25; delitos corporativos, consagrados en el artículo 25 – quáter; delitos relacionados con terrorismo o subversión contra la democracia, en artículo 25 – quáter; delitos contra individuos, consagrado en el artículo 25 – quíntes. Por lo tanto, el legislador Italiano estableció un catalogo acotado de delitos, que para NIETO MARTIN, responden a la lógica de ser “delitos dolosos que se cometen con el fin de beneficiar a las empresas, dejando de lado las infracciones imprudentes que tienen que ver con el

¹²² Decreto Legislativo N° 231, responsabilidad de las personas jurídicas, empresas y asociaciones, incluidas las no jurídicas, de conformidad con el artículo 11 de la ley 29 de septiembre de 2000, n° 300. [En Línea] En: <http://www.altalex.com/index.php?idnot=3030> visitado el día 2 de Agosto de 2011.

¹²³ Decreto Legislativo N° 231, responsabilidad de las personas jurídicas, empresas y asociaciones, incluidas las no jurídicas, de conformidad con el artículo 11 de la ley 29 de septiembre de 2000, n° 300. [En Línea] En: <http://www.altalex.com/index.php?idnot=3030> visitado el día 2 de Agosto de 2011.

riesgo de las empresas (medio ambiente, protección de la seguridad en el trabajo, responsabilidad por el producto, etc.).”¹²⁴

1.3.4.2 Modelo de atribución de responsabilidad utilizado.

El Decreto Legislativo N°231, constituyó una innovación dentro de la dogmática jurídica italiana, tan reacia por años a dar cabida a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, por lo que llama la atención que su construcción se inspirará en las *Guidelines*, del sistema norteamericano¹²⁵ que como se analizará, son la respuesta a un sistema de imputación basado en el modelo vicarial.

Por medio del análisis de la sección I del Decreto Legislativo Italiano, es posible establecer el modelo de imputación utilizado para responsabilizar penalmente a las empresas. Según el **artículo 5** una compañía será responsable de los delitos cometidos en su interés o para su ventaja:

“a) por individuos representantes de la misma, directores o gerentes de la compañía o de una de sus unidades organizacionales que tenga autonomía financiera y funcional o por individuos que son responsables de dirigir o controlar la compañía, ya sea de hecho o de otra manera.

b) Las personas sujetas a la dirección o supervisión de una persona mencionada en el párrafo a).”¹²⁶

En el párrafo 2 del artículo 5, se establece que “la entidad no será responsable si las personas mencionadas en el párrafo 1 han actuado exclusivamente en su propio

¹²⁴ NIETO Martin, Adán. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo. Iustel, 2008. Pág. 119.

¹²⁵ NIETO Martin, Adán. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo. Iustel, 2008. Pág. 195.

¹²⁶ Decreto Legislativo N° 231, responsabilidad de las personas jurídicas, empresas y asociaciones, incluidas las no jurídicas, de conformidad con el artículo 11 de la ley 29 de septiembre de 2000, n° 300. [En Línea] En: <http://www.altalex.com/index.php?idnot=3030> visitado el día 2 de Agosto de 2011.

interés o en interés de un tercero.”, por lo tanto como primera observación al modelo Italiano, el autor de la ofensa debe actuar por cuenta de la empresa, de lo contrario no se considerará a la compañía responsable.

A partir del artículo 5 párrafo 1, letras a) y b), el legislador Italiano consagra dos subsistemas de responsabilidad: el primero correspondiente a los delitos perpetrados por individuos en altas posiciones dentro de la compañía, que en relación con el **artículo 6**, produce una inversión de la carga de la prueba, esto quiere decir, que si el autor forma parte de la cúspide jerárquica de la empresa, ésta no será responsable siempre y cuando logre probar que ha adoptado un programa de cumplimiento eficaz en la prevención y supervisión de posibles crímenes junto con probar que la persona física cometió el delito eludiendo fraudulentamente los sistemas de organización y gestión habilitados. Consecuentemente el artículo 6 en su párrafos 2 a 5, se encarga de establecer en líneas generales las condiciones que debe cumplir el modelo de organización, para contrarrestar el riesgo de cometer delitos que tiene la empresa.

Asimismo el **artículo 7**, en concordancia con el artículo 5 b), se hace cargo de los delitos cometidos por las personas que están subordinadas. En este caso, la entidad será responsable ante el posible fracaso de las obligaciones de gestión o control, sin embargo, puede producirse la exención de la responsabilidad aun cuando no exista un modelo de organización, que por lo demás, es comparativamente menos estricto que el exigido para las personas en cargos de supervisión.

Así las cosas, el legislador Italiano, a través de estos dos subsistemas, lanza un mensaje clave: para la entidad será absolutamente necesario implementar un modelo de organización enfocado en la supervisión y prevención de posibles delitos, si quiere evitar la responsabilidad que le cabe respecto de los delitos cometidos por las personas físicas en cargos de poder, no ocurre lo mismo respecto de la responsabilidad derivada del actuar de las personas subordinadas, en donde el modelo de organización no es requisito indispensable para eximir de responsabilidad a la entidad. Bajo esta lógica, el legislador Italiano proyecta el modelo de organización con una finalidad más preventiva que reactiva, ya que no ofrece estímulos para que las

entidades colaboren con el esclarecimiento del delito, sino que el objetivo principal es que las empresas se autorregulen para evitar cometer el delito¹²⁷.

De los artículos 5 , 6 y 7 antes mencionados, es posible concluir que el modelo de imputación elaborado por el legislador Italiano, a través del Decreto Legislativo nº 231, corresponde a un modelo mixto de imputación, ya que involucra el modelo vicarial, al necesitar de una persona física que actúe por cuenta de la entidad, traspasando la responsabilidad a la persona jurídica, aun cuando el órgano no pueda ser identificado o sea inimputable, como expresamente lo establece el artículo 8, consagrando la teoría de la identificación y dejando atrás los problemas dogmáticos de falta de identificación de la personas física o incapacidad para establecer la culpabilidad. Copulativamente integra el criterio de culpabilidad, por medio de la prevención del delito con la implementación de programas de cumplimiento. La culpabilidad de la entidad es concebía como la capacidad de implementar, controlar y finalmente prevenir el delito, por lo tanto será posible que la entidad sea eximida de responsabilidad, siempre y cuando haya dado cumplimiento a los modelos de organización exigidos, de lo contrario será sancionada.

Por otro lado, no es posible dejar de mencionar que a través del **artículo 8**, el Decreto Legislativo Nº 231, se encarga de consagrar la responsabilidad autónoma de la persona jurídica, en los siguientes términos:

1. La responsabilidad de la entidad existe cuando:
 - a) El autor no ha sido identificado o no es imputable.
 - b) El delito se extingue por causa diferente a la amnistía.
2. A menos que la ley disponga otra cosa, no se procederá en contra de la entidad cuando se concedió la amnistía por un delito en relación al cual está prevista su responsabilidad y el imputado ha renunciado a su aplicación.

¹²⁷ NIETO Martin, Adán. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo. Iustel, 2008. Pág. 194 – 199.

3. La entidad pueda renunciar a la amnistía¹²⁸.

Lo que llama la atención es que el legislador italiano, no solo se hace cargo de aquellos casos en que no es posible identificar a la personas física que comete el delito, sino que va mas allá, haciendo persistir la responsabilidad de la entidad aun en aquellos casos en que la persona natural no es imputable, lo cual parece consagrar de manera irrestricta la responsabilidad autónoma del ente moral, a diferencia de lo que ocurre en legislaciones como la española o la chilena¹²⁹ en donde la imputabilidad de la persona física no está contemplada por el ordenamiento, impidiendo que sea posible bajo este supuesto responsabilizar penalmente al ente moral.

1.3.4.3 Implicancias prácticas: Jurisprudencia.

A partir de la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas a la legislación italiana, la jurisprudencia ha debido ir definiendo ciertos conceptos que de la simple lectura de la ley no quedan muy claros. Lo anterior, evidentemente supone que su aplicación práctica también sea sometida a duda, de ahí que la labor jurisprudencial se ha erguido como un instrumento clarificador y necesario, para a partir de ello, construir criterios uniformes respecto de lo que debe entenderse por alto directivo, interés o provecho o la forma en que se explica la atribución de responsabilidad a quienes están subordinados a los altos ejecutivos de las entidades, etc.

Hemos recopilado cierta jurisprudencia que evoca problemas derivados de la interpretación del sistema de imputación presente en el decreto legislativo N° 231.

En relación al artículo 5° y lo que debe entender por alto directivo, la jurisprudencia italiana a dicho: “El concepto de un alto directivo de una entidad se define a partir de los deberes formales de representación, administración o gestión, mientras que el

¹²⁸ Artículo 8° Decreto Legislativo N° 231, responsabilidad de las personas jurídicas, empresas y asociaciones, incluidas las no jurídicas, de conformidad con el artículo 11 de la ley 29 de septiembre de 2000, n° 300. [En Línea] En: <http://www.altalex.com/index.php?idnot=3030> visitado el día 22 de Agosto de 2011.

¹²⁹ En este punto ahondaremos en el capítulo III, referente al análisis de la legislación nacional.

ejercicio de hecho de ser relevante, debe tenerse en cuenta las funciones acumulativas de gestión y control, con ganas de incluir sólo a una de los mejores las personas que tienen una entidad de dominio penetrante. En ausencia de una definición de las funciones de administración, representación y liderazgo, se puede utilizar como reglas de interpretación las establecidas a este respecto en otras ramas del ordenamiento interno, con el fin de reconstruir el concepto de la administración en relación con la administración de energía y control de los recursos materiales de la institución, el concepto de gestión en relación con la administración de energía y control de los elementos en relación a la formación, exhibición y recepción fuera de la voluntad de la institución en relación con los actos de negociación”¹³⁰.

Otro de los requisitos indispensables para poder atribuir responsabilidad penal al ente, es que la persona física que comete en primera instancia el delito, lo haga en interés o para ventaja de la persona jurídica para la cual trabaja. En este ámbito, la jurisprudencia también se ha referido a lo que debe entenderse por interés o ventaja, a saber:

“Ciertamente, el requisito del interés o la ventaja como criterio para la asignación de la responsabilidad objetiva, también puede ser integrado por el beneficio indirecto a la sociedad entendida como la adquisición de una posición privilegiada en el mercado como consecuencia de la falta cometida por el alto directivo. Sin embargo, la naturaleza misma de los criterios para la asignación de la responsabilidad reconocida por la ley requiere la afirmación concreta y no abstracta, de la existencia de un interés o una ventaja, lo que debe interpretarse respectivamente como utilidad real o potencial, aunque no necesariamente de carácter patrimonial, que se derivan a la institución por la comisión del delito”¹³¹.

¹³⁰ Tribunal de Milán, sez. XI, 26 de junio de 2008, en el Foro Ambrosiana de 2008, 3, 335. [En Línea] En: <http://www.codice231.com/#Art.%205%20Responsabilit%C3%A0%20dell%27ent> visitado el día 23 de Agosto de 2011.

¹³¹ Tribunal de Milán, 28 de abril de 2008, en el Foro Ambrosiana de 2008, 3, 329. [En Línea] En: <http://www.codice231.com/#Art.%205%20Responsabilit%C3%A0%20dell%27ent> visitando el día 23 de Agosto de 2011.

Además de lo dispuesto por el artículo 5º, para que se logre atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica por el delito cometido por una persona física en un alto puesto dentro de la entidad, es necesario, como lo sostiene el artículo 6º, que la empresa no haya implementado eficientemente un modelo preventivo adecuado previo a la comisión del hecho ilícito. Sin embargo, puede ocurrir que la persona jurídica haya puesto en marcha el modelo preventivo de manera eficiente, y que aun así haya ocurrido el delito, debido al accionar fraudulento de la o las personas físicas a cargo, en este sentido la jurisprudencia italiana de ha manifestado de la siguiente manera:

“En cuanto al tema de la responsabilidad penal de las organizaciones, si la entidad jurídica que ha adoptado ex-ante la aplicación efectiva de una gestión eficaz de la organización, encaminadas a la prevención de tipo ilegal de la corporativa en cuestión, el delito no estaría relacionado con la empresa cuando el ilícito haya sido cometido de manera fraudulenta para evitar el mencionado modelo. En este caso, la Corte consideró y sostuvo que: "Si se hubiera seguido el procedimiento previsto por el modelo, hubiera sido imposible para los acusados poner en práctica su voluntad de “tranquilizar” al mercado y para “embellecer” el presupuesto de la empresa Alfa en detrimento de los inversores. Por todas estas razones se cree que los cargos de mala conducta no están necesariamente sujetos al resultado de un mal modelo organizativo, pero debe ser imputado el comportamiento de las principales empresas que están en conflicto con las normas internas que debidamente han adoptado el modelo de organización. La compañía por lo tanto, deben ser declarados no punibles en virtud del art. 6 de la Ley 231/2001”¹³².

Respecto de la responsabilidad penal derivada del accionar ilícito de personas físicas subordinadas, la jurisprudencia es clara en sostener lo siguiente: “Para que se pueda configurar la responsabilidad por delitos cometidos por personas bajo la dirección y supervisión (artículo 5, párrafo 1, B) requiere que, de conformidad con el art. 7, la

¹³² Tribunal de Milán, G.I.P. E. Los novillos, 17 de noviembre de 2009. [En Línea] En: <http://www.codice231.com/#Art.%207%20Soggetti%20sottoposti%20all> visitado el día 24 de Agosto de 2011.

comisión del delito haya sido posible por el incumplimiento de las obligaciones de supervisión y control que requiere la estructura.”¹³³.

1.3.5 INGLATERRA:

1.3.5.1 Legislación vigente

Para entender cómo opera la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ordenamiento jurídico inglés, es necesario hacer una breve referencia a su historia.

Inglaterra es el epicentro de la génesis de la *Commonwealth*, y como integrante predilecto y por antonomasia, cumple con la característica más esencial de este tipo de tendencia, es decir, no seguir la tradición romana en cuanto a la formación y evolución de su sistema normativo. Así, el cambio en el punto de partida se refleja a lo largo de toda la estructura del ordenamiento, instaurando diferencias imposibles de ignorar con los sistemas jurídicos continentales, que sólo con el devenir del tiempo y la llegada de la era moderna, parecen ir perdiendo importancia y acortando sus brechas.

Particularizando lo dicho anteriormente en el tema que nos convoca, esto es la Responsabilidad penal de las Personas Jurídicas, se puede decir que la evolución de esta doctrina ha sido al menos a grandes rasgos, conservadora, salvo por la última inclusión legislativa, el *Bribery Act 2010*, que entró en vigencia el primero de Julio de 2011, y que será revisado más adelante.

Como ha sido común en casi todas las legislaciones, la reacción inicial en la doctrina inglesa fue rechazar la posibilidad de instaurar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, arguyendo razones ya conocidas por todos: se trataban de seres ficticios, que no tenían voluntad propia y por lo tanto, les era imposible cumplir con un requisito esencial de la comisión delictiva, esto es el elemento denominado *mens rea*, o

¹³³ Tribunal de Milán, 27 de abril de 2004.[En Línea] En:

<http://www.codice231.com/#Art.%207%20Soggetti%20sottoposti%20all> visitando el día 24 de Agosto de 2011.

elemento subjetivo, que en nuestro derecho adopta la formas de culpa (cuasidelitos) o bien, de dolo (delitos propiamente tales).

Vale la pena mencionar además, que no había en realidad una necesidad práctica de regular dicha materia porque las industrias, corporaciones y personas jurídicas en general, no eran comunes en Inglaterra. Para su constitución se requería obtener un privilegio entregado por la Corona, que al ser tan exclusivo, demoró de manera considerable la explosión que conllevó la revolución industrial.

Sin embargo, dicha lentitud no habría de durar para siempre. Alrededor de los S. XVI y XVII, un número no despreciable de los participantes cotidianos de la economía inglesa, era constituido por las personas jurídicas, y dado a la falta de regulación sobre su comportamiento, las acciones ilegales comenzaron a aumentar.

Ya alrededor del año 1840¹³⁴, se ven las primeras manifestaciones de la responsabilidad penal imputada a la persona jurídica, eligiéndose para ello un sistema estricto de responsabilidad. Este precedente es del todo importante, ya que aun cuando durante su evolución sufre modificaciones (más aparentes que reales), sigue formando una parte importante del sistema de imputación actual vigente en Inglaterra.

Durante el año 1944, la *High Court of Justice* decidió a propósito de tres casos¹³⁵ diferentes “*to impose direct criminal liability on corporations and established that the mens rea of certain employees was to be considered as that of the company itself*”¹³⁶. Es decir, que desde este punto en adelante se considera viable la siguiente conclusión:

¹³⁴ Caso fue denominado “Regina V. Birmingham & Gloucester R.R. Co.” Año 1842.

¹³⁵ Dichos casos versaban sobre uso de documentos falsos (DPP V. Kent and Sussex Contractors Ltd.), evasión de impuestos (Moore V. Bresler) y Conspiración (R V. I.C.R. Haulage Ltd.).

¹³⁶ IULIA P, Anca directed by Professor CANDEUB, Adam. Criminal liability of corporations – Comparative Jurisprudence. Michigan State University, College of Law, Primavera, Año 2006, Pág. 15. [En Línea] En: www.law.msu.edu/king/2006/2006_Pop.pdf visitado el día 9 de Septiembre de 2011.

El dolo o culpa de ciertos funcionarios de la persona jurídica en cuestión puede interpretarse como el propio de la empresa, en razón de sus cargos y/o funciones dentro del ente moral. Estos precedentes son destacables pues repercuten en todos los ordenamientos jurídicos ligados al *Common Law*, además de mantenerse ineludables en el tiempo. Sin embargo, este gran avance, aunque cierto en su dirección, carecía de información y límites, razón por la que su aplicación no estuvo exenta de controversias ni problemas. Su delimitación llegó casi 30 años después a propósito del caso *Tesco*¹³⁷ que posteriormente será revisado en el apartado de jurisprudencia. En él se perfiló el modelo de imputación que existe hasta el día de hoy, y que se denomina *The identification theory*. Es importante recalcar que, aunque dicho modelo sigue vigente, no es en la actualidad el único. Como ya mencionó previamente, el primero de julio de 2011 entra en vigencia la ley contra el soborno (*Bribery Act 2011*), norma que acoge un sistema de imputación más acorde con el derecho penal moderno y que incentiva la prevención de delitos por parte de las personas jurídicas, a través de métodos de *compliance*.

A continuación revisaremos las consideraciones doctrinarias sobre este modelo, haciendo un breve repaso de sus características, para posteriormente revisar de manera separada el *Bribery Act* y sus innovaciones, y culminaremos refiriéndonos a algunos de los precedentes más relevantes, en relación a la materia.

1.3.5.2 Modelo de atribución de responsabilidad utilizado.

Como ya se vislumbró en el apartado anterior, el modelo tradicional o más común adoptado por Inglaterra es aquel denominado en doctrina como el de la Teoría de la Identificación.

Según se vio en un principio, existían tres modelos generales, abstractos y básicos de imputación: aquel que denominamos de la transferencia, el de culpabilidad de la Empresa y finalmente el modelo mixto. No es difícil advertir que el modelo de

¹³⁷ *Tesco Supermarkets Ltd v Natrass*.

“Identificación” que establecemos que tiene el ordenamiento inglés no coincide con ninguno de aquellos enunciados anteriormente. Esto sucede porque el modelo inglés aunque parte de la base de un modelo tradicional, tiene ciertas peculiaridades que le permiten destacarse de una clasificación abstracta.

La **teoría de la identificación** es un mecanismo de imputación que emana del sistema objetivo, es decir, de aquel que asienta sus bases en la idea de transferencia de la responsabilidad desde el sujeto que comete la acción hacia la persona jurídica de la cual depende, siempre que se cumplan los requisitos necesarios para la procedencia de dicha transferencia, o como bien lo aclara NIETO MARTÍN: “consiste en transferir a la empresa la culpabilidad de la persona natural que ha actuado. Es el modelo más clásico (...) Pese a que es fácil de refutar, ocurre, lo que casi siempre pasa con los clásicos, que acaban teniendo parte de razón”¹³⁸

Además del rasgo característico por excelencia – la transferencia- también podemos resaltar otro no menos importante: esto es la imposibilidad de defensa que contiene este sistema. La *identification theory* no permite excluir la responsabilidad para la empresa aún cuando ésta haya hecho todo lo que podía para evitar la comisión del ilícito.

En este punto es conveniente realizar una clarificación: el sistema de la *identification theory* no forma parte de lo que en doctrina se denomina “sistema vicarial”. Si bien es cierto que ambos suelen usarse como instituciones homólogas, en la práctica no es así. Ambos tienen en común la base de sus postulaciones, es decir que ambas corrientes encuentran su origen en la teoría de la transferencia, sin embargo desde ahí divergen hasta llegar a ser dos formas o modelos de imputación diferentes entre sí.

La diferencia entre ambos radica en los requisitos necesarios para que se configure la responsabilidad.

¹³⁸ NIETO M., Adán La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Esquema de un modelo de responsabilidad. Madrid, 2008. Pág. 1-34. [En Línea] En: http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/resp_personas_juridicas.pdf, visitando el día 15 de Agosto de 2010.

La corriente de “*vicarious liability*” (en su versión de *respondeat superior*¹³⁹) requiere: la comisión de la acción que constituye un delito realizada por un agente de la empresa, en segundo lugar exige que dicho agente actúe dentro de sus funciones, o por encargo de la empresa, y por último, que actúe con la intención de beneficiar a la empresa. Sin la concurrencia de esos tres requisitos, no se dará origen a la transferencia de la responsabilidad. La corriente de la teoría de la identificación prescinde del tercero de estos requisitos: aquel que demanda que el agente que comete el ilícito tenga la expresa **intención** de beneficiar a la empresa. En otras palabras, en el marco práctico del derecho inglés, el nacimiento de la responsabilidad para la empresa es más sencillo que en otras legislaciones, pues requiere de menos hechos a probarse para dar lugar a su existencia. Sin embargo, tal facilidad no es real, dado que a pesar de tener nominativamente menos requisitos que la otra corriente doctrinaria también emanada de la transferencia de la responsabilidad, acota su aplicación práctica a través del rango interpretativo otorgado al requisito del “agente”. En el derecho inglés, el agente capaz de transferir su responsabilidad a la empresa, está encarnado sólo por aquellos altos directivos con poder decisorio dentro de la persona jurídica.

A mayor abundamiento: “La teoría de la identificación se contenta, con la primera y la segunda de las condiciones, interpretando el concepto de <agente> de una manera particularmente estricta: únicamente pueden imputarse a la empresa los hechos delictivos realizados por los dirigentes”.¹⁴⁰

La decisión anterior, no es arbitraria ni tampoco casual. Como se verá en el próximo apartado, a raíz del caso *Tesco*, se limita la noción de agente comparando a los entes morales con el cuerpo humano, oportunidad en lo que se concluyó lo siguiente¹⁴¹: “Una

¹³⁹ El concepto de *respondeat superior* será revisado en extenso, en el estudio del sistema imperante en Estados Unidos, concretamente en la Sub Sección (1) (a) del texto del *Model Penal Code*.

¹⁴⁰ NIETO M., Adán. Ob. Cit. Pág. 180.

¹⁴¹ Texto extraído del fallo del caso *Tesco Supermarkets Ltd. v. Nattras (1972)*, y citado por NIETO M., Adán. Ob. Cit. Pág. 91.

persona jurídica puede equipararse al cuerpo humano. Tiene un cerebro y un sistema nervioso central que controla sus movimientos. Tiene también brazos que se mueven de acuerdo a las órdenes de los centros nerviosos. Dentro de la compañía algunos sujetos son solo simples brazos para trabajar y no representan ni la mente ni la voluntad de la empresa. Otros son administradores y directivos que representan la mente y la voluntad de la organización y controlan sus acciones. Psicológicamente la situación de estos dirigentes es la situación de la empresa y así es tratado por la ley”.

La comparación anterior entre el cuerpo humano y la estructura del ente moral contiene en sí el fundamento de la estrechez del concepto que el derecho inglés otorga al elemento del agente. Es lógico reconocer que la política empresarial se refleja solo en ciertos empleados de una persona jurídica, y que al mismo tiempo la mayoría de los dependientes de la compañía solo ejecutan instrucciones que son ordenadas por órganos superiores que prescindan de las opiniones y/o voluntades del resto de los agentes. En razón de lo anterior, se estima que la limitación agregada por esta corriente es justificada. En la práctica, solo pueden ser sujetos aptos de transferencia de la responsabilidad aquellos que pertenecen al consejo de administración, los administradores propiamente tales, los administradores delegados y los directivos de posiciones altas.

Sin embargo lo dicho anteriormente no está exento de críticas, y en la práctica ha sido rechazado por la generalidad del derecho comparado y la doctrina internacional.

A continuación revisaremos brevemente las deficiencias del modelo inglés, para luego dar paso a la revisión de la jurisprudencia.

Como todos los ordenamientos jurídicos del mundo, el británico no está exento de problemas tanto en su teoría como en su aplicación práctica. Al ser una corriente especializada del sistema de transferencia de la responsabilidad, adolece de las mismas críticas que éste, es decir que se trata de un sistema ineficiente desde la perspectiva de la política criminal, puesto que al no permitir a la empresa probar su diligencia y así erradicar la responsabilidad que sobre ella acaece, no existe una efectiva fomentación de los sistemas de auto control ni de la cooperación una vez iniciada la investigación sobre el hecho delictivo. Como consecuencia de esto, sucede

que todos los costos del proceso (a saber: investigación, acusación y prueba) son absorbidos por el Estado, quien desperdicia la posibilidad de endosárselos a la compañía.

A todas luces se puede ver un sistema deficiente desde la perspectiva de la inhibición de la conducta criminal. La consecuencia es que las empresas no realizan gastos tendientes a evitar la comisión de delitos dentro de sus ámbitos de responsabilidad, porque dicho esfuerzo será ignorado en el eventual caso de comisión y captura de un ilícito.

Hasta el momento, las críticas enunciadas son compartidas por todos aquellos sistemas que se basan en el modelo de transferencia de la responsabilidad. Sin embargo, el modelo inglés adolece de otro defecto que solo se presenta en su constitución: el hecho de restringir a tal punto el concepto de “agente” como sujeto capaz de transferir la responsabilidad, vuelve al sistema inoperativo en gran parte de los casos prácticos, cayendo en el defecto que en doctrina se ha denominado “la fungibilidad del agente”.

La fungibilidad del agente dice relación con la siguiente situación de hecho: de manera premeditada, los órganos intelectuales depositan intangiblemente la orden de realizar la acción típica en un agente de menor jerarquía, de manera que sea posible garantizar la desvinculación total con la empresa. Cometido el ilícito, y en el evento que sea descubierto y seguidamente investigado, solo puede condenarse al sujeto que parece ser responsable, quedando el ente moral absolutamente impune, a pesar de poder recibir los beneficios del delito. En caso de que el sujeto sea declarado culpable, se vuelve fungible pues puede ser reemplazado por otro de similares características, sin mayores repercusiones para la empresa.

En síntesis, podemos decir que el sistema inglés actualmente imperante, encuentra su fuente en la teoría más clásica de responsabilidad penal de las personas jurídicas, a saber el modelo de transferencia de la responsabilidad, con ciertas características que lo vuelven uno de los sistemas más restringidos y con mayor dificultad práctica en la actualidad.

Habiendo aludido ya al sistema general de atribución de responsabilidad, y previo a la revisión de la *Bribery Act 2010*, es oportuno mencionar un delito en particular creado en el Reino Unido que tiene estrecha relación con la percepción que dicho ordenamiento tiene respecto de los modelos de atribución: el delito de *corporate manslaughter*¹⁴².

Según relata NIETO MARTÍN¹⁴³, durante el año 1987, tuvieron lugar diversos accidentes en el área de transporte público, dentro de los cuales las víctimas ascendieron a la suma de 188 en un solo incidente. En ese contexto, se discutió álgidamente la teoría de la identificación, dado que probó ser inútil en el marco moderno de constitución de sociedades, donde dichas entidades adoptan estructuras tan intrincadas y complejas, que la identificación del agente (requisito necesario para el nacimiento de la responsabilidad de la empresa) era imposible.

En ese contexto se crea el tipo penal denominado *Corporate Manslaughter* traducido al español como el “homicidio de la corporación”. Su texto literal es el siguiente¹⁴⁴:

| | |
|--|--|
| Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007. | Ley de Homicidio Involuntario Corporativo y Homicidio Corporativo, 2007 |
| 1. The offence: (1) An organisation to which this | 1. El delito: (1) Una organización a la cual se le |

¹⁴² NIETO M., Adán. Ob. Cit. Pág. 128.

¹⁴³ NIETO M., Adán. Ob. Cit. Pág. 128.

¹⁴⁴ *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007*. [En Línea] En: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2007/19/crossheading/corporate-manslaughter-and-corporate-homicide>, visitada el día 30 de agosto de 2011.

| | |
|--|---|
| <p>section applies is guilty of an offence if the way in which its activities are managed or organised-</p> <p>(a) causes a person's death, and</p> <p>(b) amounts to a gross breach of a relevant duty of care owed by the organization to the deceased.</p> | <p>aplique esta sección es culpable de un delito si la forma en que sus actividades son manejadas u organizadas-</p> <p>(a) causan la muerte de una persona, y</p> <p>(b) una violación importante a un deber de cuidado relevante debido por la organización al fallecido.</p> |
| <p>(2) The organisation to which this section applies are-</p> <p>(a) a corporation;</p> <p>(b) a department or other body listed in Schedule 1;</p> <p>(c) a police force;</p> <p>(d) a partnership, or trade union or employers' association, that is an employer.</p> | <p>(2) Las organizaciones a las cuales se les aplica esta sección son-</p> <p>(a) una corporación;</p> <p>(b) un departamento u otro cuerpo catalogado en la Lista 1;</p> <p>(c) la fuerza policial;</p> <p>(d) una sociedad, o el sindicato o la asociación de los empleadores, que es un empleador.</p> |
| <p>(3) An organization is guilty of an offence under this section only if the way in which its activities are managed or organised by its senior management is a substantial element in the breach referred to in subsection (1).</p> | <p>(3) Una organización es culpable de un delito de esta sección solo si la manera en que sus actividades son manejadas u organizadas por sus directivos es un elemento sustancial en la violación indicada en la subsección (1).</p> |

| | |
|---|--|
| <p>2. Meaning of “relevant duty of care”</p> <p>(1) A “relevant duty of care”, in relation to an organisation, means any of the following duties owed by it under the law of negligence—</p> <p>(a) a duty owed to its employees or to other persons working for the organisation or performing services for it;</p> <p>(b) a duty owed as occupier of premises;</p> <p>(c) a duty owed in connection with—</p> <p style="padding-left: 40px;">(i) the supply by the organisation of goods or services (whether for consideration or not),</p> <p style="padding-left: 40px;">(ii) the carrying on by the organisation of any construction or maintenance operations,</p> <p style="padding-left: 40px;">(iii) the carrying on by the organisation of any other activity on a commercial basis, or</p> <p style="padding-left: 40px;">(iv) the use or keeping by the organisation of any plant, vehicle or other thing;</p> <p>(d) a duty owed to a person who, by</p> | <p>2. Significado de “Deber de cuidado relevante”</p> <p>(1) Un “deber de cuidado relevante”, en relación a una organización, se refiere a cualquiera de los siguientes deberes debidos por ella bajo la ley de negligencia-</p> <p>(a) un deber debido a sus empleados u otras personas que trabajan para la organización o prestan servicios para ella.</p> <p>(b) un deber debido como inquilino de locales;</p> <p>(c) un deber debido en conexión con-</p> <p style="padding-left: 40px;">(i) el suministro por parte de la organización de bienes o servicios (sean por consideración o no)</p> <p style="padding-left: 40px;">(ii) el manejo de la organización de cualquier construcción u operaciones de mantenimiento</p> <p style="padding-left: 40px;">(iii) el manejo de la organización de cualquier otra actividad con una base comercial, o</p> <p style="padding-left: 40px;">(iv) el empleo o retención por parte de la organización de cualquier planta, vehículo o cualquier otro bien;</p> |
|---|--|

| | |
|--|---|
| reason of being a person within subsection (2), is someone for whose safety the organisation is responsible. | (d) un deber debido a una persona que, en razón de ser una persona incluida en la sub-sección (2), es alguien de cuya seguridad la organización es responsable. |
|--|---|

Basándonos en el texto literal de este tipo penal, podemos concluir que el origen de responsabilidad prescinde de la “transferencia” y se concentra en el defecto de organización: rasgo típicamente característico de los modelos basados en la Culpabilidad de la Empresa. Antiguamente, esta ley era criticada por no otorgar un significado de “deber de cuidado relevante”. Sin embargo, posterior a sus reformas, dentro de las cuales la última es de año 2007, se vuelve una ley más completa dando un significado completo en su sub-sección número (2). Debemos entender este cuerpo legal como un acto legislativo innovador, el que va abriendo la puerta, a través de sus reformas, a la adopción de un nuevo sistema de imputación en el ordenamiento jurídico inglés, el que si bien comenzó acogiendo una postura tradicional (la mencionada *identification theory*), acoge en la actualidad un sistema de culpabilidad de la empresa y de aceptación de los métodos de *compliance*, según se verá en las referencias a la *Bribery Act 2010*.

Sin embargo, es importante agregar que, la aplicación de este innovador sistema de imputación sólo puede operar cuando no ha sido posible identificar al verdadero agente causante del ilícito descrito en la sub sección (1), por lo tanto es un modelo dependiente y secundario, al tradicional sistema de imputación inglés.

Bribery Act 2010

Esta ley versa sobre el delito de soborno y sus implicancias, y es incorporada en esta sección debido al sistema de imputación contenido en ella. Por ser una ley de reciente puesta en práctica (entro en vigencia el 1 de julio de 2011), se carece aún de jurisprudencia al respecto, por lo que nos dedicaremos a indicar las normas en ella

contenidas que se relacionan con la persona jurídica, y a inferir el sistema de imputación adoptado en ellas.

| Bibery Act 2010¹⁴⁵ | Ley de Soborno 2010¹⁴⁶ |
|---|--|
| (7) Failure of comercial organisations to prevent brivery | (7) Falla de organizaciones comerciales para prevenir el soborno |
| <p>(1) A relevant commercial organization (“C”) is guilty of an offence under this section if a person (“A”) associated with C bribes another person intending—</p> <p>(a) to obtain or retain business for C, or</p> <p>(b) to obtain or retain an advantage in the conduct of business for C.</p> | <p>(1) Una organización comercial relevante (“C”) es culpable de un delito de esta sección si una persona (“A”) asociada a C soborna a otra persona intentando—</p> <p>(a) obtener o retener un negocio para C, o</p> <p>(b) obtener o retener una ventaja en la dirección de un negocio para C.</p> |
| (2) But it is a defence for C to prove that C had in place adequate procedures designed to prevent persons associated with C from undertaking such conduct ¹⁴⁷ . | (2) Pero es una causal de defensa para C probar que C tenía diseñados procedimientos adecuados vigentes para prevenir que personas asociadas a C |

¹⁴⁵ *Bribery Act 2010. Section (7). Failure of comercial organisations to prevent bribery.* Pág. 5. [En Línea] En: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents>, visitada el día 01 de Septiembre de 2011.

¹⁴⁶ Traducción no oficial.

¹⁴⁷ En razón de no ser atinente al tema en comento, los párrafos (3), (4) y (5) de esta sección fueron omitidos, sin embargo su texto completo puede ser consultado. [En Línea] En: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/crossheading/failure-of-commercial-organisations-to-prevent-bribery>

| | |
|--|-------------------------------|
| | emprendieran tales conductas. |
|--|-------------------------------|

Como se puede concluir a partir de las normas citadas previamente, el modelo acogido por la *Bribery Act*, no prescinde del elemento de transferencia. Efectivamente, discurre sobre la base que una “persona asociada”¹⁴⁸ incurra en actividades ilegales de soborno para beneficiar a la persona jurídica. Al definir la ley quienes caben dentro de los sujetos posibles aptos para acarrear la responsabilidad de “C”, otorga a la persona natural un rol clave y esencial en la configuración de la responsabilidad. Sin embargo, no se puede hablar de un modelo de transferencia exclusivamente: se debe prestar atención a la sub-sección (2), dado que ella otorga la clave para clasificar a cabalidad el modelo de imputación adoptado en la ley en comento: permite que la “organización comercial relevante” –cuyo significado también es otorgado por la ley¹⁴⁹- pueda

¹⁴⁸ Según la Bribery Act, deberá entenderse por “Associated person” lo siguiente: “(1) For the purposes of section 7, a person (“A”) is associated with C if (disregarding any bribe under consideration) A is a person who performs services for or on behalf of C. (2) The capacity in which A performs services for or on behalf of C does not matter. (3) Accordingly A may (for example) be C’s employee, agent or subsidiary. (4) Whether or not A is a person who performs services for or on behalf of C is to be determined by reference to all the relevant circumstances and not merely by reference to the nature of the relationship between A and C. (5) But if A is an employee of C, it is to be presumed unless the contrary is shown that A is a person who performs services for or on behalf of C.” [En Línea] En: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/crossheading/failure-of-commercial-organisations-to-prevent-bribery> visitado el día 01 de Septiembre de 2011.

¹⁴⁹ Dentro de la misma sección 7, en su sub-sección 5 se define como: “ (a) a body which is incorporated under the law of any part of the United Kingdom and which carries on a business (whether there or elsewhere), (b) any other body corporate (wherever incorporated) which carries on a business, or part of a business, in any part of the United Kingdom, (c) a partnership which is formed under the law of any part of the United Kingdom and which carries on a business (whether there or elsewhere), or (d) any other partnership (wherever formed) which carries on a business, or part of a business, in any part of the United Kingdom, and, for the purposes of this section, a trade or profession is a business”. [En Línea] En:

desvirtuar los fundamentos de la responsabilidad, si logra probar que existían dentro de su sistema de administración y manejo, medidas de prevención en contra de acciones que constituyen, bajo el ordenamiento inglés, el delito de soborno. Así, es imperativo concluir que la *Bribery Act* es un arquetipo de ley innovador en el sistema anglosajón, consagrando la tendencia rescatada a nivel internacional¹⁵⁰: las políticas de *compliance*.

1.3.5.3 Implicancias prácticas: Jurisprudencia.

a. Tesco Supermarkets Ltd v. Nattras¹⁵¹

El presente caso data del año 1972 y es uno de los fallos principales en cuanto a precedentes de la Cámara de los Lores, sobre la “mente directiva” en el marco de la responsabilidad penal empresarial. Específicamente, dice relación con las “Trade Descriptions Act 1968”, aunque su contenido se ha extendido a otras ramas de la responsabilidad corporativa.

La situación de hecho fue la siguiente: Tesco fue una cadena de supermercados, que decidió ofrecer un descuento en un detergente de lavado. Dicha promoción fue anunciada mediante carteles exhibidos en almacenes. Una vez que se acabaron las muestras del producto que se vendía a menor precio, los almacenes comenzaron a sustituirlo por detergente de precio normal. El encargado de una tienda, olvidó sacar los carteles que publicitaban el descuento en detergente, lo que provocó que a un cliente se le cobrara un precio mayor, distinto del publicado.

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/crossheading/failure-of-commercial-organisations-to-prevent-bribery> visitado el día 01 de Septiembre de 2011.

¹⁵⁰ Entre los países que acogen esa tendencia que han sido revisados en este trabajo encontramos: Chile, Italia y Estados Unidos.

¹⁵¹ Tesco Supermarkets Ltd v Nattrass [1971] UKHL 1 (31 March 1971). [En Línea] En: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1971/1.html> visitado el día 6 de Septiembre de 2011.

Tesco fue acusado por haber violado las disposiciones de la “*Trade descriptions Act*”, específicamente por promocionar precios más bajos que los reales. En su defensa, la empresa argumentó que habían tomado todas las precauciones posibles y las conductas debidas, y que el olvido del gerente, de solo uno de los locales, no podía hacer responsable a la empresa.

La Cámara de los lores aceptó la defensa y estimó que el encargado no catalogaba como una “mente directiva” de la empresa y por lo tanto su conducta no era atribuible a la empresa. Tanto el ente moral y su órgano director, hicieron todo lo que se encontraba a su alcance, para cumplir con las reglas de publicidad, aún cuando el gerente de una de las sucursales de la empresa haya olvidado retirar los carteles promocionales.

Uno de los jueces, *Lord Reid*, sostuvo que “la persona que actuó no está hablando ni actuando por la persona jurídica”, además Tesco logró demostrar que el gerente del local era clasificado por la ley como “otras personas” (distintas de aquellas que permiten la transferencia de la responsabilidad) y que además, la empresa utilizó un sistema de delegación de tareas responsable, actuando con la debida diligencia.

El encargado de almacén no encarnaba la mente ni la voluntad responsable de dirigir la compañía. La persona jurídica había hecho todo lo que podía para evitar la comisión de cualquier negligencia. El tribunal terminó por absolver a la compañía.

b. R v Milford Haven Port Authority¹⁵² (Caso de derecho penal empresarial, por delitos medioambientales)

El *Milford Haven* se encuentra ubicado en *Pembrokeshire*, en el condado de *Dyfed*, Inglaterra. En dicha localidad existe un puerto, cuya administración es llevada a cabo

¹⁵² R v. Haven Port Authority (2000) Env LR 632. [En Línea] En: <http://www.coastlaw.uct.ac.za/iczm/cases/seaemp2.htm> visitado el día 7 de Julio de 2011. Véase también en: ORELLANA, Marcos A. Derecho penal ambiental comparado: El *Common Law*. En: Revista Chilena de Derecho Vol. 29 N° 2, Pág. 441 – 459, Año 2002, Sección estudios.

por la *Milford Haven Port Authority*. La “autoridad del puerto” fue creada y regida por ley, y era de acuerdo a la Ley de pilotaje de 1987, responsable del manejo y control de las actividades del puerto y del tráfico marítimo en él. Dicha institución, a modo de organización, creó una persona jurídica diferente de sí misma, denominada *Milford Haven Pilotage Limited*, cuyo objetivo era contratar pilotos que se encargaran de conducir las naves que hacían uso del paso en *Milford Haven*. Es en ese contexto que un buque carguero, llamado *Sea Empress*, bajo la supervisión de un piloto profesional contratado por la empresa destinada a ello, navegaba el 15 de febrero de 1996 pasadas las 20:00 horas hacia el puerto de *Milford* cuando se estrelló contra las rocas, provocando un derrame de 2-500 toneladas de petróleo. El derrame causó gran contaminación en el puerto y las aguas costeras, y es uno de los mayores derrames registrados. La colisión ocurrió por un error del piloto en el control de la navegación de la nave.

En razón a estos hechos, la *Environment Agency* acusó a la *Autoridad del Puerto*, dentro del proceso criminal por los siguientes delitos¹⁵³:

- Violación de la sección 85 (1) de la *Water Resources Act 1991*, sobre asuntos de polución, en este caso petróleo, además de causar el ingreso de dicho material, a aguas controladas.
- El segundo cargo recayó en el hecho de haber causado un mal público (*public nuisance*), cuya causa principal fue el mal despliegue de sus deberes, por parte de la Autoridad del Puerto.

El 15 de Enero de 1999, el juez ordenó a la autoridad del puerto a pagar una multa de 4 millones de libras, además de 825 mil libras, por costos procesales.

En cuanto al modelo de imputación en este caso en particular, podemos decir que se utilizó la teoría de la identificación, cuya conexión con la empresa principal – la Autoridad del Puerto en este caso- era evidente, dado que la empresa que contrataba

¹⁵³ R v. Haven Port Authority (2000) Env LR 632. [En Línea] En: <http://www.coastlaw.uct.ac.za/iczm/cases/seaemp2.htm> visitado el día 7 de Julio de 2011.

los pilotos dependía mayoritariamente de ella. En razón de lo anterior, la responsabilidad que acaece sobre la persona natural del piloto se transfiere a la empresa principal, por cumplirse todos los requisitos necesarios.

1.3.6 ESTADOS UNIDOS:

1.3.6.1 Legislación vigente.

A diferencia de los países de tradición continental, Estados Unidos afrontó la imposición del principio "*Societas delinquere non potest*" con mucha anterioridad, sorteándolo de manera rápida aunque no tan pulcramente como aquellos que se vieron afrontados a dicha traba con posterioridad. Es por esto que el camino recorrido por este ordenamiento jurídico ha tenido su cuota de obstáculos que mediante su solución han determinado las peculiaridades de este sistema.

La legislación norteamericana se ha concentrado en superar un problema en particular, que ha moldeado las reformas que se han hecho a esta rama: el desarrollo casi involuntario de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Efectivamente, se inicia la construcción de este modelo de imputación en base a un caso real de la jurisprudencia que posteriormente se vuelve insigne en esta materia: en el año 1909 se condena en virtud del modelo de transferencia de la responsabilidad, no sólo a una persona natural, sino también a una empresa de ferrocarriles por fijación fraudulenta de los precios. Dicho caso fue denominado "***New York Central & Hudson River Railroad Co. v. U.S.***", y será revisado en el apartado de Jurisprudencia de este capítulo.

El inconveniente más significativo se encarna en la construcción doctrinal que se ha hecho del modelo vicarial como método para imputar la responsabilidad de las personas jurídicas. La falta de una norma legal y unificadora para este tipo de materias, derivó en que se diversificaran los modelos de imputación teniendo como única directriz la discreción del juez de turno.

En síntesis, podemos decir que el sistema de imputación de responsabilidad penal para las personas jurídicas, fue creado en base al “*case law*”, y desarrollándose desde allí en cada jurisdicción de manera particular, sin existir un criterio unificador, ya que la simultaneidad de fuentes de normas sustantivas, dificulta la sistematización del régimen legal penal que debe aplicársele a las personas jurídicas. Además de lo anterior, la organización política de Estados Unidos, impide redactar leyes de alcance general para la totalidad de los Estados, dado que la responsabilidad penal de las personas jurídicas escapa a la competencia de la legislación federal.

Sin embargo, existían formas de remediar dicha situación y se llevaron a cabo, casi 50 años después. El año 1962 la A.L.I.¹⁵⁴, realizó una propuesta legislativa que tenía por objetivo primordial reunir todos los modelos de imputación existentes, lo que se consagró en su sección 2.07. Dicho compendio recibe el nombre de ***Model Penal Code***, y su aplicación práctica se hace en relación a las diferentes leyes que tipifican los delitos existentes, entre ellos, los que pueden cometerse por entes morales.

El *Código Penal Modelo* como se verá, es un elemento fundamental del sistema de imputación de responsabilidad respecto de entes morales en el ordenamiento jurídico en comento, pero no es el único. Existe además, un instrumento denominado ***Sentencing Guidelines for Organizational Offenders***, que en palabras de NIETO MARTÍN podemos definir como: “sistema de determinación de la pena, cuya finalidad es ofrecer al juez las directrices a seguir en su medición”¹⁵⁵

En primer lugar, se transcribirá el texto de la sección del Código Penal Modelo que se refiere a la responsabilidad penal de las organizaciones, con la correlativa traducción. Posterior a ello, se analizará la función primordial de las *Sentencing Guidelines for Organizational Offenders*, sin entrar en su texto positivo, para revisar en el apartado siguiente cual sería el tipo de sistema de imputación imperante en este ordenamiento jurídico en particular, y así finalizar con una revisión de casos emblemáticos cuya doctrina corresponde con el tema en estudio.

¹⁵⁴ American Law Institute.

¹⁵⁵ NIETO M., Adán. Ob. Cit. Pág. 180.

a) **Model Penal Code, Section 2.07:**

| <u>MODEL PENAL CODE SECTION 2.07</u> ¹⁵⁶ | <u>TRADUCCIÓN DEL TEXTO</u> ¹⁵⁷ |
|--|---|
| <p>1) A corporation may be convicted of the commission of an offense if:</p> <p>a) The offense is a violation or the offense is defined by a statute other than the Code in which a legislative purpose to impose liability on corporations plainly appears and the conduct is performed by an agent of the corporation acting in behalf of the corporation within the scope of his office or employment, except that if the law defining the offense designates the agents for whose conduct the corporation is accountable or the circumstances under which it is accountable, such provision shall apply; or</p> <p>b) the offense consists of an omission to discharge a specific duty of affirmative performance imposed on corporations by</p> | <p>1) Una persona jurídica puede ser condenada por la comisión de una <i>ofensa</i>¹⁵⁸ si:</p> <p>a) La ofensa es una violación o si la ofensa es definida por un estatuto diferente del Código en el cual aparezca de manifiesto la intención legislativa de imponer responsabilidad a las personas jurídicas, y la conducta es realizada por un agente de la persona jurídica, que actúa en beneficio de la persona jurídica, dentro del ámbito de sus funciones, salvo que la ley que tipifica la ofensa designe a los agentes por los cuales deberá tenerse a la empresa por responsable, o las circunstancias bajo las cuales es responsable, dicha disposición deberá aplicarse o;</p> |

¹⁵⁶ MODEL PENAL CODE. Sección 2.07. 1962. Véase en: NEVARES MUÑIZ, Dora. Estudios Comparados de Códigos Penales de la Parte General. Pág.273. [En Línea] En: http://www.cejamericas.org/portal/index.php/es/biblioteca/bibliotecavirtual/doc_details/1538-estudios-comparados-de-codigos-penales, visitado el día 9 de Septiembre de 2011.

¹⁵⁷ Traducción no oficial.

| | |
|---|---|
| <p>law; or</p> <p>c) the commission of the offense was authorized, requested, commanded, performed or recklessly tolerated by the board of directors or by a high managerial agent acting in behalf of the corporation within the scope of his office or employment.</p> | <p>b) la ofensa consiste en la omisión de realizar un deber específico de “actividad positiva” impuesto a la persona jurídica por la ley, o</p> <p>c) la comisión de la ofensa fue autorizada, solicitada, ordenada, realizada o imprudentemente tolerada, por la junta de directores o por un alto agente directivo actuando a favor de la persona jurídica dentro del ejercicio de sus funciones.</p> |
| <p>2) When absolute liability is imposed for the commission of an offense, a legislative purpose to impose liability on a corporation shall be assumed, unless the contrary plainly appears.</p> | <p>2) Cuando se imponga responsabilidad absoluta por la comisión de una ofensa, debe asumirse el propósito legislativo de tener por responsable a la persona jurídica, salvo que aparezca de manifiesto lo contrario.</p> |
| <p>3) An unincorporated association may be convicted of the commission of an offense if:</p> <p>a) The offense is defined by a statute other than the Code that expressly provides for the liability of such an association and the conduct is performed by an agent of the association acting in behalf of the association within the scope of his office or employment, except that if the law defining the offense designates the agents for whose conduct the</p> | <p>3) Una asociación sin personalidad jurídica puede ser condenada por la comisión de una ofensa si:</p> <p>a) La ofensa es definida por un estatuto diferente del Código que expresamente ordene la responsabilidad de tal asociación y la conducta sea realizada por un agente de la asociación en beneficio de dicha asociación, actuando dentro del ámbito de sus funciones, salvo si la ley que define la ofensa designa los agentes por cuya conducta puede tenerse por</p> |

| | |
|---|---|
| <p>association is accountable or the circumstances under which it is accountable, such provisions shall apply; or;</p> <p>b) The offense consists of an omission to discharge a specific duty of affirmative performance imposed on associations by law.</p> | <p>responsable la asociación, o por las circunstancias bajo las cuales se le debe tener por responsable, dichas reglas deberán aplicarse o;</p> <p>b) La ofensa consiste en la omisión de realizar un deber específico de actividad positiva impuesto a la asociación por la ley.</p> |
| <p>4) As used in this Section:</p> <p>a) “Corporation” does not include an entity organized as or by a governmental agency for the execution of a governmental program;</p> <p>b) “Agent” means any director, officer, servant, employee or other person authorized to act in behalf of the corporation or association and, in the case of an unincorporated association, a member of such association;</p> <p>c) “High managerial agent” means an officer of a corporation or an unincorporated association, or, in the case of a partnership, a partner, or any other agent of a corporation or association having duties or such responsibility that his conduct may fairly be assumed to represent the policy of the corporation or</p> | <p>4) Como se ha usado en esta sección:</p> <p>a) “Corporación” no incluye a cualquier entidad organizada como o por una agencia gubernamental para la ejecución de planes gubernamentales;</p> <p>b) “Agente” quiere decir director, oficial, servidor, empleado u otra persona autorizada para actuar en beneficio de la corporación o asociación y, en el caso de una asociación sin personalidad jurídica, un miembro de dicha asociación;</p> <p>c) “Altos directivos” significa un oficial de la corporación o de una asociación sin personalidad jurídica, o, en el caso de una sociedad, un socio, o cualquier otro agente de la corporación o asociación que tenga tales deberes o tal responsabilidad que su conducta pueda ser fácilmente asumida como representativa de las</p> |

| | |
|--|---|
| <p>association.</p> | <p>políticas de la corporación o asociación.</p> |
| <p>5) In any prosecution of a corporation or an unincorporated association for the commission of an offense included within the terms of Subsection (1)(a) or Subsection (3)(a) of this Section, other than an offense for which absolute liability has been imposed, it shall be a defense if the defendant proves by a preponderance of evidence that the high managerial agent having supervisory responsibility over the subject matter of the offense employed due diligence to prevent its commission. This paragraph shall not apply if it is plainly inconsistent with the legislative purpose in defining the particular offense.</p> | <p>5) En el proceso en contra de una corporación o de una asociación sin personalidad jurídica por la comisión de una ofensa incluida en los términos de la sub-sección (1)(a) o la sub-sección (3)(a) de esta sección, que no sea por una ofensa por la cual se haya impuesto responsabilidad absoluta –objetiva- corresponderá al demandado probar a través de evidencia preponderante que el gerente general que tenía responsabilidad de supervisión sobre el asunto objeto de la ofensa empleó debida diligencia para prevenir su comisión. Este párrafo no se aplicara si es francamente inconsistente con el propósito legislativo que se ha definido en la ofensa particular.</p> |
| <p>(6) (a) A person is legally accountable for any conduct he performs or causes to be performed in the name of the corporation or an unincorporated association or in its behalf to the same extent as if it were performed in his own name or behalf.</p> <p>(b) Whenever a duty to act is imposed by law upon a corporation or an unincorporated association, any agent of the corporation or association having</p> | <p>(6) (a) Una persona es legalmente responsable por cualquier conducta que realice o cause sea realizada en el nombre de la corporación o de una asociación sin personalidad jurídica o en su beneficio con las mismas extensiones que si hubiere sido realizada por sí mismo a su beneficio.</p> <p>(b) Cualquier deber de acción que se imponga por ley sobre una corporación o</p> |

| | |
|--|---|
| <p>primary responsibility for the discharge of the duty is legally accountable for a reckless omission to perform the required act to the same extent as if the duty were imposed by law directly upon himself.</p> <p>(c) When a person is convicted of an offense by reason of his legal accountability for the conduct of a corporation or an un-incorporated association, he is subject to the sentence authorized by law when a natural person is convicted of an offense of the grade and the degree involved.</p> | <p>una asociación sin personalidad jurídica, cualquier agente de la corporación o asociación que tenga responsabilidades primarias para el descargo de dicho deber es legalmente responsable por una omisión descuidada en la realización del acto requerido en la misma extensión que existiría si el deber hubiese sido impuesto por la ley sobre el mismo directamente.</p> <p>(c) Cuando una persona es condenada por una ofensa en razón de su responsabilidad legal por la conducta de una corporación o asociación sin personalidad jurídica, él está sujeto a la sentencia autorizada por la ley cuando una persona natural es condenada por una ofensa de tipo y grado como las concernientes.</p> |
|--|---|

b) Comentarios sobre el “Model Penal Code”:

Para entender la dinámica que encierran las reglas del Código Penal Modelo, y establecer a qué sistema de imputación permanecen, debemos prestar atención a los criterios de los que organizan dicho texto legal.

Las reglas se basan en tres características o rasgos distintivos:

- Distingue si el hecho que tipifica reviste caracteres de delito se trata de una acción o bien, una omisión

- Distingue respecto del sujeto que la realiza, poniendo énfasis en su jerarquía para determinar si se trata de un hecho objetivo sin significado, o bien un evento que representa la “política” o la “idiosincrasia” corporativa.
- Por último distingue entre crímenes propiamente tales¹⁵⁹ (de carácter más grave) o si se trata de ofensas regulatorias (más leves en cuanto a responsabilidad).

Es decir que, para saber la orientación de la norma debemos prestar atención a la calificación jurídica que se otorga al hecho en cuestión, al sujeto que lo realiza, y a si se trata de un hecho positivo (acción) o bien uno negativo (omisión).

Habiendo desarrollado los caracteres generales relacionados con el correcto entendimiento del *Model Penal Code*, se hará a continuación una breve revisión de sus tres primeros apartados: Sub-secciones número (1) (a), (1) (b), (1) (c) y (2). Se excluye la sub- sección número (3) ya que contiene las mismas normas sustantivas del apartado (1), con la única diferencia que cambia el sujeto: ya no se trata de personas jurídicas legalmente constituidas, sino que se extiende el alcance de la norma hasta las organizaciones de hecho, sin personalidad jurídica.

- **Sub-Sección (1)(a):** El supuesto de hecho alude aquellas ofensas regulatorias (es decir, aquellas no contenidas en el Código Penal) Se puede identificar el contenido de esta norma con la doctrina “*Respondeat Superior*”. Se trata de una forma de imputación de responsabilidad que adopta las características del sistema objetivo, en el sentido de establecer que el empleador de un sujeto que comete un crimen o delito,

¹⁵⁹ Según *BRICKEY F. Kathleen*, profesora de la Universidad de Washington, debe entenderse por “crímenes reales”, aquellas conductas típicas anti jurídicas contenidas en el Código Penal Norteamericano. *Rethinking Corporate Liability Under The Model Penal Code*. En: *Rutgers Law Journal* [Vol. 19:593] Pág. 593. [En Línea] En: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/rutlj19&div=33&id=&page=>, visitado el día 01 de Septiembre de 2011.

debe hacerse responsable por él¹⁶⁰, siempre y cuando sus acciones se enmarquen dentro del ámbito de sus funciones laborales. Respecto de esta sub-sección podemos concluir que contiene un modelo de imputación objetivo, ya que probando la participación del dependiente se puede dirigir la acción contra el “empleador” (en sentido genérico). Sin embargo, esta norma tiene un alcance potencial limitado, dado que el “empleador” puede exonerarse de la responsabilidad probando la debida diligencia o “*due diligence*”. Esta oportunidad de liberarse de la responsabilidad es estrecha, dado que sólo existe una posibilidad de demostrar debida diligencia: probando fehacientemente que el alto directivo a cargo realizó completa y oportunamente su deber de fiscalización. Además, es importante agregar que esta posibilidad de defensa se elimina si, la ley (en el mundo jurídico anglosajón se denominan “Acts”) que tipifica la ofensa regulatoria establece responsabilidad estricta, o bien si la defensa es abiertamente inconsistente con el propósito legislativo. En síntesis, si bien existe una pequeña posibilidad de exonerarse de la responsabilidad, los requisitos para que esto ocurra son tan demandantes que, en la práctica esta sub-sección contiene un sistema eminentemente objetivo.

- **Sub-Sección (1) (b):** Esta norma regula una situación de hecho en que exista un omisión de un deber legal, es decir aquel que encuentra su fuente en un mandato de la ley. El problema principal para analizar debidamente esta norma, es que ella omite indicar qué tipo de sujeto se requiere para qué la responsabilidad de la omisión se proyecte hasta la persona jurídica del caso puntual. Dicho tema ha sido debatido desde la época de redacción del *Model Penal Code*, sugiriéndose interpretar dicho pasaje oscuro mediante la norma 2.07 (6) (b) del mismo cuerpo legal, sin embargo no se ha llegado a una conclusión pacífica ni uniforme. En razón esta falta de información es que en este apartado no puede determinarse si se trata de la consagración de un modelo estricto de responsabilidad, o bien, de uno de culpabilidad de la empresa.

¹⁶⁰ En el derecho nacional, encontramos normas formuladas en términos muy similares, las cuales también cabría catalogarlas como parte de la doctrina “Respondeat Superior”: Código Civil, Arts. 2320 inc. 4 y 2322.

- **Sub-Sección (1) (c):** En comparación con las otras dos sub-secciones analizadas, ésta es ampliamente considerada la más restrictiva¹⁶¹. La situación de hecho base discurre sobre el supuesto de que el acto ilegal es considerado un crimen “real” (esto es, aquellos incluidos en el Código Penal, y por lo tanto, de mayor gravedad que las ofensas) y requiere imprescindiblemente que un sujeto con carácter gerencial o administrativo dentro de la empresa, haya sido “*autorizada, solicitada, ordenada, realizada o imprudentemente tolerada, por la junta de directores o por un alto agente directivo actuando a favor de la persona jurídica dentro del ejercicio de sus funciones*”¹⁶². En otras palabras podemos decir que esta norma requiere indudablemente de un gesto de aquiescencia mínimo de un sujeto de la persona jurídica, que cumpla con ciertos requisitos, a saber: que desempeñe un cargo tal que permita concluir que su acuerdo o autorización refleja de algún modo la política corporativa imperante. Así, se debe probar un elemento subjetivo compuesto de una actitud, gesto o símbolo de autorización (que puede ser tácita, según se desprende de “*imprudentemente tolerada*”). Sin embargo, el nivel de exigencia en este caso también es menor, dado que, aun cuando se deba probar este elemento subjetivo al que se hace referencia, su materialización es bastante amplia considerando que el rango de aprobación exigido va desde que el hecho ilícito sea solicitado por el *high managerial agent* hasta que sea negligentemente tolerado. Aun cuando a primera vista creemos estar frente a un modelo de culpabilidad de la empresa, en realidad nos volvemos a encontrar con un sistema que aunque no es estricto *per se* reviste características no menores de un sistema de transferencia de la responsabilidad.

- **Sub-Sección (2):** Este párrafo alude a las leyes que tipifican la responsabilidad estricta respecto de ciertos delitos. El objetivo de esta sub-sección es que, en caso que

¹⁶¹ Según BRICKEY, Kathleen F: “(...) *The third rule of liability is by far the most restrictive. Under subsection (1)(c), a corporation will incur liability for true crimens –that is, for an offense defined in the Penal Code- only if the conduct constituting the offense is authorized, commanded, solicited, performed or recklessly tolerated by the board of directores or a “high managerial agent (...).”* Ob. Cit. Pág. 598.

¹⁶² *Model Penal Code, Section 2.07, Sub-Section (1) (c)*. Traducción no oficial.

exista oscuridad o vaguedad respecto de una tipificación específica, debe preferirse aquella interpretación que abogue por el modelo estricto de responsabilidad. Es decir que si cabe al juez (o jurado) decidir qué modelo de imputación elegir, en función de esta norma siempre deberá privilegiarse el modelo objetivo de responsabilidad (o de transferencia de la misma). En aquellos casos que deba existir prueba del elemento subjetivo, dicha exigencia aparecerá de manifiesto y nunca por interpretación de quien lee y/o pone en aplicación la ley.

En síntesis, podría concluirse que el *Model Penal Code* contiene una marcada tendencia hacia el modelo objetivo o vicarial de la responsabilidad penal empresarial, dado que si no lo contempla expresamente, resuelve los problemas de interpretación estableciendo preferencia absoluta por este modelo. A este punto podría decirse que no se requiere mayor estudio de las normas de imputación de este sistema anglosajón, pues ya tenemos la respuesta. Sin embargo, en doctrina el modelo estadounidense es calificado como un **sistema mixto**. Claramente, su calidad de mixto no emana del texto positivo del *Model Penal Code*, entonces ¿dónde podemos encontrar la respuesta?

Al inicio de este apartado se dijo que el *Model Penal Code* constituía sólo uno de los dos elementos a considerar antes de decidir el sistema de imputación de los Estados Unidos. A continuación pasaremos al segundo instrumento, denominado las “*Guidelines*” que terminan de perfilar el modelo de imputación vigente. Considerando que el texto positivo de las *Guidelines* tiene por objetivo único otorgar directrices a los jueces al momento de medir la cuantía de la pena, prescindiremos de su contenido literal para guiarnos de manera abstracta por su función.

c) **Sentencing Guidelines for Organizational Offenders:**

Previo a analizar su relación con el modelo de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Estados Unidos, se hará un breve sumario sobre su creación y objetivos.

Las *Guidelines* se establecieron en el año 1991 (29 años después del *Model Penal Code*), por razones de política criminal, entre ellas las siguientes¹⁶³:

a. En razón de la organización política de Estados Unidos, las sentencias en esta materia adolecían de una disparidad destacada que comenzó a mermar el sistema de responsabilidad empresarial. (Lo mismo sucedió en todas aquellas materias que dicen relación con personas naturales, pero sus “*Guidelines*” fueron establecidas con mucha anterioridad, en el año 1984).

b. En lo que sí existía uniformidad, era en la sensación de poca rigurosidad en relación a las personas jurídicas al momento de establecer la cuantía de la sanción. Corría una opinión dominante pregonando que las sanciones eran demasiado suaves, razón por la cual se decidió nivelar dicha situación, endureciendo la generalidad de las penas.

En síntesis, los objetivos de las mencionadas *Guidelines* son emparejar el sistema de condenas a lo largo de todos los estados de la federación, y al mismo tiempo crear conciencia sobre la gravedad de la comisión de delitos y/o simples crímenes por parte de un ente moral. A pesar de parecer sencillo, su complejidad es altísima y su ciencia, muy profunda. Al respecto se ha dicho¹⁶⁴: “Tras esta modesta fachada se esconde, sin embargo, un monumental edificio de política legislativa, dotado de una refinada estrategia política criminal, que además ha alterado notablemente, hasta hacerlos irreconocibles, según algunos, los fundamentos de la “vicarious liability” que toma como punto de partida”. Lo anterior, se concreta estableciendo un sistema de atenuantes y agravantes, que a medida que concurren en la situación de hecho alteran la cuantía de la pena interpuesta. En ese sentido, las *Guidelines* constituyen una oportunidad para la persona jurídica de disminuir su responsabilidad, demostrando la debida diligencia y deber de súper-vigilancia.

¹⁶³ NIETO M., Adán. Ob. Cit. Pág.180.

¹⁶⁴ NIETO M., Adán. Ob. Cit. Pág.180.

Ahora, se revisará el texto de las *Guidelines*, para luego hacer unas breves precisiones a su respecto¹⁶⁵:

| Factores a tomar en cuenta a la hora de dictar una sentencia contra una organización | Factores organizativos a tomar en cuenta a la hora de dictar una sentencia contra una organización |
|---|--|
| 1. La organización tiene que haber establecido estándares y procedimientos de cumplimiento con el Derecho, que razonablemente sean capaces de reducir la posibilidad de que se realicen conductas delictivas, para que sean seguidos por sus empleados y otros agentes. | 1. El tamaño de la empresa se toma en cuenta a la hora de valorar la culpabilidad organizativa. |
| 2. Se debe haber atribuido a ciertos individuos situados en el personal de alta dirección de la organización una responsabilidad general para supervisar el cumplimiento con dichos estándares y procedimientos. | 2. Si por tradición o por costumbre resulta más probable que se produzca una desviación en una determinada empresa, sector empresarial o mercado en particular, entonces la organización tiene mayor culpabilidad si omitió adoptar y ejecutar ciertas políticas para prevenir que dicha desviación ocurriera. |
| 3. La organización tiene que haber ejercitado el deber de cuidado para no | 3. El historial delictivo de una organización influirá en la valoración de |

¹⁶⁵ Texto positivo de las *Sentencing Guidelines for Criminal Offenders*, citado por GÓMEZ-JARA D., Carlos en “La responsabilidad penal de las empresas en los EE.UU”. Editorial Universitario Ramón Areces, España, 2006. Pág. 73 y ss.

| | |
|---|---|
| <p>delegar una sustancial autoridad discrecional a aquellos individuos de los que la organización conocía, o debía conocer a través del ejercicio de la diligencia debida, que eran propensos a verse involucrados en actividades ilegales.</p> | <p>su culpabilidad organizativa.</p> |
| <p>4. La organización tiene que haber tomado medidas para comunicar eficazmente sus estándares y procedimientos a sus empleados y otros agentes.</p> | <p>4. Los programas de cumplimiento que sean efectivos disminuirán la culpabilidad organizativa.</p> |
| <p>5. La organización tiene que haber tomado medidas razonables para conseguir que se cumplan sus estándares, por ejemplo, mediante la utilización razonable de sistemas de control y auditoría.</p> | <p>5. La obstrucción a la justicia o su impedimento por parte de la organización aumentará la culpabilidad organizativa.</p> |
| <p>6. Los estándares tienen que haber sido implementados continuamente a través de mecanismos disciplinarios apropiados que incluyeran medidas disciplinarias contra los individuos responsables de no haber detectado la conducta delictiva.</p> | <p>6. La cooperación organizativa, la admisión de la culpabilidad, y la aceptación de la responsabilidad disminuyen la culpabilidad organizativa.</p> |
| <p>7. Tras la detección de una conducta delictiva, la organización tiene que haber tomado todas las medidas razonables</p> | <p>7. Las pequeñas o medianas empresas pueden ser los <i>alter egos</i> de su <i>management</i>.</p> |

| | |
|---|--|
| <p>posibles para responder adecuadamente a la conducta delictiva y prevenir posteriores conductas similares, incluyendo las modificaciones necesarias de su programa para prevenir y detectar las infracciones del Derecho.</p> | |
|---|--|

Del texto expositivo expuesto, la doctrina¹⁶⁶ ha concluido que el sistema de las *Guidelines* descansa en un mecanismo que ha sido denominado “*Carrot and stick*” (zanahorias y palos). NIETO MARTÍN establece que dicho sistema funciona de la siguiente manera: “mitigar la sanción cuando la empresa colabora en la prevención y en el esclarecimiento del delito y aumentarla en caso contrario (...) En las directrices concernientes a las personas jurídicas prima la motivación a la autorregulación”¹⁶⁷.

La lógica que discurre a lo largo de éstas directrices tiene por objetivo incentivar a que cada persona jurídica se haga responsable de los delitos que puedan ser cometidos a su alero, tanto de manera preventiva como posterior a la comisión del hecho ilícito. Esto se probará través de sistemas de *compliance* creados por los mismos entes morales, lo que permitirá determinar el nivel de culpabilidad de la empresa y la gravedad de infracción¹⁶⁸, al mismo tiempo que se determinará la sanción aplicable.

En cuanto a los tipos de sanciones que contemplan las *Guidelines*, pueden distinguirse tres¹⁶⁹: resarcimiento del daño causado por la infracción, imposición de la supervisión judicial, y por último las multas pecuniarias.

¹⁶⁶ GÓMEZ-JARA D., Carlos, ob. cit. Pág. 70, y NIETO MARTÍN, A., ob.cit. Pág. 181.

¹⁶⁷ NIETO MARTÍN, A., ob.cit. Pág. 181 y 183.

¹⁶⁸ GÓMEZ-JARA D., Carlos, ob. cit. Pág. 72.

¹⁶⁹ GÓMEZ-JARA D., Carlos, ob. cit. Pág. 70 y 71.

Es importante añadir que, a pesar de no ser un sistema de imputación, las *Guidelines* son fundamentales cuando hablamos de dichos modelos puesto que contienen en sí referencias esenciales a la culpabilidad de la empresa, puesto que dicha culpabilidad se mide a través de la aplicación de las mencionadas directrices¹⁷⁰.

1.3.6.2 Modelo de atribución de responsabilidad utilizado.

En función a todo lo visto en los apartados siguientes podemos hacer una reseña del modelo de imputación utilizado.

Para gran parte de la doctrina, entre ellos NIETO MARTÍN, el modelo de imputación imperante en Estados Unidos es el modelo mixto. Lo anterior se funda, en como ya debe haberse vislumbrado, por la combinación que existe entre el *Model Penal Code* y las *Guidelines*. Por una parte, el *Model Penal Code* parte de una base vicarial, en que existe identificación del agente que cometió el hecho que reviste características de delito, y es él quien transfiere la responsabilidad a la persona jurídica. Una vez determinada la existencia de la responsabilidad, entran a operar las directrices para determinar la cuantía de los daños y la pena, lugar donde se abre la posibilidad al ente moral de justificarse y probar su diligencia, alterando así lo determinado previamente sólo en razón al monto a pagar.

Es nuestra opinión que el sistema de imputación *per se* del ordenamiento jurídico norteamericano reviste más características de vicarial que de mixto. Si volvemos a las bases del problema, es inevitable establecer que el modelo de imputación es aquel sistema que reúne los requisitos para determinar si una persona jurídica es o no responsable de un hecho particular. En este marco legal, dichas características dicen relación estrictamente con el modelo de transferencia de la responsabilidad, y no con el de culpabilidad de la empresa como se nos quiere proponer. Si bien es cierto que existe una oportunidad posterior para demostrar la diligencia de la empresa (o bien, la falta de ésta), dicha ocasión viene a tomar lugar una vez que la responsabilidad de la empresa se encuentra determinada, por lo tanto lo consideramos una circunstancia

¹⁷⁰ NIETO MARTÍN, A., ob.cit. Pág. 184.

anexa que, aunque influye en el resultado final no tiene nada que ver con el modelo de imputación utilizado para decidir la extensión de la responsabilidad del ente moral.

1.3.6.3 Implicancias prácticas: Jurisprudencia.

a. **New York Central & Hudson River Railroad Co. v. U.S**¹⁷¹

Este caso fue resuelto en última instancia ante la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el año 1909. Su importancia se radica en los siguientes aspectos:

a. Es el primer caso registrado en la historia de la jurisprudencia estadounidense en el que se condena no sólo a las personas naturales que participaron de los hechos ilícitos, sino también a la compañía (ente moral) para la cual dichas personas trabajaban.

b. En segundo lugar, pero no menos importante, el presente caso destaca por el sistema de imputación utilizado para vincular a la persona jurídica y eventualmente establecer la responsabilidad penal de la misma: la Corte Suprema se valió del modelo objetivo o vicarial, criticado en la doctrina tanto estadounidense como comparada por ir en contra de los objetivos primarios de la política criminal.

Los hechos concretos que dieron lugar a este veredicto, dicen relación con la alteración fraudulenta de tarifas para ferrocarriles realizada por personal de la empresa **New York Central and Hudson River Railroad Co.**, a fin de favorecer a una empresa refinera de Azúcar de Detroit: Se les cobraba menos del precio acordado y publicado por concepto de transporte, (5 centavos menos por cada 100 libras de azúcar transportada) desde Nueva York hacia Detroit, pagando así bonificaciones a la American Sugar Refining Company, y evadiendo impuestos.

El delito objeto de la acusación y posterior condena, se encuentra tipificado en la *Elkins Act*, una ley federal que otorga poder a la comisión de comercio interestatal a imponer

¹⁷¹New York Central & Hudson River Railroad Co. v. U.S. [212 U.S. 481](http://supreme.justia.com/us/212/481/).(1909) [En Línea] En: <http://supreme.justia.com/us/212/481/>. visitado el día 5 de Septiembre de 2011.

altas multas a aquellas empresas de ferrocarriles que ofrecieran bonificaciones, así como a quienes accedieran a ellas.

La decisión tomada en este caso en particular ha sido duramente criticada, y es por ello, que más de un siglo después es comentada nivel nacional. Existe una posición dominante a nivel de doctrina que estima que el fallo en comento ha sido mal interpretado, y que carece de fundamento y eficacia para ser aplicado de manera general. Para fundamentar esto, se ha dicho lo siguiente¹⁷²: “(...) Para la mayoría de las empresas, una acusación criminal es equivalente a una “pena de muerte corporativa”, por lo que este sistema pone en manos del gobierno un poder desproporcionado (...) A mayor abundancia se puede decir que, a diferencia de otras leyes penales que se encuentran incluidas en estatutos aprobados por el Congreso, la doctrina es una creación judicial que se basa en una lectura incorrecta de un dictamen de la Corte Suprema del año 1909 (...)” . La lectura errónea a la que se hace referencia, consiste en que cada conjunto de jueces (denominados *circuits*) ha asumido –sea expresa o tácitamente- que la responsabilidad vicaria es requisito **esencial** en todos los casos de conducta “desviada” de los empleados o agentes de una persona jurídica.

En síntesis, el fallo de *New York Central* establece los siguientes requisitos copulativos para determinar la existencia de la responsabilidad de la persona jurídica:

1. La acción haya sido efectuada por uno de sus “agentes”
2. Que dicho agente haya cometido un crimen
3. Que el crimen se enmarque dentro de sus funciones

¹⁷² WEISMANN, Andrew; ZIEGLER, Richard; McLOUGHLIN, Luke; McFADDEN, Joseph. Released by the U.S. Chamber Institute for Legal Reform. Reforming Corporate Criminal Liability to Promote Responsible Corporate Behavior. Octubre, 2008. Pág. 1-22 [En Línea] En: www.instituteforlegalreform.com/get_ilr_doc.php?id=1218, visitado el día 01 de Septiembre de 2011.

4. Que exista un interés de beneficiar a la compañía. Al respecto se ha dicho que: “No es necesario que el trabajador este principalmente interesado en beneficiar a la empresa, porque se entiende que el trabajador va a estar interesado en primer lugar, en su **propio** beneficio”¹⁷³

La atribución de responsabilidad penal a las corporaciones, bajo los presupuestos anteriores, obedece también a criterios de política pública. Es así como se explica, a propósito del fallo en comento: *“It is true that there are some crimes which, in their nature, cannot be committed by corporations. But there is a large class of offenses, of which rebating under the Federal statutes is one, wherein the crime consists in purposely doing the things prohibited by statute. In that class of crimes we see no good reason why corporations may not be held responsible for and [212 U.S. 481, 495] charged with the knowledge and purposes of their agents, acting within the authority conferred upon them. If it were not so, many offenses might go unpunished and acts be committed in violation of law where, as in the present case, the statute requires all persons, corporate or private, to refrain from certain practices, forbidden in the interest of public policy”*¹⁷⁴.

b. United States of America (Appellee) v. IONIA MANAGEMENT S.A., (Defendant-Appellant)¹⁷⁵:

El demandado y apelante, *Ionia Management S.A.* (en adelante simplemente “Ionia”), apela en contra del veredicto del jurado que lo condena por violar el acta de prevención

¹⁷³ Presentación de la Cámara de Comercio de Santiago, año 2010. [En Línea] En: http://www.ccs.cl/html/eventos/2010/doc/0615_presentacion_rppj_ccs.pdf. visitado el día 7 de Julio de 2011.

¹⁷⁴ New York Central & Hudson River Railroad Co. v. U.S. [212 U.S. 481](http://supreme.justia.com/us/212/481/).(1909) [En Línea] En: <http://supreme.justia.com/us/212/481/>. visitado el día 5 de Septiembre de 2011.

¹⁷⁵ United States of America (Appellee) v. IONIA MANAGEMENT S.A. 07-5801-cr, 08-1387-cr. (2009) [En Línea] En: <http://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1311708.html> visitado el día 5 de Julio de 2011.

de contaminación de los barcos (cuya sigla es *APPS*), por no mantener un libro de registro de aceites mientras se encontraba en aguas estadounidenses.

Bajo la dirección y participación del jefe de ingenieros y el ingeniero segundo, el equipo de Ionia, en bases regulares descargaba desechos oleosos en el agua, a través de una “manguera mágica” diseñada para funcionar como *bypass* al equipo separador de agua, el que habría limpiado los desechos para así prepararlos según las exigencias de la ley. Aún más, se hicieron entradas ficticias para esconder dichas descargas y así obstruir la investigación federal. El gobierno presentó 4 acusaciones en los distritos de Connecticut, New York del Este, Florida del Sur y el de las *Virgins Islands*. En razón de los hechos se acusó a Ionia de conspiración, 13 faltas al *APPS*, 3 acusaciones por falsificar documentos en una investigación federal y uno por obstrucción a la justicia.

Después del juicio, el jurado dio su veredicto manifestando creer que Ionia era culpable de todos los cargos. En razón de esto, Ionia apeló fundamentando que las indicaciones dadas al jurado respecto a la responsabilidad penal - vicarial de las personas jurídicas se encontraba errada y enmendó constructivamente la acusación, y al mismo tiempo que la evidencia era insuficiente para establecer responsabilidad superior basándose en el principio de “*respondeat superior*”.

En relación al sistema de imputación (esto es la doctrina *respondeat superior*), la Corte de Apelaciones manifestó que el alegato de Ionia basado en la falta de pruebas para establecer dicha responsabilidad carecía de mérito. La Corte revisó la suficiencia de la evidencia afirmando que: “después de revisar la evidencia a la luz de la postura más favorable al acusado, se cree que cualquier sujeto medianamente racional podrá encontrar los elementos esenciales del crimen, más allá de cualquier duda razonable”¹⁷⁶. Los registros demuestran que existe amplia evidencia para que el jurado hallara razonable que el equipo se encontraba actuando dentro de sus funciones, con

¹⁷⁶ Jackson v. Virginia, 443 U.S. 307, 319, 99 S.Ct. 2781, 61 L.Ed.2d 560 (1979). Precedente citado al que se hace referencia en el fallo de United States of America (Appellee) v. IONIA MANAGEMENT S.A. 07-5801-cr, 08-1387-cr. (2009) [En Línea] En: <http://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1311708.html> visitado el día 5 de Julio de 2011.

la autoridad correspondiente. El jurado podía incluso, inferir por el testimonio del experto sobre la mantención y costo involucrado en el uso del separador de aguas, que el equipo uso la manguera “mágica” como *bypass* para beneficiar y consecuentemente proteger a la compañía de la cual dependían (Ionia). Además de todo lo anterior, Ionia hizo descargos de carácter procesal que exceden nuestra materia de interés.

Al respecto se concluyó: “Hemos considerado cuidadosamente los reclamos de Ionia, y creemos que éstos carecen de mérito. En razón de lo anterior, se confirma la sentencia y el veredicto de la Corte del Distrito”.¹⁷⁷

1.3.7 AUSTRALIA:

1.3.7.1 Legislación vigente.

La organización política de Australia discurre sobre un esquema federal¹⁷⁸, dentro del cual se permite legislar sólo sobre ciertas materias a nivel nacional, dejando fuera las materias que dicen relación con el derecho penal. Por lo tanto, el derecho penal varía a lo largo de Australia según varíen las jurisdicciones que ahí conviven.

A pesar de lo anterior, existe un Código Criminal Australiano que, aunque no goza de fuera vinculatoria en todas las jurisdicciones, posee las reglas generales sobre responsabilidad penal corporativa¹⁷⁹. El interés en estudiar esta legislación en particular, recae sobre el hecho que logra sortear con absoluta destreza las críticas que

¹⁷⁷ United States of America (Appellee) v. IONIA MANAGEMENT S.A. 07-5801-cr, 08-1387-cr. (2009) [En Línea] En: <http://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1311708.html> visitado el día 5 de Julio de 2011.

¹⁷⁸ DONALDSON, Megan & WATTERS, Rupert, for “Allens Arthur Robinson”. *Corporate Culture, as a basis for the criminal liability of corporations*. Australia, Febrero 2008. Pág.10. [En línea] extraído de: <http://198.170.85.29/Allens-Arthur-Robinson-Corporate-Culture-paper-for-Ruggie-Feb-2008.pdf>, visitado el día 9 de Septiembre de 2011.

¹⁷⁹ DONALDSON, Megan y WATTERS, Rupert, Ob. Cit. Pág. 11.

se dirigen a todos los tipos de modelos de imputación, llevando su criterio de distinción a otro punto: no a la persona que participa del delito, sino al delito mismo y a distinguir si este se trata de un tipo culposo, o bien, doloso.

Previo al análisis del texto legislativo, es oportuno aclarar que la materia de nuestro interés fue objeto de una reforma que entró en vigor en el año 2001¹⁸⁰. Antes de dicha reforma, el modelo de imputación escogido era –al igual Inglaterra- la teoría de la identificación. El código actual, como se menciono previamente, no goza de imperio a lo largo de toda la federación, y es por eso que se vuelve imprescindible reconocer su ámbito funcional.

El sistema legal australiano comenzó a reformularse concretamente a partir del año 1990, y es en este marco contextual, que se da la creación de un estatuto específico de regulación de responsabilidad penal para las personas jurídicas, manifestándose en la Sección 12 del *Criminal Code Act*. Este estatuto, hoy objeto de nuestro estudio, comienza a erigirse el año 2005 dentro del y será él quien determinará el ámbito de su competencia. En diciembre del año 2001, se determinó que la sección 12 podría aplicarse a todas aquellas violaciones contenidas en el mencionado *code*.

Sin embargo, su ámbito de aplicación sigue siendo estrecho: *“su alcance es limitado, porque la mayor parte del derecho penal es Ley estatal, y el CCA en sí mismo sólo contiene una gama limitada de ofensas, por ejemplo, soborno de funcionarios extranjeros públicos, ofensas contra personal de Naciones Unidas, actividades internacionales terroristas y contrabando de gente, y algunos estatutos federales son excluidos expresamente de la sección 12.3”*¹⁸¹

A continuación, revisaremos el texto literal del código penal australiano, para posteriormente rescatar comentarios doctrinarios a su respecto, y finalizar con revisión de jurisprudencia.

¹⁸⁰ DONALDSON, Megan y WATTERS, Rupert, Ob. Cit. Párrafo 3.2., Pág. 11.

¹⁸¹ DONALDSON, Megan & WATTERS, Rupert, Ob. Cit. Pp. 15.

1.3.7.1.1 Código Penal Australiano, Sección 12 (Relativa a la responsabilidad penal de las Personas Jurídicas)

| <p>Texto literal Código Penal Australiano, Sección 12¹⁸²</p> | <p>Traducción Código Penal Australiano Sección 12¹⁸³</p> |
|---|---|
| <p>Part 2.5—Corporate criminal responsibility</p> <p>Division 12</p> <p>12.1 General principles</p> <p>(1) This Code applies to bodies corporate in the same way as it applies to individuals. It so applies with such modifications as are set out in this Part, and with such other modifications as are made necessary by the fact that criminal liability is being imposed on bodies corporate rather than individuals.</p> | <p>Parte 2.5 – Responsabilidad penal de las personas jurídicas.</p> <p>División 12</p> <p>12.1 Principios generales</p> <p>(1) Este código de aplica a los cuerpos corporativos de la misma manera que se aplica a personas naturales. Así se aplica con las modificaciones que en esta parte de indican como necesarias por el hecho que la responsabilidad será impuesta en personas jurídicas y no individuos.</p> |
| <p>(2) A body corporate may be found guilty of any offence, including one punishable by imprisonment.</p> <p>Note: Section 4B of the <i>Crimes Act 1914</i> enables a fine to be imposed for offences that only specify imprisonment as a</p> | <p>(2) Un cuerpo corporativo puede ser declarado culpable por cualquier crimen, incluyendo uno sancionado con privación de libertad.</p> <p>Nota: Sección 4B del <i>Acta de Crímenes 1914</i> habilita la opción de imponer una multa a aquellas ofensas que sólo tienen</p> |

¹⁸² CRIMINAL CODE ACT. 1995. Sección 12. [En Línea] En: www.comlaw.gov.au/Details/C2011C00590 visitado el día 5 de Julio de 2011.

¹⁸³ Traducción no oficial.

| | |
|---|--|
| penalty. | como sanción la privación de libertad. |
| <p>12.2 Physical elements</p> <p>If a physical element of an offence is committed by an employee, agent or officer of a body corporate acting within the actual or apparent scope of his or her employment, or within his or her actual or apparent authority, the physical element must also be attributed to the body corporate.</p> | <p>12.2 Elementos Físicos</p> <p>Si los elementos físicos de una ofensa son realizados por un empleado, agente y oficial de un cuerpo corporativo actuando dentro del actual o aparente ámbito de sus funciones, o dentro de su autoridad aparente, el elemento físico también debe ser atribuido al cuerpo corporativo.</p> |
| <p>12.3 Fault elements other than negligence</p> <p>(1) If intention, knowledge or recklessness is a fault element in relation to a physical element of an offence, that fault element must be attributed to a body corporate that expressly, tacitly or impliedly authorized or permitted the commission of the offence.</p> | <p>12.3 Elementos por defectos, diferentes de la negligencia.</p> <p>(1) Si la intención, el conocimiento o la imprudencia son elementos por defecto en relación a un elemento físico de una ofensa, ese elemento por defecto debe ser atribuido a un cuerpo corporativo que expresamente, tácitamente o implícitamente autorizó o permitió la comisión de la ofensa.</p> |
| <p>(2) The means by which such an authorization or permission may be established include:</p> <p>(a) Proving that the body corporate's board of directors intentionally, knowingly or recklessly carried out the relevant conduct, or expressly, tacitly or impliedly</p> | <p>(2) Los medios por los cuales una autorización o permiso puede ser establecidos incluyen:</p> <p>(a) La prueba de que la junta de directores del cuerpo corporativo realizó la conducta relevante con intención, conocimiento o imprudencia, o que expresa, tácita o</p> |

| | |
|---|--|
| <p>authorized or permitted the commission of the offence; or</p> <p>(b) Proving that a high managerial agent of the body corporate intentionally, knowingly or recklessly engaged in the relevant conduct, or expressly, tacitly or impliedly authorized or permitted the commission of the offence; or</p> <p>(c) Proving that a corporate culture existed within the body corporate that directed, encouraged, tolerated or led to non-compliance with the relevant provision; or</p> <p>(d) Proving that the body corporate failed to create and maintain a corporate culture that required compliance with the relevant provision.</p> | <p>implícitamente autorizó o permitió la comisión de la ofensa; o</p> <p>(b) Probando que un alto dirigente conscientemente o por desconsideración realizó la conducta relevante o expresa, tácita o implícitamente la permitió y autorizó.</p> <p>(c) Probando que existe una cultura corporativa dentro de la corporación que ha dirigido, animado, tolerado o permitido el incumplimiento de la disposición infringida; o</p> <p>(d) Probando que la corporación no ha creado o mantenido una cultura corporativa con el fin de que se cumpla la disposición infringida.</p> |
| <p>(3) Paragraph (2)(b) does not apply if the body corporate proves that it exercised due diligence to prevent the conduct, or the authorization or permission.</p> | <p>(3) El párrafo (2) (b) no se aplica si el cuerpo corporativo prueba que ejerció la debida diligencia para prevenir la conducta, autorización o permiso.</p> |
| <p>(4) Factors relevant to the application of paragraph (2)(c) or (d) include:</p> <p>(a) whether authority to commit an offence of the same or a similar character had been given by a high managerial agent of the body corporate; and</p> <p>(b) Whether the employee, agent or officer</p> | <p>(4) Factores relevantes para la aplicación de los párrafos (2) (c) o (d) incluyen:</p> <p>(a) Cuando en la comisión de un delito de igual o similar carácter ha existido autorización por un alto directo de la entidad, y</p> <p>(b) Si el empleado, agente u oficial de la</p> |

| | |
|---|--|
| <p>of the body corporate who committed the offence believed on reasonable grounds, or entertained a reasonable expectation, that a high managerial agent of the body corporate would have authorized or permitted the commission of the offence.</p> | <p>corporación que ha cometido el delito cree con un fundamento razonable o tiene una expectativa razonable que un alto dirigente de la corporación hubiera autorizado o permitido la comisión del delito.</p> |
| <p>(5) If recklessness is not a fault element in relation to a physical element of an offence, subsection (2) does not enable the fault element to be proved by proving that the board of directors, or a high managerial agent, of the body corporate recklessly engaged in the conduct or recklessly authorized or permitted the commission of the offence.</p> | <p>(5) Si la imprudencia no es un elemento básico en relación al elemento físico de la ofensa, la sub-sección (2) no habilita que el elemento por defecto sea acreditado probando que la junta de directores, o un alto agente del cuerpo corporativo imprudentemente enganchó en la conducta o imprudentemente autorizó o permitió la comisión de la ofensa.</p> |
| <p>(6) In this section:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Board of directors means the body (by whatever name called) exercising the executive authority of the body corporate. - Corporate culture means an attitude, policy, rule, course of conduct or practice existing within the body corporate generally or in the part of the body corporate in which the relevant activities takes place. - High managerial agent means an employee, agent or officer of the body corporate with duties of such responsibility | <p>(6) En esta sección:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Junta de directores se refiere al órgano (sin importar el nombre que se le de) que ejerce la autoridad ejecutiva del cuerpo corporativo. - Cultura corporativa: Una actitud, política, tipo de conducta o práctica generalizada dentro de la corporación o en una parte de la misma en la que tienen lugar una actividad importante. - Alto agente se refiere a cualquier empleado, agente u oficial del cuerpo corporativo con deberes de tal |

| | |
|--|--|
| <p>that his or her conduct may fairly be assumed to represent the body corporate's policy.</p> | <p>responsabilidad que se deba asumir que representa la política corporativa de la persona jurídica.</p> |
| <p>12.4 Negligence</p> <p>(1) The test of negligence for a body corporate is that set out in section 5.5.</p> | <p>12.4 Negligencia</p> <p>(1) El nivel de negligencia para un cuerpo corporativo es el dispuesto en la sección 5.5.</p> |
| <p>(2) If:</p> <p>(a) Negligence is a fault element in relation to a physical element of an offence; and</p> <p>(b) No individual employee, agent or officer of the body corporate has that fault element; that fault element may exist on the part of the body corporate if the body corporate's conduct is negligent when viewed as a whole (that is, by aggregating the conduct of any number of its employees, agents or officers).</p> | <p>(2) Si:</p> <p>(a) La negligencia es un elemento básico en relación al elemento físico de una ofensa; y</p> <p>(b) No hay ningún empleado, agente u oficial del cuerpo corporativo que tenga el elemento básico, dicho elemento puede existir en la parte del cuerpo corporativo si la conducta de éste es negligente cuando se le entiende como un "todo" (esto es, sumando las conducta de todos y cada uno de los empleados, agentes u oficiales)</p> |
| <p>(3) Negligence may be evidenced by the fact that the prohibited conduct was substantially attributable to:</p> <p>(a) Inadequate corporate management, control or supervision of the conduct of one or more of its employees, agents or officers; or</p> | <p>(3) La negligencia puede ser probada por el hecho que la conducta prohibida es sustancialmente atribuible a:</p> <p>(a) Manejo corporativo, control o supervisión de conducta de uno o más empleados, agentes u oficiales, inadecuados; o</p> |

| | |
|---|--|
| <p>(b) Failure to provide adequate systems for conveying relevant information to relevant persons in the body corporate.</p> | <p>(b) Fracaso al proveer sistemas adecuados para transmitir información relevante a personas relevantes en el cuerpo corporativo.</p> |
| <p>12.5 Mistake of fact (strict liability)</p> <p>(1) A body corporate can only rely on section 9.2 (mistake of fact (strict liability) in respect of conduct that would, apart from this section, constitute an offence on its part if:</p> <p>(a) the employee, agent or officer of the body corporate who carried out the conduct was under a mistaken but reasonable belief about facts that, had they existed, would have meant that the conduct would not have constituted an offence; and</p> <p>(b) the body corporate proves that it exercised due diligence to prevent the conduct.</p> | <p>12.5 Erros de hecho (Responsabilidad estricta)</p> <p>(1) Un cuerpo corporativo puede valerse de la sección 9.2 (error de hecho (responsabilidad estricta) solamente respecto de la conducta que, a parte de esta sección, constituye una ofensa en su parte si:</p> <p>(a) El empleado, agente u oficial del cuerpo corporativo que realizo la conducta se encontraba bajo una falsa pero razonable creencia sobre los hechos que, de haber existido, habrían significado que la conducta no constituiría una ofensa, y</p> <p>(b) El cuerpo corporativo prueba que ejerció la debida diligencia para prevenir dicha conducta.</p> |
| <p>(2) A failure to exercise due diligence may be evidenced by the fact that the prohibited conduct was substantially attributable to:</p> <p>(a) inadequate corporate management, control or supervision of the conduct of</p> | <p>(2) El fracaso en el ejercicio de la debida diligencia puede ser probado por el hecho que la conducta prohibida es sustancialmente atribuible a:</p> <p>(a) Comportamiento gerencial inadecuado, control o supervisión de la conducta de</p> |

| | |
|---|---|
| <p>one or more of its employees, agents or officers; or</p> <p>(b) Failure to provide adequate systems for conveying relevant information to relevant persons in the body corporate.</p> | <p>uno o más empleados, agentes u oficiales; o</p> <p>(b) Fracaso al proveer un sistema adecuado para el tránsito de información relevante a personas relevantes dentro del cuerpo corporativo.</p> |
| <p>12.6 Intervening conduct or event</p> <p>A body corporate cannot rely on section 10.1 (intervening conduct or event) in respect of a physical element of an offence brought about by another person if the other person is an employee, agent or officer of the body corporate.</p> | <p>12.6 Intervención de conductas o eventos:</p> <p>Un cuerpo corporativo no puede recurrir a la sección número 10.1 (interviniendo una conducta o un evento) en relación al elemento físico de una ofensa recaída sobre otra persona si es que la otra persona es un empleado, agente u oficial del cuerpo corporativo.</p> |

1.3.7.2 Modelo de atribución de responsabilidad utilizado.

Antes de entrar en el modelo de imputación utilizado, es conveniente hacer ciertas aclaraciones, relacionadas con la traducción.

El elemento físico dice relación no exclusivamente con la acción o la omisión, sino con todo el tipo penal. Se refiere a la norma que regula todos los elementos objetivos del delito: acción, tipicidad y antijuricidad.

Por otro lado las alusiones al “*fault element*” dicen relación con el elemento subjetivo del tipo penal, es decir la intención o sentir interno de quien comete el delito, que en los sistemas continentales de derecho se traduce generalmente como dolo o culpa dependiendo de los requisitos exigidos por el tipo penal.

Habiendo realizado las aclaraciones anteriores, podemos enfocarnos en el sistema de imputación australiano.

Como se mencionó anteriormente, la tradición australiana derivaba de la corriente inglesa, y antes de su reforma se seguía la teoría de la identificación, ya revisada en el apartado sobre derecho inglés.

El cambio legislativo entró en funcionamiento el año 2001, y el modelo acogido esta vez fue el de “**culpabilidad de la empresa**”.

Sin embargo, y aún cuando pueda catalogarse al modelo australiano dentro de las clasificaciones abstractas realizadas por la doctrina, este sistema de imputación en particular posee características que lo hacen no sólo inconfundible¹⁸⁴ sino además lo erigen como guía para reformas en actual transcurso de otras legislaciones, sin distinguir si se trata de países con tradición anglosajona o bien, continental.

En primer lugar, según se vio en un comienzo, el modelo de culpabilidad de la empresa admite sub – clasificaciones que difieren entre sí, según donde se localice el incumplimiento de la empresa. El más típico de ellos, es el que ubica la culpabilidad de la empresa en un defecto de organización. Y es aquí donde el código en comento se distingue de sus contemporáneas proponiendo un nuevo criterio: la culpabilidad de la empresa, en el ordenamiento jurídico australiano, atiende a la cultura corporativa y no, como se acostumbra, a un defecto organizacional.

La creatividad legislativa anterior, no ha estado exenta de cuestionamientos ni críticas, porque a pesar de que el código define lo que debe entenderse por *cultura corporativa* (la sección 12.3 (6) la define como “una actitud, política, tipo de conducta o práctica generalizada dentro de la corporación o en una parte de la misma en la que tienen

¹⁸⁴ NIETO M., Adán. Ob. Cit. Pág.130. En nota al pie número 263 expresa: “Australia no es un ordenamiento usual en nuestras referencias de derecho comparado. Su inclusión en este punto no se debe a un alarde de erudición, sino a que en esta materia no hay otro remedio que tenerlo en cuenta. Como indica WELLS, *Corporations*, p.136: “*The Australian Criminal Code Act 1995 appears to provide the most detailed consideration of organizational liability of the common law jurisdictions*”.

lugar una actividad importante”) se han enfrentado dificultades al momento de ser llevados en práctica, especialmente al momento de probar la existencia o falta de esta, dentro del ámbito de una corporación. Si bien es cierto que las críticas formuladas tienen asidero, se ha estimado que la dirección que propone la legislación australiana es a todas luces la más avanzada y promete ser un modelo insigne a mirar para ordenamientos jurídicos más atrasados.

En este punto, es conveniente dirigir la atención a la real innovación del modelo australiano, que reside justamente en su modelo de imputación.

Para analizar dicho modelo, es necesario, en primer lugar, flexibilizar las concepciones previas que tenemos. Australia utiliza un mecanismo dinámico, que debe entenderse como un proceso compuesto por dos momentos, entre los cuales no convive el mismo modelo básico, pero que sin embargo, logran complementarse, dando como resultado un sistema de imputación más completo y avanzado que los hasta ahora vistos.

La primera clave del modelo en comento reside en distinguir el tipo de delito según su “*fault element*”, que como se explicó anteriormente, consiste en el elemento subjetivo del tipo penal, es decir: el dolo o la culpa, según corresponda.

El modelo de imputación variará según se trate de uno u otro *fault element*.

Como bien explica NIETO MARTÍN: “En el tipo doloso, más lastrado por el peso de la tradición vicarial, el agente no desaparece, pese a la interrupción de la culpabilidad de la empresa. Se trata de un sistema de imputación en dos fases. En la primera es necesario demostrar cómo el tipo penal –*physical element*– ha sido realizado por un agente de la organización, cualquiera sea su categoría, dentro de sus competencias. En la segunda, que constituye una suerte de teoría de la identificación en tránsito hacia una teoría de culpabilidad de la empresa, es preciso que este hecho haya sido expresa, tácita o implícitamente autorizado o permitido. Mas es aquí donde aparece la culpabilidad de empresa”¹⁸⁵.

¹⁸⁵ NIETO M., Adán. Ob. Cit. Pág. 131.

Analizando el texto legislativo, a la luz del análisis de Nieto Martín citado, podemos indicar que las sub-secciones (a) y (b) del *Criminal Code Act*, contienen elementos que tradicionalmente se han entendido como partes del sistema de transferencia de la responsabilidad, especialmente de la teoría de la identificación. No hay que olvidar que el ordenamiento jurídico se ve influido notoriamente por la tradición inglesa, ya que al ser colonia de la corona británica derivó naturalmente en un sistema de *Common Law*, cuyas raíces son por excelencia, inglesas. A mayor abundancia, se puede reafirmar lo dicho, al notar que tanto las sub-secciones (a) y (b) mencionan al “consejo de administración” y a los “altos dirigentes” como los sujetos capaces de vincular a la empresa con el ilícito.

Es válido preguntarse entonces, ¿por qué se considera que Australia adopta un modelo basado en la culpabilidad de la empresa, si posee en sus normas características tan propias de la teoría de la identificación? La respuesta a esta pregunta las encontramos en las sub-secciones (c) y (d): ambas agregan un requisito que configura la responsabilidad por culpabilidad de la empresa, por la causal de cultura corporativa deficiente, logrando así despersonalizar –anular al sujeto natural- el sistema de imputación. Dichas sub-secciones dicen:

“(c) Probando que existe una cultura corporativa dentro de la corporación que ha dirigido, animado, tolerado o permitido el incumplimiento de la disposición infringida,

(d) probando que la corporación no ha creado y mantenido una cultura corporativa con el fin de que se cumpla la disposición infringida”.

Las disposiciones citadas se ven limitadas por las acotaciones que a su respecto hace la sección 12.3. (4), la que intenta mediante ejemplos delimitar el alcance de la norma.

Además de las normas citadas, existen en el código australiano preceptos que dicen relación con la actitud o acciones negligentes por parte de una empresa y como éstas acarrear la respectiva responsabilidad (Sección 12.4).

A modo de conclusión respecto del modelo en comento, podemos destacar la creatividad legislativa que contiene el *Criminal Code Act*.

- a) Opta por hacerse cargo de la existencia de la realidad corporativa, asumiendo que hay un *Ethos Corporativo*, que se compone de más elementos que la sumatoria de las voluntades de todos sus individuos.
- b) Logra reunir en sus disposiciones positivas las doctrinas más modernas sobre comportamiento empresarial, reconociendo la complejidad estructural que las personas jurídicas poseen en la actualidad, y plateando un sistema bifásico que logra superar las críticas de cada sistema de manera individual llevando un modelo –el de culpabilidad de la empresa- a un desarrollo más completo y eficiente, sin salir de los fundamentos iniciales de la corriente.
- c) Aún cuando han existido dificultades al momento de aplicación, en su mayoría probatorias, se puede afirmar que es un modelo cuya estructura provee un camino seguro y amplio al desarrollo de la responsabilidad penal empresarial, y que su sólida base doctrinal permitirá el afianzamiento de esta nueva tendencia del derecho penal.

1.4 Cuadro comparativo entre los diferentes sistemas.

A continuación, acompañamos a modo de síntesis, un cuadro comparativo de los sistemas de derecho comparado comentados en los apartados anteriores.

| | Historia | Modelo de Imputación Vigente | Fundamento Jurídico |
|---------------|---|--|---|
| España | En Diciembre de 2010 se incorpora directamente la responsabilidad penal de las personas | Presentado como modelo Mixto, pero del análisis se desprende que corresponde a | Actualmente por medio de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de Junio de 2010, España incorpora directamente la responsabilidad penal de las persona jurídicas, uniéndose a |

| | | | |
|--|---|----------------------------|---|
| | <p>jurídicas, después de décadas de discusiones doctrinarias referente al tema. Anteriormente el Código penal de 1995 incluyó a través del artículo 129, las llamadas consecuencias accesorias que eran impuestas a las persona jurídicas en los casos previstos por el Código Penal, a su vez el artículo 31 regulaba la responsabilidad por el hecho de otro, al hacer responsable directo y solidario a la empresa por el hecho ilícito de los dependientes que actuaron en su nombre. Sin</p> | <p>un modelo Vicarial.</p> | <p>la tendencia mundial. Específicamente la ley orgánica modifica el Código Penal de 1995, insertando el nuevo artículo 31 bis que reconoce explícitamente a las personas jurídicas como sujetos imputables penalmente en los casos previstos por el Código Penal. Concretamente se exige que las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho, además serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las</p> |
|--|---|----------------------------|---|

| | | | |
|----------------|--|------------------|--|
| | <p>embargo estas normas no reconocían directamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas, es más, la persona jurídica no era reconocida como sujeto imputable penalmente, siendo tema de debate la verdadera naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias.</p> | | <p>concretas circunstancias del caso.</p> <p>Es del caso mencionar, que comprobándose la ocurrencia de un hecho ilícito en el contexto antes descrito, no es necesario identificar a la persona física responsable para exigir la responsabilidad que le cabe a la persona jurídica. Por lo demás las circunstancias atenuantes, se enmarcan dentro del comportamiento post delictivo que adopte la empresa.</p> |
| Austria | <p>A partir de la aprobación del segundo Protocolo para la Armonización de la Protección de los Intereses Financieros de las Comunidades Europeas de Julio</p> | Sistema Vicarial | <p>La atribución de responsabilidad penal de las persona jurídicas se consagra en el artículo 3 de la ley, de la cual se desprende la transferencia de responsabilidad del órgano a la persona jurídica a partir de los siguientes requisitos, el hecho debe ser cometido en</p> |

| | | | |
|----------------|--|--|---|
| | <p>de 1997, el estado austriaco se comprometió a dar curso a la obligación de introducir en su ordenamiento un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, cuestión que solo cumplió en Enero de 2006, cuando entró en vigor la ley de responsabilidad de las persona jurídicas por hechos delictivos.</p> | | <p>beneficio de la empresa, o bien, con el objetivo de lesionar deberes que le incumben a la agrupación, ambos presupuestos deben darse en alguna de las siguientes situaciones: por actuaciones culpable o dolosas de personas con capacidad de decisión o por actuación culpables o dolosas cometidas por empleados que no fueron correctamente supervisados por sus superiores, incurriendo en una infracción al deber de cuidado que tiene aquel con capacidad de decisión.</p> |
| Francia | <p>La Comisión de Reforma del Código Penal de 1974 discutió como tema central la incorporación de la</p> | <p>Modelo Vicarial. Llamado en la doctrina francesa responsabilidad por reflejo.</p> | <p>El Código Penal de 1994, reconoce expresamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de la lectura del artículo 121-2 del Código Penal Francés se desprenden dos requisitos copulativos para llegar a</p> |

| | | | |
|--|--|--|--|
| | <p>responsabilidad penal de las personas jurídicas dentro del ordenamiento jurídico penal francés, más tarde en el Anteproyecto de 1983 también se argumentó a favor de establecer una responsabilidad penal de las personas jurídicas, incluso haciéndola extensiva a aquellas que no gozaban de personalidad jurídica y las de derecho público, no siendo necesario un hecho vinculante. Finalmente, luego de años de discusión doctrinaria, fue</p> | | <p>responsabilizar penalmente a la persona jurídica:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. La infracción debe ser cometida por un órgano o representante de la persona moral. 2. La actuación del representante u órgano debe ser <i>por cuenta</i> de la persona moral. |
|--|--|--|--|

| | | | |
|---------------|---|---------------|---|
| | admitida en el Código Penal de 1992 que entró en vigor en Marzo de 1994. | | |
| Italia | País más reticente de la UE a superar el <i>societas delinquere non potest</i> dado que el art. 27 de la C° italiana contemplaba el carácter personal de la responsabilidad penal. El legislador Italiano, sin aceptar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, promulgó un serie de leyes en el marco económico y financiero tendientes a | Modelo Mixto. | El Decreto Legislativo N° 231 contiene en el artículo 5° el reconocimiento del ordenamiento jurídico penal Italiano a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, este reza: artículo 5 una compañía será responsable de los delitos cometidos en su interés o para su ventaja: a) por individuos representantes de la misma, directores o gerentes de la compañía o de una de sus unidades organizacionales que tenga autonomía financiera y funcional o por individuos que son responsables de dirigir o controlar la compañía, ya sea de hecho o de otra manera. b) Las personas sujetas a la dirección o supervisión de una persona mencionada en el párrafo a). |

| | | | |
|--|---|--|---|
| | <p>sancionar a las empresas con multas, produciéndose con ello un reconocimiento a las empresas como sujetos de sanciones impuestas por la autoridad administrativa.</p> <p>Esta realidad recién comienza a cambiar con el Decreto Legislativo N° 231 de 8 de Junio del 2001 en relación a la responsabilidad de las personas jurídicas, empresas y asociaciones, incluidas las no jurídicas, de conformidad con el artículo 11 de la Ley 29 de Septiembre de</p> | | <p>Asimismo el legislador Italiano consagra dos subsistemas que apuntan a diferenciar a aquellos que están en cargos de poder dentro de la empresa de aquellos que están siendo supervisados. Es así como a través de los artículo 6 y 7 se incorpora el elemento subjetivo, para la entidad será absolutamente necesario implementar un modelo de organización enfocado en la supervisión y prevención de posibles delitos, si quiere evitar la responsabilidad que le cabe respecto de los delitos cometidos por las personas físicas en cargos de poder, no ocurre lo mismo respecto de la responsabilidad derivada del actuar de las personas subordinadas, en donde el modelo de organización no es requisito indispensable para eximir de responsabilidad a la entidad.</p> |
|--|---|--|---|

| | | | |
|-------------------|---|--|--|
| | 2000, nº 300. Con ello se incorpora al ordenamiento jurídico un modelo de responsabilidad administrativo-penal. | | |
| Inglaterra | La responsabilidad penal de las personas jurídicas fue desarrollándose, principalmente a través de actividad jurisprudencial, a través del sustento de todos los sistemas pertenecientes al <i>Common Law</i> , los precedentes. El primer antecedente en el que consta que se acoge la responsabilidad penal de los entes morales, | Modelo de transferencia de la responsabilidad. En este ordenamiento en particular, el modelo de transferencia se encarna en la "teoría de la identificación". Corresponde además precisar dos leyes específicas: a) Corporate Manslaughter: Sistema de imputación prescindiente de la idea de | Al ser un país de perteneciente a la tradición del <i>Common Law</i> , no existe un cuerpo legal que reúna las reglas que regulan la atribución de responsabilidad penal a los entes jurídicos. Sin embargo, y a modo de resumen, podemos destacar que existen dos modelos de imputación vigentes: 1. El primero y principal, es aquel que se basa en la teoría de la identificación: una rama extremadamente inflexible de la corriente de la transferencia de la responsabilidad, en virtud de la cual, solo podrá extender la responsabilidad desde un agente natural a la persona jurídica de la cual depende, si comete el delito dentro del ámbito de sus |

| | | | |
|--|--|---|--|
| | <p>data de los años 1840. Desde ese entonces, fue construyéndose una corriente doctrinaria, fundamentada en una tendencia objetiva, específicamente consagrando el modelo de transferencia de la responsabilidad, denominado en este ordenamiento “teoría de la identificación”.</p> | <p>“transferencia” y de la identificación, para concentrarse en el defecto organizacional de la empresa.</p> <p>b) Bribery Act: Esta ley no anula la actividad de la persona, haciendo expresa referencia a ella (“persona asociada”), sin embargo integra un elemento de culpabilidad de la empresa, puesto que otorga la posibilidad de defensa a aquella institución que tenía un plan preventivo vigente.</p> | <p>funciones, con la intención de beneficiar a la empresa y es plenamente identificable. Como se vio anteriormente, este modelo es criticado puesto que la realidad de las sociedades de hoy en día es extremadamente compleja, lo que podría impedir que se identifique con total seguridad a la persona natural responsable, logrando así que el ente moral quede impune.</p> <p>2. De manera subsidiaria, dijimos también, que existe otro modelo de imputación creado respecto a un tipo penal específico: “<i>Corporate Maunslaughter</i>”. En el, se “prescinde” de la identificación exacta de la persona natural, siempre y cuando conste que se trata de un agente de la empresa, y que la comisión del hecho dañoso fue responsabilidad de dicho individuo.</p> <p>Es importante resaltar, que este último modelo es excepcional, por dos razones: la primera, es que solo entra a</p> |
|--|--|---|--|

| | | | |
|--------------|---|--|---|
| | | Acentúa la alternativa de incentivar a las organizaciones a la auto-fiscalización. | operar cuando la teoría de la identificación no da resultado alguno. En segundo lugar tiene un catalogo de delitos estrecho pues solo opera respecto de un tipo penal. |
| E.U.A | <p>El año 1909, se condena por primera vez a una persona jurídica en sede penal. El caso fue denominado “New York Central & Hudson River Railroad Co. v. U.S”</p> <p>A partir de la controversial decisión anterior, comienza a construirse a nivel de precedente, la teoría de imputación en sede penal a los entes morales. Dada la organización</p> | Mixto. | <p>De acuerdo a las normas contempladas en el MPC, el sistema de imputación elegido se enmarca dentro de la corriente del <i>“respondeat superior”</i>, que viene a resumir aquella tendencia que obliga a un tercero a hacerse responsable por el hecho ajeno. En esta primera instancia, el modelo posee en si características del de transferencia de la responsabilidad. Sin embargo, posteriormente se redactan las <i>“Guidelines”</i>. Éstas, cumplen el objetivo de regular la pena impuesta a la persona jurídica, basándose en un sistema de agravantes y atenuantes, adecuando la sanción según el comportamiento del ente moral.</p> <p>A pesar de que en doctrina, este sistema se califica como</p> |

| | | | |
|--|--|--|--|
| | <p>política de Estados Unidos, se llega a un momento en que los diferentes precedentes y criterios jurisprudenciales comienzan a causar estragos dentro del país. Así las cosas, nace el primer intento de unificación legislativa: el año 1962, se crea el <i>Model Penal Code</i>, compendio que a pesar de no ser vinculante en todos los estados, contiene normas abstractas que al menos sirven de directrices en todos ellos. Por último, el año 1991 se crean las</p> | | <p>mixto, puesto que permite alegar el debido cuidado por parte de la empresa, es nuestra opinión que se trata de un sistema en realidad objetivo, basado en la doctrina de “<i>respondeat superior</i>”, ya que las <i>guidelines</i>, si bien permiten justificarse y atenuar la pena, solo vienen a incidir una vez determinada la existencia de la responsabilidad, por lo tanto, en estricto rigor, no se trata de un elemento del sistema de imputación si no de un criterio de objetividad al momento de aplicación y determinación de la pena.</p> |
|--|--|--|--|

| | | | |
|------------------|--|---|--|
| | <p><i>Guidelines</i>, a fin de equiparar las penas por responsabilidad penal empresarial entre los diferentes estados. Su tendencia era a endurecer las penas. En ellos prima el fomento de la autorregulación.</p> | | |
| Australia | <p>El año 1995 se comenzó una reforma respecto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Australia, la que culminó con el <i>Criminal Code Act</i>, que entro a regir el año 2001. Previo a la reforma, el sistema implementado era</p> | <p>Sistema de culpabilidad de la empresa, por deficiente cultura corporativa.</p> | <p>En síntesis, lo más novedoso de este cuerpo legal ("<i>Criminal Code Act</i>"), es que pone su acento no sólo en el sistema de imputación respecto de la persona jurídica, sino que atiende además al tipo de responsabilidad penal de las personas jurídicas según los delitos que ésta cometa, dependiendo si son dolosos o culposos. Además de lo anterior, posee otra veta innovadora, ya que contempla un sistema de imputación bifásico, que parte de una base más objetiva, para luego</p> |

| | | | |
|--|---|--|---|
| | <p>muy similar al que posee hoy en día el ordenamiento jurídico inglés.</p> | | <p>trasladarse a una propia de la rama de “Culpabilidad de la Empresa”. A diferencia de la generalidad de los modelos que se inclinan por esta rama, el ordenamiento jurídico australiano fundamenta la culpabilidad de la empresa no en una deficiencia de organización, sino en una mala cultura corporativa. Para llevar esto a la práctica se vale de términos definidos legislativamente, aprovechando de aunar criterios, que sólo a primera vista, parecen subjetivos.</p> |
|--|---|--|---|

CAPITULO II

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURIDICA EN EL DERECHO CHILENO

2.1 Historia de la Ley N° 20.393

A modo de sistematización, se procederá con una descripción de los aspectos más relevantes, para efectos de este trabajo, respecto de lo que fue la discusión doctrinaria y parlamentaria, provocada por la tramitación de la Ley N° 20.393, que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y cohecho.

Cabe hacer presente, que la discusión del proyecto de ley presentado por el Poder Ejecutivo a la Cámara de Diputados, en Marzo de 2009, tomó alrededor de 7 meses, siendo finalmente promulgado el 25 de Noviembre de 2009 y consecuentemente publicado el 2 de Diciembre de 2009, entrando inmediatamente en vigor dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Como se puede constatar a través de las fechas indicadas, la tramitación de la presente ley fue, por decir lo menos, breve. Las motivaciones y fundamentos de fondo para aprobar esta norma en tiempo *record*, obedecen, como se verá, al cumplimiento de compromisos internacionales, más que al diagnóstico hecho por parte de nuestro legislador de necesitar una política criminal especial respecto de la incidencia delictiva de las empresas en nuestra sociedad.

2.1.1 Contexto Nacional

La tendencia jurídica internacional ha estado fuertemente marcada por la discusión -a nivel doctrinario y legislativo- acerca de la legitimidad de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas. Como hemos afirmado anteriormente, el contexto nacional e internacional actual, en donde las personas jurídicas ocupan un lugar preponderante

en el desarrollo de la sociedad, ha llevado a la inevitable consagración de esta responsabilidad, tanto en países de tradición jurídica continental, como por ejemplo Chile, y en países de tradición anglosajona, a saber Inglaterra, Estados Unidos o Australia, los que mucho antes fueron capaces, de atribuir responsabilidad penal a los entes morales. Después de largas discusiones, se llegó a la convicción de la necesidad de responsabilizar a las personas jurídicas por hechos que producen un daño significativo a bienes jurídicos relevantes para la sociedad.

Esta necesidad político criminal, fue esquivada en la discusión doctrinaria, y aun más en la esfera parlamentaria nacional, pues suponía un profundo estudio dogmático, que para muchos implicaba la renuncia a principios fuertemente arraigados dentro de nuestro ordenamiento jurídico penal, como lo es el principio de culpabilidad, *non bis in idem* y *societas delinquere non potest*, lo que explica que no fuera tema de debate, hasta que los compromisos internacionales suscritos por Chile, y la presión internacional se hicieron sentir, provocando necesariamente la discusión.

Como nación en vías de desarrollo, Chile ha demostrado un fuerte interés en permanecer a la par de los países más adelantados, enfocándose en mejorar su imagen país. Es así, como en los últimos años, Chile suscribió y ratificó una serie de Convenciones Internacionales, entre ellas:

- 1) La Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción.
- 2) La Convención de la Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.
- 3) El Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo.
- 4) La Convención para combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, de la Organización de Cooperación para el Desarrollo Económico.

En este contexto, uno de los aspectos fundamentales que motivaron la tramitación de la ley N° 20.393, fue la invitación que recibió Chile, en Mayo de 2007, para ingresar como miembro pleno a la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico

(OCDE), participación que sólo se concretaría al materializar nuestro país diversas normas impuestas como condición, a saber: la Convención para combatir el Cohecho a Funcionario Público Extranjero, que Chile había suscrito en Diciembre de 1997.

El interés que desató esta invitación, tiene que ver con las ventajas asociadas a la incorporación de nuestro país como miembro pleno, las cuales se traducen en ser partícipe directo de las acciones en apoyo al crecimiento económico, aumento del empleo, mejoramiento de la calidad de vida, entre otros objetivos de la OCDE. Además del impacto positivo en la imagen internacional como estado emergente, pertenecer a este organismo, entre otras cosas, tiene especial connotación debido a que nuestro país se presentaría como menos riesgoso y con mayor transparencia, fomentándose con ello la inversión en Chile.

Es así como la presión internacional ejercida por la OCDE, desató la urgencia en el establecimiento de sanciones para personas jurídicas que interviniesen en el delito de cohecho a funcionario público extranjero en transacciones internacionales. Específicamente era imperativo que se tomaran medidas para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas, a través de sanciones efectivas, proporcionales y disuasivas, tema que evidentemente estaba pendiente de implementar en nuestro país¹⁸⁶.

¹⁸⁶La OCDE expresa conocer de la inexistencia de responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile, pero al no existir un impedimento constitucional el Estado Chileno adquirió el compromiso de abordar el tema en una próxima reforma del Código Penal. Más tarde a través de un segundo informe, la OCDE manifiesta abiertamente su preocupación por que a la fecha (Octubre de 2007), Chile no ha dado cumplimiento a parte de la Convención, esto es, a la implementación de responsabilidad legal de las personas jurídicas. En Informe de evaluación fase I, sobre la revisión de la implementación de la Convención para combatir el Cohecho a Funcionario Público Extranjero y de la recomendación de 1997. Traducción autentica del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Chile. Pág. 18 y 19. Y en Informe de evaluación fase II, sobre la aplicación Convención para combatir el Cohecho a Funcionario Público Extranjero y de la recomendación de 1997 sobre la lucha contra el cohecho en las transacciones comerciales internacionales. Traducción autentica del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Chile. Pág.106 [En Línea] En:

En este sentido, se explica el afán de legislar rápidamente acerca de este tema, así es como se señala expresamente en la Historia de la ley N° 20.393, “la incorporación de estas normas en nuestro sistema jurídico, a través de la presentación de esta iniciativa legal, responde precisamente al cumplimiento de compromisos adquiridos en el ámbito internacional, los cuales consideran expresamente el establecimiento de responsabilidad a las personas jurídicas producto de la comisión de determinados delitos.”¹⁸⁷

Como se desprende de lo mencionado, los fundamentos de la iniciativa legislativa acerca de responsabilizar a las personas jurídicas, se encontraban en la satisfacción de compromisos internacionales, específicamente en el interés de ser miembro pleno de la OCDE, cuestión que pone a nuestro país al nivel de los desarrollados, junto al aprovechamiento de los beneficios asociados a ello. Aun así, las primeras objeciones apuntaron hacia la evitable consagración de un estatuto de responsabilidad penal, en atención a nuestra tradición jurídica penal y a que de los requerimientos de la OCDE, no se desprende la necesidad de responsabilizar penalmente a las empresas, sino solo de implementar sanciones efectivas, proporcionales y disuasivas.

En estricto rigor y, más allá de lo ya mencionado, la ley contempla dentro de sus objetivos específicos, que las personas jurídicas adopten medidas de auto-regulación, logrando un equilibrio entre la libertad empresarial y los valores de orden público. Sin embargo, aunque se acepta introducir un estatuto de responsabilidad penal de las personas jurídicas, éste solo incluye tres delitos considerados especialmente dañosos

http://www.minrel.gob.cl/prontus_minrel/site/artic/20091230/pags/20091230075800.php visitado el día 25 de Agosto de 2011.

¹⁸⁷Historia de la Ley N° 20.393 que establece responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho. Biblioteca del Congreso Nacional. Mensaje Presidencial. Pág. 5. [En Línea] En: www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/3894/1/...pdf visitado con fecha 30 de Marzo de 2011.

a nivel internacional¹⁸⁸, pero que tienen poca incidencia práctica, no aceptándose del todo la implantación de esta responsabilidad por considerar que vulneraría la tradición imperante en nuestro país.

Por lo tanto, actualmente, el estatuto de responsabilidad penal de las personas jurídicas es aceptado de manera tímida y ambigua dentro de nuestro ordenamiento jurídico. A pesar de que la ley es clara en atribuir responsabilidad penal a los entes morales, el catálogo acotado de delitos considerados por nuestro legislador, deja en evidencia, la extrema timidez y cautela con la que se discutió el tema, pretendiendo la consagración de lo justo y necesario para el cumplimiento de compromisos internacionales, pero que en el plano nacional, se traduce en la consagración de una ley con poca incidencia práctica. Lo anterior se evidencia, con que a más de un año de la publicación de la ley, no se ha llevado a cabo ningún proceso en que las personas jurídicas sean imputadas penalmente.

2.1.1.1 Discusión Doctrinaria Nacional

Para la correcta discusión del proyecto de Ley que establecía la Responsabilidad legal¹⁸⁹ de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho, se encargó un informe a la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Congreso Nacional, el cual fue elaborado, en parte, con la

¹⁸⁸ Expresamente se señala como Ideas Matrices o Fundamentales dentro del Informe Comisión Constitución lo siguiente: “La idea central del proyecto tiene como objeto crear un estatuto que, en cumplimiento de compromisos internacionales adquiridos por el país, establezca la responsabilidad legal de las personas jurídicas por la comisión de determinados delitos, considerados especialmente dañosos a nivel internacional.”. Historia de la Ley N° 20.393. Ob. Cit. Pág. 27.

¹⁸⁹ El proyecto de ley inicial contemplaba la responsabilidad *legal* de las personas jurídicas, cuestión que fue modificada durante su discusión parlamentaria, debido a que el proyecto de ley atribuía derechamente la responsabilidad penal a las personas jurídicas, lo que podría haberse prestado para interpretaciones erróneas.

postura de distintos autores nacionales, cuyas opiniones fueron recibidas por la Comisión tanto en Primer como en Segundo Trámite Constitucional. A continuación, las principales posturas expuestas serán sintetizadas en términos generales¹⁹⁰:

a. A favor de legislar sobre la Responsabilidad Penal de las personas jurídicas:

- **Clara Szczaranski Cerda¹⁹¹:** Afirma que en Chile estaba pendiente el hacerse cargo de la responsabilidad de las personas jurídicas por sus ilícitos, ya que se hacía responsable a los representantes legales y administradores, atentando contra el artículo 19 n° 3 de la Constitución que dispone que no se podrá presumir de derecho la responsabilidad penal, respondiéndose por la propia responsabilidad. Es por ello que las empresas deben ser responsables por sus propios actos y no por hechos ajenos. Respecto de la capacidad de culpa de las personas jurídicas afirma que se delinque por acción o por omisión, y que los delitos no siempre se perpetran de propia mano sino que también por medio de autorías mediatas, como sería el ejecutor que actúa con dolo o aquel que lo hace por error o forzado, conservando el autor mediato el dominio de la acción. Para la autora lo lógico es fundar la culpabilidad penal de las personas jurídicas de un modo análogo a la de las personas físicas. El nivel organizacional actualmente logrado por las empresas, es el que hace posible que éstas alcancen autónomos procesos decisorios, siendo posible que puedan perpetrar culpablemente delitos, por ello, deben responder por sus propias acciones. Para la autora es un privilegio injusto eximir de responsabilidad penal a las personas jurídicas por hechos respecto de los cuales las personas naturales serían penalmente

¹⁹⁰ La referencia a las críticas y alcances que hacen los autores citados respecto de los artículos de esta Ley, referentes al modelo de imputación, serán omitidos en este capítulo, para abordarlos directamente en el análisis de éstos, que se hará en el capítulo siguiente.

¹⁹¹ Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Mayor. Informe Comisión Constitución. Intervención en Primer Trámite Constitucional. Pág. 32 -33 y en Segundo Trámite Constitucional. Pág. 181 - 188. Historia de la Ley N° 20.393. 2 de Diciembre de 2009. Biblioteca del Congreso Nacional. Véase también en: SZCZARANSKI, Clara. Un asunto criminal contemporáneo. Rol de las empresas, responsabilidad penal de las personas jurídicas y corrupción. Editorial Jurídica de Chile, 2010. Pág 73 – 128.

sancionadas. En este sentido, considera que en Chile no existen particulares dificultades dogmáticas, el límite de la responsabilidad penal para las personas jurídicas depende, por una parte, del plano normativo en cuanto a los deberes que le conciernen y que el Estado le ha impuesto, y, por otra, de su calidad organizacional e independencia, las que le permiten forjar conocimiento y adoptar orgánicamente opciones propias en circunstancias concretas.

- **Fernando Londoño Martínez**¹⁹²: Esta ley se basaría en un sistema proveniente de Estados Unidos, recogido por la Ley Italiana del 2001. Por lo tanto, implica cambiar de la lógica retributiva a una lógica más preventiva, es decir, evitar el crimen. Responsabilizar a las personas jurídicas constituye una coacción a la autorresponsabilidad, esto es, un incentivo para la generación de modelos idóneos de organización, a fin de actuar como un ciudadano correcto. Afirma entre otras cosas, que la iniciativa no tendrá justificación si solamente alcanza los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y cohecho, por ser raramente cometido por las empresas, cree que debe ampliarse el catálogo de delitos hacia aquellos que afectan el patrimonio del Estado.

- **Miguel Soto Piñeiro**¹⁹³: Afirma que existen suficientes razones político criminales para establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas, especialmente necesidades preventivo criminales que no podrían satisfacerse sin el establecimiento directo de esta responsabilidad. Se presenta a favor de establecer una responsabilidad principal de las personas jurídicas, señalando que es la organización la que presenta la vocación criminal y contra ella se debe reaccionar. En este sentido, considera apropiado el sistema de responsabilidad por el hecho propio, que para él es el recogido en los artículos 3 y 4, a través del mecanismo del defecto de organización. Respecto de los problemas vinculados al principio de culpabilidad, para el autor es

¹⁹² Profesor de Derecho Penal Universidad de Talca. Informe Comisión Constitución. Primer Trámite Constitucional. Pág. 37 - 40. Historia de la Ley N° 20.393. Ob. Cit.

¹⁹³ Profesor de Derecho Penal Universidad de Chile. Informe Comisión Constitución. Primer Trámite Constitucional. Pág. 40 - 44. Historia de la Ley N° 20.393. Ob. Cit.

desaconsejable atribuir una responsabilidad administrativa, ya que carece de la significación simbólica de la responsabilidad penal. Asimismo está de acuerdo con no establecer un estatuto general de responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero si en ampliar el catalogo a delitos en que comúnmente participan las empresas.

- **Jean Pierre Matus Acuña**¹⁹⁴: La ley en comento es necesaria debido a que los instrumentos con que contaba el derecho penal, habían demostrado ser insuficientes para contrarrestar a aquellas organizaciones que favorecían la criminalidad, por lo que esta ley sería un primer paso para lograr disminuir los delitos que podía cometer una organización empresarial. Para el autor, el modelo de imputación escogido, es un sistema mixto, inspirado en el vigente en Estados Unidos e Italia. De lo que se trata es de prevenir la comisión de delitos, a través de programas éticos, de regulaciones básicas al interior de las empresas, lo que se pretende no es condenarlas, sino evitar que se comenten los delitos. En este mismo sentido, cree que los alcances de la ley son muy reducidos. Sin embargo, cree que esta nueva legislación llevará a los directores a esmerarse en que la sociedad no solo haga buenos negocios sino que también no incurra en delitos.

- **Jorge Bofill Genzsch**¹⁹⁵: Sostuvo que la iniciativa en estudio constituía una innovación, por lo que no estaba de acuerdo con la aseveración del Mensaje en el sentido de que representaba la tradición jurídica del país. El hecho de establecer un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y cohecho, significaría la constitución de un modelo de atribución de responsabilidad para las personas jurídicas, frente a cualquier ampliación del catalogo que se implementara a futuro. Aun cuando la OCDE no exige que se establezca la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino un sistema

¹⁹⁴ Profesor de Derecho Penal Universidad de Talca. Informe Comisión Constitución. Intervención en Primer Trámite Constitucional. Pág. 46 – 49 y en Segundo Trámite Constitucional. Pág. 195 – 204. Historia de la Ley N° 20.393. Ob. Cit.

¹⁹⁵ Profesor de Derecho Penal Universidad de Chile. Informe Comisión Constitución. Intervención en Primer Trámite Constitucional. Pág. 49 -53 y en Segundo Trámite Constitucional. Pág. 208 – 215. Historia de la Ley N° 20.393. Ob. Cit.

que consagrara sanciones eficientes, proporcionales y disuasivas, cree que desde una perspectiva política puede considerarse deseable el establecimiento de un sistema de responsabilidad penal de las empresas. Expresó que en la medida es que se consagre un sistema que entregue no solo herramientas al Ministerio Público y a los tribunales para sancionar, sino que, además, dote a las personas jurídicas de posibilidades para ejercer adecuada defensa, se construirá un mecanismo duro, pero al mismo tiempo, será un sistema que asegurará garantías al imputado, esto es, a la persona jurídica.

- **Gonzalo Medina Schultz**¹⁹⁶: Si bien el autor se manifiesta desde un comienzo a favor de la idea de legislar sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, cree que los alcances del proyecto son insuficientes. En referencia al artículo 5º, el profesor MEDINA, es partidario de consagrar la responsabilidad autónoma de las personas jurídicas, por ser la única forma de frenar la “irresponsabilidad organizada de las empresas”, es por ello que estas deben ser capaces de responder penalmente con independencia del hecho punible cometido por las persona naturales, ya que de lo contrario significaría dar carta blanca a las empresas para que se organicen de tal forma que fuere imposible determinar al responsable y con ello imputarla penalmente. Respecto al artículo 3º, señala que se consagra un doble estatuto de responsabilidad: aquella derivada de los hechos cometidos por los directivos de la empresa, y la de quienes trabajan supervisados al interior de ella. Para el autor, es posible establecer una distinción en cuanto a hechos atribuibles a los directivos, mientras para otros delitos bastaría la existencia de hechos cometidos por los funcionarios para establecer responsabilidad penal, lo cual en el caso chileno no es tomado en cuenta, por la pobreza del catálogo de delitos. Asimismo afirma, que el modelo de atribución contemplado tiene el problema de exigir interés o provecho a favor de la empresa, lo cual puede desembocar en que se constituyan personas jurídicas especiales para la ejecución de estos actos. Dijo creer que establecer la responsabilidad penal de las

¹⁹⁶ Profesor de Derecho Penal Universidad de Chile. Informe Comisión Constitución. Intervención en Primer Trámite Constitucional. Pág. 53 -56. Historia de la Ley Nº 20.393. Ob. Cit.

personas jurídicas era algo inevitable, con lo cual se asumía la complejidad operacional de la empresa.

- **Héctor Hernández Basualto**¹⁹⁷: Para el autor es claro que a través de la Ley Nº 20.393, se establece un verdadero sistema de responsabilidad penal propio de las personas jurídicas, con lo cual se abandona de manera radical el dogma tradicional del *societas delinquere non potest*, consagrado con carácter general en el artículo 58 del Código Procesal Penal. Aun cuando los requisitos exigidos por la OCDE no hacían necesario la implementación de un estatuto de responsabilidad penal, el contexto nacional, es decir, la ausencia de un sistema de sanciones extrapenales realmente efectivo y el tratamiento poco diligente del asunto, desencadenaron la instauración del sistema de justicia criminal, que por lo demás era el único disponible y con la cobertura necesaria para cumplir con el objetivo. En relación al examen de conformidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas con el principio de culpabilidad, aunque se afirme que es una garantía penal, es discutible que rija con la misma intensidad, que respecto de las personas naturales. No puede exigirse identidad, sino solo equivalencia funcional. Desde esta perspectiva, es dudosa la compatibilidad del principio de culpabilidad con un régimen de responsabilidad de la personas jurídica basado en un hecho delictivo ajeno, sin atender al comportamiento propio de la misma, no ocurre lo mismo si se hace depender la responsabilidad de la entidad del comportamiento que ésta adopte. Lógicamente puede imputarse, que dicho comportamiento es siempre y necesariamente de los órganos que en ella actúan, y por lo tanto, un hecho ajeno a la entidad, sin embargo sería extremar el argumento de la ficción, resultando contraproducente. El desafío supone el desarrollo de una cultura empresarial de autorregulación en materia de prevención, siendo indispensable una práctica punitiva

¹⁹⁷ Profesor de Derecho Penal Universidad Diego Portales. La visión del autor no fue incorporada dentro del informe de la Comisión Constitución, se hará referencia a ella como parte activa de la discusión nacional respecto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Véase en: La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile. Política Criminal. Vol. Nº5. Julio 2010. Pág. 207 – 236. [En Línea] En: En: http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A5.pdf, visitado el día 30 de Agosto de 2010.

efectiva y con preferencia por los criterios materiales por sobre los formales, que demuestren que la ley no es una mera fachada.

b. En contra de legislar sobre la Responsabilidad Penal de las personas jurídicas:

- **Juan Carlos Dörr Zegers¹⁹⁸**: Recordó que de acuerdo a la tradición jurídica nacional, las sanciones aplicables a las personas jurídicas eran civiles o administrativas, nunca penales. Por lo tanto, no era posible sancionar a quien no fuera responsable y era de sentido común que no eran las personas jurídicas quienes cometían los delitos, sino que las personas naturales que las integraban. Estima que es grave que a través de esta ley se establezca la responsabilidad penal de las personas jurídicas, transgrediéndose el principio de que no se puede sancionar penalmente a quien no es culpable. Esta normativa constituye una importación de esquemas jurídicos contrarios a la idiosincrasia y experiencia Chilena, por lo que propone incorporar normas en la leyes de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y cohecho, para que una vez que se haya establecido la responsabilidad penal de la persona natural, mediante sentencia, probándose que se utilizó a la persona jurídica, esta última sea sancionada administrativamente.
- **María Inés Horvitz¹⁹⁹**: Sostiene que el proyecto de ley se inspira en el modelo norteamericano, que difiere sustancialmente de nuestro sistema jurídico, principalmente porque el principio legal no juega el mismo rol que en nuestro medio y el principio de culpabilidad no tiene la misma significación, por lo que el proyecto puede presentar graves dificultades. La autora es categórica en afirmar, que este tipo de

¹⁹⁸ Profesor de Derecho Civil Universidad Católica de Chile. Informe Comisión Constitución. Primer Trámite Constitucional. Pág. 45 – 46. Historia de la Ley N° 20.393. Ob. Cit.

¹⁹⁹ Consejera del Consejo de Defensa del Estado y Profesora de Derecho Penal Universidad de Chile. Informe Comisión Constitución. Segundo Trámite Constitucional. Pág. 189 - 195. Historia de la Ley N° 20.393. Ob. Cit.

proyectos satisfacen una necesidad de carácter simbólico y, en consecuencia, no tienen una gran aplicación práctica. Específicamente, afirma que el proyecto plantea una responsabilidad objetiva, en circunstancias de que en materia penal se responde en la medida que la actuación de la personas natural sea posible imputarla, desde algún criterio de imputación a la persona jurídica. No es aceptable, imputar responsabilidad de un modo formal, por el solo hecho de ejercer el cargo de representante legal, directivo o de órgano. Considera muy importante que exista una norma de imputación individual de responsabilidad directa al órgano, al representante o al administrador, por la cual se pueda hacer la vinculación con la persona jurídica. Sin embargo, en atención a nuestro sistema jurídico – penal y en consideración al pensamiento mayoritario en nuestro medio, de que las personas jurídicas no son capaces de responsabilidad penal, resultaría más adecuado intentar regular un modelo de imputación o atribución individual de responsabilidad penal de los órganos, antes que a las empresas.

- **Alex van Weezel²⁰⁰**: Para el autor, la persona jurídica posee una tenue identidad que no le permitiría resistir los embates de un proceso penal, además de su carácter instrumental, todo lo cual se desprende de su absoluta dependencia respecto de las decisiones que toman las personas naturales que las administran directamente o través de otros. El principal dilema se encuentra en que no existe una opción de compromiso que permita considerar a la persona jurídica como sujeto penal en sentido estricto, pues ello significa liberar de responsabilidad a la persona natural que encarna el órgano, o bien prescindir del principio de culpabilidad. El autor estima que la responsabilidad penal de las personas jurídicas es un cuerpo extraño en el derecho

²⁰⁰ La visión del autor no fue incorporada dentro del informe de la Comisión Constitución, se hará referencia a ella como parte activa de la discusión nacional contraria a la instauración de un estatuto de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Véase en: *Contra la Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Política Criminal. Vol.5. Nº9. Julio 2010. Pág. 114 – 142.* [En Línea] En: http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A3.pdf, visitado el día 30 de Agosto de 2010.

penal chileno. El respeto al principio de culpabilidad como principio fundamental, implica que solo será sujeto pasivo de la pena aquel capaz de establecer una comunicación con el sistema penal, a quien el hecho típico se le atribuye como propio, para el autor, los entes morales no alcanzan a superar esta barrera. Para VAN WEEZEL las penas impuestas a las personas jurídicas, deben ser: sin identidad personal, la pena debe ser inmune incluso a la disolución de la persona jurídica, pues de lo contrario no se podría ejecutar; además la pena debe ser sin culpabilidad por el hecho, al menos en los casos en que la empresa culpable no esté contenida en la persona jurídica que resulte responsable, la pena debe ser tal, que sea susceptible de heredarse, transmitirse o traspasarse a terceros no culpable. En este sentido, ambas características, son para el autor, inherentes a la sanción de las personas jurídicas, por lo que no son remediabiles, en definitiva, cuando en la imposición del castigo no está presente la posibilidad de una toma de conciencia, solo subsiste la coacción, la ingeniería social y la protección de ciertos intereses. A mayor abundamiento, el autor sostiene categóricamente, que la identidad funcional de la persona jurídica no es suficiente para hacerla susceptible de reproche penal, es más, si el derecho penal tomara en serio a la persona jurídica, entonces la responsabilidad de ésta sería autónoma de la responsabilidad penal de las persona naturales que encarnan sus órganos. Se considera a las personas jurídicas, personas en sentido restringido, y al castigarlas lo que se persigue finalmente es influir sobre las decisiones que toman las personas naturales que las controlan, por lo tanto la pena se confunde con la coacción. Así las cosas, para el autor la ley de responsabilidad penal de las persona jurídicas viene a bagatelizear el instrumento más energético con que cuenta una sociedad, este es, el derecho penal, de ahí que la correcta solución sea instaurar un derecho administrativo de prevención del delito en el contexto empresarial.

2.1.2. Discusión Legislativa desarrollada con ocasión de la aprobación de la Ley Nº 20.393.

La discusión parlamentaria comenzó a partir del proyecto de Ley enviado por el Ejecutivo en Marzo de 2009, para someterlo a tramitación con el carácter de urgencia. El mismo Mensaje Presidencial es claro en señalar, como ya lo hemos advertido, que los fundamentos obedecen al cumplimiento de compromisos internacionales, por ende

su naturaleza es más político que preventivo criminal. En este contexto, no es de extrañar que la discusión parlamentaria, más allá de la intervención de tratadistas nacionales, tuviera poco de dogmática penal e hiciera a un lado las discusiones acerca de la teoría del delito como principio de culpabilidad y función de la pena entre otras materias, que de haber sido incluidas, hubiesen significado una discusión más profunda, acabada y sin lugar a dudas, mucho más larga de la acontecida.

De la simple lectura de la Historia de la Ley N° 20.393, sobresalen los intereses políticos por lograr la aprobación de la ley, siendo explícitos en denunciar que dentro de las discusiones y votaciones, se hace a un lado el análisis jurídico penal debido, por el fin superior que significa dar aprobación a una ley que beneficiará a nuestro país en el contexto internacional.

Seguidamente se procederá con una exposición descriptiva de lo acontecido dentro de la discusión parlamentaria, a partir del proyecto de ley presentado por el Ejecutivo, y las consecuentes modificaciones efectuadas por ambas Cámaras del Congreso Nacional. Sin embargo, nos centraremos en abordar los focos de discusión relacionados con el alcance de la ley, el modelo de atribución, atenuantes y agravantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, correspondiente al Título Preliminar y I de esta ley, por ser atingentes al presente trabajo²⁰¹, dejando fuera lo referente a modelos de organización y los aspectos procesales.

a. Propuesta legislativa presentada por el Poder Ejecutivo.

El proyecto de Ley presentado por el Poder Ejecutivo a la Cámara de Diputados, comienza con el Título Preliminar, integrado por los artículos 1 y 2, seguido por el Título I, compuesto por 8 artículos.

En el artículo 1, se hace alusión al contenido de la ley, siendo categórico en expresar que la presente ley regula la responsabilidad *legal* de las personas jurídicas respecto de los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y cohecho. En

²⁰¹ En el anexo del presente trabajo se adjunta, en su versión completa, la Ley N° 20.393.

seguida, determina que en lo no previsto por esta ley, serán aplicables supletoriamente el Código Penal y Código Procesal Penal.

El artículo 2, determina el alcance, expresando que las disposiciones de esta ley serán aplicables a las personas jurídicas de derecho privado y a las empresas públicas, creadas por ley.

En lo concerniente al Título I, referido a la responsabilidad legal de las personas jurídicas, este contiene específicamente el modelo de atribución de responsabilidad, circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de ella. Debido a su importancia y con el fin de ser contrastados con las modificaciones que se analizarán en los apartados siguientes, se hará la transcripción textual de los artículos 3 y 5 del proyecto de ley:

“Artículo 3º.- Atribución de responsabilidad legal. Las personas jurídicas serán responsables de los delitos señalados en el artículo 1º cometidos en interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, representantes o administradores, así como por personas que realizan, inclusive de hecho, actividades de administración y supervisión de dicha persona jurídica, siempre que la comisión del delito se haga posible por el incumplimiento por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión.

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

Se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, anteriormente a la comisión del delito, la persona jurídica haya adoptado e implementado eficientemente modelo de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido.

Las personas jurídicas no serán responsables en los casos que las personas naturales indicadas en los incisos anteriores hayan cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o en favor de un tercero.”²⁰²

“**Artículo 5º.-** Responsabilidad legal autónoma de la persona jurídica. La responsabilidad de la persona jurídica es independiente de la responsabilidad penal de la persona natural y subsiste aun cuando:

1. La responsabilidad penal individual se haya extinguido conforme a lo dispuesto en el artículo 93 del Código Penal.
2. No haya sido posible establecer la participación de el o los responsables individuales.
3. Concurrieren respecto de la persona natural alguna de las eximentes contempladas en el artículo 10 del Código Penal.

Sin perjuicio de lo anterior, si concurriré las circunstancias N^o1 y N^o 9 del artículo 10 del Código Penal, se excluirá asimismo la responsabilidad legal de la persona jurídica, salvo que esta hubiera podido y debido evitar su aparición”²⁰³.

Sin lugar a dudas, tanto el artículo 3 como el 5, son los puntos centrales dentro del proyecto de ley presentado por el Poder Ejecutivo, ya que en ellos se contiene el modelo de imputación que permite atribuir responsabilidad a las personas jurídicas que cometan los delitos descritos en el artículo 1º. Por lo tanto, el análisis de éstos, supuso dentro del debate parlamentario más de alguna discusión que acabó, como lo veremos en el apartado siguiente, con algunas modificaciones.

El artículo 6 del proyecto contenía circunstancias eximentes de responsabilidad, que decían relación con el tamaño de la persona jurídica, a saber: si está fuese inferior a los estándares impuestos por la ley en su número 1, la ley contemplaba el nombramiento de un interventor como consecuencia accesoria de la pena impuesta a

²⁰² Historia de la Ley N^o 20.393. Ob. Cit. Pág. 12.

²⁰³ Historia de la Ley N^o 20.393. Ob. Cit. Pág. 12 – 13.

los responsables individuales, quedando exenta la persona jurídica de responsabilidad penal. En este mismo sentido, el número 2 del artículo, también exime a la persona jurídica de responsabilidad, cuando ésta tuviera como única finalidad la comisión de hechos delictivos, debiendo el juez ordenar la disolución de la empresa como consecuencia accesoria de la pena impuesta a los responsables individuales.

Consecuentemente, el proyecto contempla en sus artículos 7 y 8, circunstancias atenuantes y agravantes de la responsabilidad. Respecto de las atenuantes, éstas se configuran en directa relación con el comportamiento post delictivo que lleve a cabo la empresa, es decir, implica un incentivo para que la empresa, aun cuando haya cometido alguno de los delitos contemplados en el artículo 1º, sea capaz de colaborar en pos del esclarecimiento y reparación del mal causado, atenuando con ello la responsabilidad que le cabe en el delito²⁰⁴.

En cuanto a las agravantes, el proyecto también se encarga de sancionar el comportamiento delictivo reiterado de la persona jurídica, constituyéndose como un agravante. En este sentido el artículo 8 dispone, “Es circunstancia agravante de la responsabilidad legal de la persona jurídica el que ésta haya sido sancionada durante

²⁰⁴ El Artículo 7º del proyecto de ley presentado por el Poder Ejecutivo, establecía: “Circunstancias atenuantes. Son circunstancias atenuantes de la responsabilidad legal de la persona jurídica:

- a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a poner el delito en conocimiento de las autoridades, a través de sus representantes legales.
- b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando antecedentes, en cualquier momento del proceso, que sean nuevos y decisivos para establecer los hechos investigados.
- c) Haber reparado el mal causado o disminuido los efectos dañosos ocasionados por el delito.
- d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio, medidas eficaces para prevenir y descubrir la misma clase de delitos objeto de la investigación que en el futuro pudieran cometerse.”. Historia de la Ley Nº 20.393. Ob. Cit. Mensaje Presidencial. Pág. 13 – 14.

los cinco años anteriores a la comisión del delito respecto del cual actualmente se le atribuye responsabilidad.”²⁰⁵.

b. Reformas relevantes llevadas a cabo por el Poder Legislativo.

• **Naturaleza de la Responsabilidad de las personas jurídicas.**

El Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia en primer trámite Constitucional, con la colaboración de connotados especialistas, fue el primero en advertir, que llama la atención que el proyecto de ley contemple derechamente la responsabilidad *legal* de las personas jurídicas, en atención a que lo que se consagra, a todas luces, es la responsabilidad penal de éstas. Para el Profesor JORGE BOFILL, lo que se produce es un *fraude de etiqueta*, ya que como también lo establece el Profesor MIGUEL SOTO, la responsabilidad sea civil, administrativa o penal, será legal²⁰⁶. Por lo demás la estructura del proyecto, se construye sobre la base de categorías propias del derecho penal, por lo que el sistema adoptado en el proyecto de ley obedece a la naturaleza penal, aunque el poder Ejecutivo haya pretendido no precisar la responsabilidad. Es así como la primera indicación de la Comisión, que fue aprobada en lo sucesivo, se enfocó en aplicar la terminología correspondiente a la naturaleza de la responsabilidad aplicada, esta es la penal.

• **Referencia al artículo 58 del Código Procesal Penal.**

El artículo 58 inciso segundo del Código Procesal Penal, consagra el principio *societas delinquere non potest*, estableciendo que: “La responsabilidad penal solo puede hacerse efectiva en las personas naturales. Por las personas jurídicas responden las que hubieren intervenido en el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que les afectare.”

²⁰⁵ Historia de la Ley N° 20.393. Ob. Cit. Pág. 14.

²⁰⁶ Historia de la Ley N° 20.393 Ob. Cit. Pág. 40 y 50.

La Comisión Constitución, en primer trámite constitucional, estimó necesario agregar un tercer inciso al artículo 1 del proyecto de ley, con la finalidad de establecer una excepción expresa a esta norma del Código Procesal Penal, en directa concordancia con la consagración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en forma independiente a la de las personas naturales que trabajan en ella. Esta indicación fue aprobada, sin mayor debate por parte de la Comisión, y luego mantenida en el proyecto a lo largo del debate legislativo hasta su publicación²⁰⁷.

- **Ampliación del catálogo de delitos.**

Si bien es cierto que en este ámbito no hubo reformas, de todas maneras se desató controversia legislativa, atendiendo a lo restringido del catálogo de delitos contemplados en el proyecto de ley. La principal línea argumentativa, decía relación, con que existe una amplia variedad de tipos penales dentro de la criminalidad empresarial, que se llevan a cabo en la práctica con mayor frecuencia, que los sugeridos por la OCDE. Por lo demás, es claro que de aprobarse la ley, se está aceptando a la persona jurídica como sujeto imputable penalmente, de ahí que no existan razones de fondo, para limitar su responsabilidad a solo tres delitos, discriminando todos los demás tipos que igualmente pueden ser llevados a cabo por un ente moral. Es así como se presentó una iniciativa por parte de algunos diputados, para extender el catálogo de delitos, la que finalmente no prosperó²⁰⁸.

Las razones esgrimidas para no ampliar el catálogo de delitos a otros cometidos con mayor frecuencia, descansan en la insuficiente discusión doctrinaria referente al tema,

²⁰⁷ Específicamente el párrafo 3 del artículo 1º establece: “Para los efectos de esta ley, no será aplicable lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 58 del Código Procesal Penal.”

²⁰⁸ La iniciativa fue presentada a la Comisión de Constitución, en primer trámite constitucional, por parte de los diputados Araya, Schilling y De Urresti, respecto de incluir dentro del catálogo de delitos entre otros: aquellos de propiedad industrial, propiedad intelectual, sobre mercado de valores, sobre sociedades anónimas, aquellos relativos a la informática, a los crímenes y simples delitos de los proveedores, loterías y juegos prohibidos, etc. Historia de la Ley N° 20.393. Ob. Cit. Pág. 58 – 59.

a razones de prudencia, escasas de tiempo, pero por sobre todo a la conveniencia de aplicar la progresión y el gradualismo, ante una reforma tan importante. Por lo tanto, quienes abogaban por una reforma más sustantiva y menos tímida al respecto, finalmente se contentaron con la posibilidad que les abre esta ley, de en un futuro, ampliar el catálogo a otros delitos de mayor importancia práctica, sobre la base de la experiencia recogida.

- **Atribución de responsabilidad penal.**

El sistema de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas está expresamente consagrado en el artículo 3 de la ley. Si bien es cierto, la disposición no sufrió mayores modificaciones con respecto a la norma presentada en el proyecto de ley, cabe decir que las efectuadas lograron mayor claridad y certeza respecto de lo que se quería lograr. El análisis propiamente tal de la norma, será efectuado en el capítulo siguiente. Sin embargo, por ahora diremos que las indicaciones presentadas por la Comisión Constitución en segundo trámite constitucional, las que más tarde fueron aprobadas, se enfocaron en los dos primeros incisos.

Concretamente las primeras indicaciones respecto al inciso 2 del artículo 3, apuntaron al tipo de relación que debe presentarse en las organizaciones de mayor complejidad, respecto de quienes están en la cúspide de la organización y aquellos que actúan a través de unidades o departamentos. Lógicamente la vinculación que debe existir para lograr la imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica de cada uno de sus órganos, dice relación con deberes de dirección y supervisión, debiendo tratarse de una relación *directa*, para no caer en la indeterminación del sujeto ante quien se responde, provocando tal ampliación de concepto que se difumine la responsabilidad.

Por otro lado se enfatiza, en su inciso primero, que los delitos deben ser cometidos en interés o provecho *directo e inmediato* de la persona jurídica, por lo que se excluyen aquellos casos en que la persona natural, delinque en beneficio propio o de terceros. Además, respecto de los sujetos enumerados en el inciso primero, que pueden cometer los delitos señalados en el artículo 1º, se agrega a los *ejecutivos principales*, y se suprime a quienes de hecho realicen actividades de administración y supervisión.

- **Responsabilidad penal autónoma de la persona jurídica.**

El proyecto de ley contempla a través del artículo 5º, la responsabilidad autónoma de la personas jurídicas, esto es, la responsabilidad penal del ente moral subsistirá independiente de lo que ocurra con la persona natural que comete el delito en provecho de la empresa debido al incumplimiento de los deberes de supervisión o dirección de ésta, tal como lo contempla el artículo 3º.

El objetivo que subyace a este artículo, dice relación con aquellos casos en que cometido el delito y cumpliéndose con los requisitos establecidos en el artículo 3º, no es posible identificar a la persona física responsable. Es así que el artículo se constituye como una excepción, porque a pesar de no contar con la persona natural, presupuesto necesario para atribuir la responsabilidad penal, se podrá en determinados casos lograr igualmente responsabilizar a la persona jurídica.

El artículo 5º presentado en el proyecto de ley, fue rápidamente sometido a críticas, ya en la Comisión de Constitución en primer trámite constitucional, las indicaciones presentadas suprimían el número 3 y el inciso segundo, que hacían subsistir la responsabilidad de la persona jurídica, aun cuando concurrieran las eximentes de responsabilidad penal del artículo 10 del Código Penal en la persona natural. La aprobación del artículo 5º sin el número 3 y el inciso segundo, se debió a que la actuación lícita de la persona natural no puede dar origen a una actuación ilícita de la persona jurídica, así fue entendido por la Comisión Constitución para su aprobación²⁰⁹. Este razonamiento, crea un vacío en la legislación, el cual analizaremos en el capítulo siguiente.

A pesar de las tempranas críticas, efectuadas por el profesor Jorge Bofill, en el informe Comisión Constitución en primer trámite constitucional, acerca de la causal número 1 del artículo 5º que establece que se mantendrá la responsabilidad penal de las persona jurídicas cuando la responsabilidad penal de la persona natural se hubiera extinguido

²⁰⁹ Historia de la ley N° 20.393. Ob. Cit. Pág. 68 - 69.

conforme a lo dispuesto en el artículo 93 del Código Penal²¹⁰, en atención a que las únicas causales válidas son la número 1, que dice relación con la muerte del responsable y la número 6, en atención a la prescripción del acción penal, siendo las demás inaplicables o estarían demás. Esta observación fue recién recogida dentro de la propuesta presentada por el Ejecutivo en Informe Comisión Constitución en segundo trámite constitucional²¹¹.

Lo que se busca con la modificación del artículo 5º número 1, es especificar los casos en que la responsabilidad penal de la persona jurídica se mantiene a pesar de la muerte de la persona natural, desincentivando con ello que se elimine a la persona física que cometa el delito y por otro lado que la persona jurídica a través de la causal de prescripción de la acción penal, provoque la huida de la persona natural o su ocultación.

A mayor abundamiento, en el número 2 del artículo 5º, el Ejecutivo propone mantener la responsabilidad de la persona jurídica aun cuando se decrete el sobreseimiento temporal del imputado, de acuerdo a las causales de rebeldía y de enajenación mental. La causal anterior, permite continuar con el procedimiento contra la persona jurídica, aun cuando por estas causales, no se pueda continuar el procedimiento o no se pueda imputar a la persona natural.

Finalmente, la propuesta se hace cargo de los casos en que debido a las organizaciones cada vez más complejas, no sea posible individualizar al responsable con precisión. El inciso tercero del artículo 5º, exige que se cumpla con todos los requisitos del artículo 3º, pero que a pesar de que el delito necesariamente se haya cometido dentro del ámbito de funciones de las personas que enumera el inciso primero, y no haya sido posible identificarla o establecer la participación de los responsables individuales, se permita perseguir la responsabilidad de la persona

²¹⁰ El artículo 93 del Código Penal contempla 7 causales en las cuales se extingue la responsabilidad penal.

²¹¹ Historia de la ley Nº 20.393. Ob. Cit. Pág. 257 – 261.

jurídica, todo lo cual debe estar fehacientemente acreditado dentro del proceso de investigación.

La propuesta presentada por el Ejecutivo, fue finalmente aprobada por la Comisión Constitución en segundo trámite constitucional, y en lo sucesivo, siendo parte finalmente de la ley publicada.

- **Circunstancias eximentes de responsabilidad.**

El artículo 6º del proyecto presentado por el Ejecutivo, contemplaba las causales eximentes de la responsabilidad en atención al tamaño de la empresa, es decir, cuando ésta tuviera menos de 25 empleados y sus ventas anuales no excedieran de veinticinco mil unidades de fomento en los dos años calendarios anteriores a la comisión del delito del que emana la responsabilidad, entre otras circunstancias que aluden a la envergadura de la empresa, esta estará exenta de responsabilidad y se le nombrará un interventor.

La Cámara de Diputados acordó suprimir esta primera causal, por considerarla una vía de elusión de responsabilidad para empresas más grandes, que queriendo escapar al alcance de la ley, buscarán fraccionarse en varias empresas pequeñas, quedando amparadas en la eximente.

Respecto de la segunda causal del artículo 6º, que dice relación con las persona jurídicas que tuviera como única finalidad la comisión de hechos delictivos, la Comisión Constitución en segundo trámite constitucional acordó suprimir tal disposición, enmendando el Código Penal y el artículo 28 de la ley n° 19.913²¹².

Por lo tanto, producto del debate, se suprime totalmente el artículo 6º del proyecto de ley presentado.

²¹² Expresamente se señala al respecto: “La Comisión acordó suprimir esta disposición pues, estimó más adecuado enmendar el Código Penal y el artículo 28 de la ley N° 19.913, que creó la Unidad de Análisis Financiero, consagrando la disolución de la persona jurídica o cancelación de la personalidad jurídica en la hipótesis de que la entidad se hubiera constituido como una asociación ilícita.” Historia de la Ley N° 20.393. Ob. Cit. Pág. 262.

- **Circunstancias que atenúan la responsabilidad.**

Como mencionamos en el apartado anterior, en relación al artículo 7º que consagra las atenuantes de responsabilidad penal, éstas están elaboradas en atención al comportamiento post delictivo que desarrolle la empresa.

La Comisión Constitución en segundo trámite constitucional, recibió propuesta del Ejecutivo en atención a simplificar el artículo presentado en el proyecto inicial, siempre en atención a considerar el comportamiento post delictivo de la persona jurídica, con este objetivo se consideró establecer la causales que atenúan la responsabilidad en términos más generales, en concordancia con el Código Penal.

Es así como este nuevo artículo 6, consagra 3 circunstancias atenuantes de responsabilidad penal de las personas jurídicas: la primera de ellas, establece que de acuerdo al numeral 7 del artículo 11 del Código Penal, la persona jurídica deberá procurar reparar el mal causado o impedir consecuencias perniciosas. La segunda se refiere al numeral 9 del artículo 11, de colaborar sustancialmente al esclarecimiento de los hechos, lo cual se traduce en el otorgamiento de antecedentes relevantes para la investigación, haciendo explícito que se cumplirá con la condición, siempre que se pongan los hechos en conocimiento de las autoridades con anterioridad a que la persona jurídica sepa del procedimiento que se lleva a cabo contra ella. Sin embargo, nada obsta a que se reconozca la atenuante aun cuando se haya procedido con la formalización de la investigación respecto del representante, es más, esto último se establece como prerrequisito para formalizar a la entidad jurídica de acuerdo al artículo 22 de la ley²¹³. La tercera y última atenuante no está contemplada en el Código Penal,

²¹³ 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 conformidad al artículo 230 y siguientes del Código Procesal Penal. Será requisito previo para poder proceder e 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 personas jurídica

ésta dice relación con la implementación de medidas de prevención que deberá desarrollar la persona jurídica a fin de que no se cometa el mismo delito en el futuro, esto con anterioridad al comienzo del juicio. Lo anterior, tiene como finalidad que la persona jurídica, sea incentivada a implementar medidas de autorregulación eficaces y preventivas, para que las empresas desarrollen o mejoren sus sistemas internos de supervisión, dirección y prevención de las prácticas ilícitas.

Las tres atenuantes de responsabilidad penal que contempla la ley son taxativas, por lo que fuera de éstas, no podrá aplicarse otra atenuante de responsabilidad.

- **Circunstancia agravante de responsabilidad**

Respecto de las circunstancias agravantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el proyecto de Ley enviado por el Ejecutivo, contempló solo una circunstancia que agrava la responsabilidad, la cual dice relación con la comisión reiterada, dentro de 5 años, del mismo delito. Las modificaciones efectuadas durante su tramitación en el Congreso, solo apuntaron a la forma, mejorando con ello la redacción de la norma para su mejor comprensión, pero no se discutió la posibilidad de agregar más agravantes al proyecto.

Bajo esta lógica, en caso de que la persona jurídica haya sido condenada, por ejemplo, por el delito de lavado de dinero, y pasados 2 años, sea condenada por el delito de cohecho, no incurriría en la agravante por no tratarse del mismo delito²¹⁴.

según lo disponen los incisos primero y segundo del artículo 3º, salvo los casos establecidos en el artículo 5º. Ley N° 20.393.

²¹⁴ Corte Suprema, Dirección de Estudio, Análisis y Evaluación. Informe 21 – 2010. Algunos Comentarios sobre la Ley N° 20.393 que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Abril de 2010. Pág. 29. [En Línea]

En: http://www.poderjudicial.cl/PDF/ATUsuarios/BibliotecaCorte/INFORME_21-2010.pdf.

Visitado con fecha 7 de Junio de 2011.

2.2 Texto de Ley aprobado

Con fecha 2 de Diciembre de 2009, fue finalmente publicado en el Diario Oficial, la Ley 20.393 que consagra expresamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas en un catálogo restringido de delitos, esto son, lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho. Es así como se pone fin a meses de discusión legislativa referente al tema, y se continúa con mayor fuerza el debate doctrinario, pero por sobretodo, se cumple con el objetivo principal de dar luz verde, a uno de los requisitos para que Chile integre en calidad de miembro pleno la OCDE.

La ley publicada, tiene tres títulos con un total de 29 artículos, el primero de ellos referente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el segundo de las consecuencias de la declaración de la responsabilidad penal de la persona jurídica y el tercero referente al procedimiento.

A continuación, luego de expuesto el proyecto de ley presentado por el poder Ejecutivo y las principales modificaciones efectuadas y aprobadas por el Congreso, se transcriben los primeros 7 artículos de la ley, por ser de mayor interés, exceptuando el artículo 4 que se refiere a los modelos de prevención de los delitos.

"Artículo 1°.- 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.

Artículo 2°.- Alcances. Las disposiciones de esta ley serán aplicables a las personas jurídicas de derecho privado y a las empresas del Estado.

TÍTULO I

Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas

1.- De la atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas

Artículo 3°.- 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.

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°.

2.- De las circunstancias que atenúan la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Artículo 6°.- Circunstancias atenuantes. Serán circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de la persona jurídica, las siguientes:

1) La prevista en el número 7° del artículo 11 del Código Penal.

2) La prevista en el número 9° del artículo 11 del Código Penal. Se entenderá especialmente que la persona jurídica colabora 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.

3) La adopción por parte de la persona jurídica, antes del comienzo del juicio, de medidas eficaces para prevenir la reiteración de la misma clase de delitos objeto de la investigación.

3.- De las circunstancias que agravan la responsabilidad penal.

Artículo 7°.- Circunstancia agravante. Es circunstancia agravante de la responsabilidad penal de la persona jurídica, el haber sido condenada, dentro de los cinco años anteriores, por el mismo delito²¹⁵.

²¹⁵ Ley N° 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. 2 de Diciembre de 2009. Diario Oficial. [En Línea] En: www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/3894/1/...pdf visitado con fecha 10 de Agosto de 2010.

CAPITULO III

ANALISIS DEL MODELO DE IMPUTACION DE LA LEY N° 20.393 QUE ESTABLECE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS

3.1 Análisis del artículo 3º de la ley N° 20.393.

Las interpretaciones que se desprenden de la letra de la ley, constituyen el punto de partida requerido por el aparato estatal, para que los destinatarios logren identificar la clase de sucesos que son relevantes para el sistema jurídico-penal. De ahí que su entendimiento se considera esencial para llevar a cabo la función comunicativa y preventiva que tiene como principal objetivo esta ley.

Los presupuestos necesarios contemplados por el legislador para lograr imputar responsabilidad penal a las personas jurídicas, se encuentran consagrados en el artículo 3º. De él se desprende, por lo tanto, el sistema de imputación escogido por nuestro legislador. Conforme a ello, la norma requiere ser desglosada, para ir ahondando en cada uno de sus componentes.

El artículo 3º, como se vio en el capítulo anterior, establece lo siguiente:

“Atribución de responsabilidad penal. Las personas jurídicas serán responsables de los delitos señalados en el artículo 1º que fueron cometidos directa e inmediatamente en su **interés o para su provecho**²¹⁶, 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**

²¹⁶ La negrita está incorporada por nosotras, a modo de enfatización.

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**²¹⁷.

Del artículo anterior transcrito, es posible sindicar los requisitos exigidos para atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas por los delitos previstos en el artículo 1º de la ley, presupuestos que se pueden sistematizar de la siguiente manera:

- i) La comisión del hecho punible deber ser llevado a cabo por alguna de las personas que la propia ley determina, a saber: (i) dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión. (ii) Asimismo, en el inciso 2 del artículo, la ley incluye a los trabajadores que están directamente supervisados por las personas naturales antes mencionadas.
- ii) Otro aspecto central es que el hecho ilícito haya sido cometido directa e inmediatamente en interés o provecho de la persona jurídica. En este caso, y en concordancia con el inciso 4 del artículo, se puede aseverar lo siguiente: si la persona natural actuó, exclusivamente, en beneficio propio o

²¹⁷ Artículo 3º Ley N° 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. 2 de Diciembre de 2009. Diario Oficial. [En Línea] En: www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/3894/1/...pdf visitado con fecha 10 de Agosto de 2010.

de un tercero, no se configuraría el tipo penal, y la persona jurídica no responderá penalmente.

- iii) El tercer y último presupuesto incorpora el incumplimiento, por parte de la persona jurídica, de sus deberes de dirección y supervisión. La infracción de los deberes de vigilancia provoca la comisión del hecho ilícito, por lo cual el ente moral debe responder penalmente. El mismo artículo en su inciso 3, destaca que los deberes de supervisión y vigilancia se entenderán cumplidos, si con anterioridad a la comisión del delito, la entidad supo implementar modelos de organización y supervisión que permitiesen prevenir el ilícito, conforme a lo dispuesto por el artículo 4^o ²¹⁸.

A partir de la sistematización antes descrita, continuaremos el análisis de los presupuestos de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de acuerdo a lo dispuesto específicamente por el artículo 3^o. En este sentido las principales preguntas tienen que ver, en un primer momento con la determinación de la persona física capaz de hacer atribuir responsabilidad penal al ente moral, en segundo lugar, que es lo que debe entenderse por interés o provecho en favor de la persona jurídica y finalmente, en qué consiste el incumplimiento de los deberes de vigilancia por parte de la persona jurídica.

3.1.1 Sujetos capaces de hacer atribuir responsabilidad penal al ente moral

Como se mencionó, el artículo 3^o considera dos tipos de personas físicas como posibles autoras del hecho anti-jurídico: en un primer momento a aquellos que están en

²¹⁸ HERNÁNDEZ, Héctor. La Introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile. Pág.218. Polít. crim. Vol. 5, N° 9 (Julio 2010), Art. 5. [En Línea] En: http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A5.pdf, visitado el día 30 de Agosto de 2010. En este mismo sentido, Corte Suprema, Dirección de Estudio, Análisis y Evaluación. Algunos comentarios sobre la Ley N° 20.393 que establece la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Informe 21-2010.Pág.10-11. [En Línea] En: http://www.poderjudicial.cl/PDF/ATUsuarios/BibliotecaCorte/INFORME_21-2010.pdf, visitado el día 21 de Junio de 2011.

cargos de poder, y luego -en el inciso 2- a los trabajadores que se encuentran bajo la directa supervisión o dirección de los primeros.

Llama la atención, que si lo que se pretendía era emular el modelo impuesto en la legislación italiana²¹⁹, no se tomara en cuenta la distinción que ésta hace, en relación a la creación de dos subsistemas de imputación, dependiendo si el delito era cometido por aquellos que supervisan, o por los supervisados. Lo que se busca, como se mencionó en el apartado referente al tema²²⁰, es que aquellos que se encuentran en cargos de dirección y supervisión se hallen fuertemente incentivados a implementar los modelos de prevención, ya que solo así, podrán llegar a eximirse de responsabilidad penal ante un eventual delito. El modelo italiano entiende que depende de quienes están en altas posiciones dentro de la compañía, la creación e implementación de los modelos de prevención, y no de los trabajadores que se encuentran subordinados, de ahí la distinción.

Sin embargo, volviendo a nuestro artículo 3º, esta diferenciación no se encuentra presente, fundamentalmente por lo restringido del catálogo de delitos, ante lo cual - podría justificarse así - es posible no profundizar en las distintas formas de imputación. Lo cierto es, que dentro de la historia de la ley N° 20.393, aquello no fue materia de debate, concentrándose a ejecutivos y trabajadores en un mismo artículo.

Otro aspecto relacionado a destacar, es que no está lo suficientemente claro en qué momento se corta la cadena de responsabilidades. En otras palabras: pensemos en aquel supervisor a cargo de una sucursal de menor importancia dentro de la empresa, ¿es igualmente capaz de traspasar su responsabilidad a la empresa, que el gerente general de ésta?; ¿será la empresa responsable penalmente por el delito cometido por este administrador? Parece ser que la respuesta a esta interrogante, se encuentra en el mismo artículo 3º el cual, como mencionamos anteriormente, no hace distinción

²¹⁹ LONDOÑO, Fernando y MATUS, Jean. Historia de la Ley N° 20.393.2. Ob. Cit. Informe Comisión Constitución. Pág. 37 y 47. En este mismo sentido, HERNANDEZ, Héctor. Ob. Cit. Pág. 217. Nota al pie N° 45.

²²⁰ En referencia al apartado sobre el modelo de imputación desarrollado en Italia. Capítulo I.

entre el delito cometido por una persona física en un alto cargo de administración y supervisión, y aquella subordinada, de ahí que para la ley, todo aquél que trabaje en la entidad es potencialmente capaz de hacer atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica, siempre y cuando se den los demás presupuestos de imputación. Es decir, frente a las interrogantes planteadas, es dable concluir que el supervisor de menor rango dentro de una empresa, es igualmente capaz de hacer atribuir responsabilidad penal al ente moral, que el gerente general de ésta. En este mismo sentido HERNÁNDEZ BASUALTO afirma: “la ley chilena establece un círculo amplio de sujetos relacionados, no circunscrito a los órganos directivos, en tanto que, si bien hace la distinción entre éstos y el personal subordinado, no establece un régimen diferente para los delitos cometidos por una u otra categoría de sujetos.”²²¹.

Asimismo, el legislador español, por medio del artículo 31 bis dispone que tienen capacidad para atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica: los representantes legales, los administradores de hecho o de derecho y cualquier otra persona subordinada a éstos. A partir de esto, GÓMEZ TOMILLO ha afirmado: “la ley equipara la capacidad de todos ellos para comprometer penalmente a la persona jurídica en cuyo seno desempeñan su actividad. Lo que sí tiene importancia es encontrar el límite inferior entre ellos y sus subordinados, en la medida en que, en este último caso, se requiere un elemento adicional cual la ausencia del “debido control” sobre ellos.”²²².

Ahora bien, la cadena de responsabilidades a la que hacíamos mención, puede estar estructurada de tal forma dentro de la persona jurídica, que finalmente la responsabilidad penal se difumine, lo que frustraría la determinación del órgano a cargo responsable. En este escenario, el artículo 3º sería incapaz de hacer atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica, configurándose un espacio de impunidad para ésta. Sin embargo, esta falencia es solucionada a través del artículo 5º inciso final, cuya incidencia e importancia analizaremos en el apartado correspondiente.

²²¹ HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Ob. Cit. Pág. 220.

²²² GÓMEZ TOMILLO, Manuel. Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español. Editorial Lex Nova, 2010. Pág. 69.

3.1.2 En interés o provecho de la persona jurídica

El hecho ilícito cometido por alguna de las personas ya mencionadas, debe ser perpetrado en interés o provecho directo e inmediato de la persona jurídica. En este sentido, se ha discutido sobre la naturaleza del interés o provecho, específicamente en un informe de la Corte Suprema de Abril del año 2010²²³, en el cual se revela que en atención a los delitos contemplados por la ley, y los que posiblemente se incluirán en un futuro, el interés derivado de ellos se caracterizará por tratarse de una ganancia material o pecuniaria. Sin embargo, en Oficio N° 440 de 2010 desarrollado por el Fiscal Nacional del Ministerio Público, se señala explícitamente que si bien, los límites de lo que se debe entender por interés no están claramente definidos por la ley, el sentido común llama a interpretarlo más allá de lo meramente pecuniario, haciéndolo extensivo a lo inmaterial²²⁴.

Si bien es cierto la ley no parece ser muy clara en cuanto a cómo debe ser interpretado el término “en interés o para su provecho”, parece ser que la interpretación más acorde a la puesta en marcha de la ley, apunta a una lectura más amplia del concepto, es decir, no circunscrito netamente al beneficio pecuniario, sino también al inmaterial. Lo realmente importante es lograr acreditar el provecho obtenido por parte de la persona jurídica, el cual no necesariamente puede ser perceptible en dinero, en otras ocasiones puede tratarse de ventajas comparativas en determinados negocios o en publicidad,

²²³ Corte Suprema, Dirección de Estudio, Análisis y Evaluación. Algunos comentarios sobre la Ley N° 20.393 que establece la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Informe 21–2010.Pág.11. [En Línea] En:http://www.poderjudicial.cl/PDF/ATUsuarios/BibliotecaCorte/INFORME_21-2010.pdf, visitado el día 21 de Junio de 2011.

²²⁴ Oficio N° 440/2010. Instrucción General que imparte criterios de actuación para la investigación y persecución penal de las personas jurídicas. 23 de Agosto de 2010. De Fiscal Nacional del Ministerio Público a Fiscales Regionales y Adjuntos, Asesores Jurídicos y Abogados ayudantes de Fiscal de todo el país. Pág. 6-7. [En Línea] En:http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_chl_ofi440.pdf, visitado el día 23 de Junio de 2011.

que no necesariamente le implican una ganancia futura ni segura a la persona jurídica, pero si le reportan al menos un beneficio inmediato.

A mayor abundamiento, nada obsta a que el interés o provecho beneficie a la persona moral y también a la persona natural, de ahí que la diferencia radique en aquellos casos en que la ganancia obtenida es en beneficio exclusivo de la persona física o en favor de un tercero, aun cuando éste se trate de otra persona jurídica²²⁵. Lo relevante es que la persona jurídica se vea beneficiada con el hecho ilícito y sólo en el evento de que está no lo esté se eximirá de responsabilidad, es así como expresamente lo señala el inciso final del artículo 3º.

Ahora bien, considerando el provecho en términos amplios, la discusión ahora pertinente es determinar el alcance del provecho, es decir, que debe entenderse cuando se habla que la actuación de la persona física debe ser en interés o provecho directo e inmediato de la persona jurídica.

La referencia a que sea de manera directa e inmediata, fue una propuesta hecha por la comisión de constitución en segundo trámite constitucional, con la finalidad de enfatizar que la persona física debe favorecer con su actuación ilícita a la persona jurídica²²⁶. Sin embargo, no queda claro si el alcance del provecho involucra un marcado carácter subjetivo, es decir, implica probar que la persona natural al momento de actuar tuvo la intención real de beneficiar a la persona jurídica, o por el contrario, debe ser interpretado objetivamente, ante lo cual, basta con que se vislumbre la posibilidad de tal escenario, aun cuando provocar el beneficio no estuvo dentro de los planes de la

²²⁵ La precedencia de un tercero como persona jurídica se vuelve discutible en el evento de que éste tenga algún tipo de relación con el ente moral perpetrador del hecho ilícito, por ejemplo si ambas formaran parte del mismo holding o fuesen sociedades espejo. En este contexto, la persona natural podría alegar estar beneficiando solo al “tercero” eximiendo de responsabilidad a la persona jurídica, mientras esta resultaría indirectamente beneficiada.

²²⁶ Propuesta por el Subsecretario señor Riveros y el abogado señor Chaves. Informe Comisión de Constitución. Segundo Trámite Constitucional. Historia de la ley N° 20.393. Ob. Cit. Pág. 240.

persona natural. A su vez, la interpretación objetiva plantea la posibilidad de entender el provecho como la constatación del efectivo beneficio o bien como la efectiva tendencia de la acción a conseguir ese provecho²²⁷.

Este debate se ha desarrollado en extenso en el derecho comparado. NIETO MARTÍN es de la idea de que el interés de la empresa ha experimentado, a lo largo de los años, un proceso desde lo subjetivo hacia lo objetivo, en este sentido señala: “No resulta necesario que el beneficio de la empresa sea el objeto exclusivo del agente, ni tampoco es necesario que exista un beneficio efectivo. La existencia de provecho tiene sobre todo un misión procesal, en cuanto que facilita la prueba de que el agente actuó en el interés de la empresa.”²²⁸. Haciendo referencia al modelo de imputación norteamericano GÓMEZ-JARA, en la misma línea que NIETO MARTÍN, sostiene que la jurisprudencia norteamericana ha entendido que no es estrictamente necesario que la empresa se haya beneficiado del hecho, basta con la intención del empleado de beneficiar a la empresa, por otro lado también ha dicho que, “tampoco resulta necesario que el objetivo principal del empleado sea el de beneficiar a la empresa ya que muchos empleados actúan con la mente puesta en su propia ganancia personal”²²⁹.

En referencia a la legislación española, GÓMEZ TOMILLO ha expresado que ésta al exigir que la acción u omisión se lleve a cabo en provecho de la persona jurídica, ha sido ambigua, ya que la expresión “en provecho” del artículo 31 bis, llama a equivocidad. Sin embargo, para el autor, la ley española debe interpretarse en términos objetivos, es decir, la objetiva tendencia de la acción a conseguir el provecho, a saber: “Se estaría requiriendo la constatación de la idoneidad *ex ante* de la conducta de la

²²⁷ GÓMEZ TOMILLO, Manuel. Ob. Cit. Pág. 85.

²²⁸ NIETO MARTÍN, Adán. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo. Editorial Iustel, 2008. Pág. 101.

²²⁹ GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española. Editorial B de F, 2010. Pág. 241-242.

persona física para que la persona jurídica obtuviese alguna clase de beneficio asociado a aquélla, aunque tal beneficio no fuese directo o inmediato, por ejemplo por ser una posibilidad futura que, finalmente, no acaeciese.”²³⁰ No obstante, para otros autores como GÓMEZ-JARA, la ley española se inclinaría por aquellos casos en que el provecho se ha producido efectivamente, y excluiría la responsabilidad penal de la persona jurídica cuando aquél fuese solo potencial²³¹.

Evidentemente, la tendencia en derecho comparado se inclina hacia la objetivización del provecho de la persona jurídica, lo que se pretende es excluir actuaciones ilícitas y perjudiciales para los intereses de la entidad, que no le reportan beneficio pero si le acarrearán responsabilidad penal por ser efectuadas dentro del ámbito de sus competencias²³². No obstante, la expresión “en su interés o para su provecho” contenida en el artículo 3º de la ley Nº 20.393, admite una lectura de marcado carácter subjetivo, lo cual supone que en nuestro país bajo la legislación actual, es necesario probar que la persona física que cometió el delito lo hizo con la intención de beneficiar a la persona jurídica, lo que evidentemente se vuelve una dificultad probatoria para el órgano persecutor. El profesor JEAN PIERRE MATUS, en la comisión de constitución en primer y segundo trámite constitucional, hizo mención de la inconveniencia que tenía que el interés o provecho consagrarse un elemento subjetivo, y de la necesidad de modificarlo a fin de no dificultar la prueba, solo así se evitaría “vincular la prueba del

²³⁰ GÓMEZ TOMILLO, Manuel. Ob. Cit. Pág. 86 y 87.

²³¹ GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. Ob. Cit. Pág. 486 y 487. En este mismo sentido, Martínez Pardo, afirma que el provecho debe ser actual, es decir debe haberse producido efectivamente. MARTINEZ PARDO, Vicente José. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Revista Internacional de Práctica Jurídica. Nº 26, año 2011, Pp.70. [En Línea] En: http://www.ripj.com/art_jcos/art_jcos/num26/26-3-vicpar.pdf visitando el día 11 de Mayo de 2011.

²³² GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. Ob. Cit. Pág. 241-242. En este mismo sentido: HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Ob. Cit. 220-221.

provecho objetivo en favor de la persona jurídica con la de un elemento subjetivo, presente en la mente de una persona natural.”²³³.

A pesar de lo anterior, la dificultad probatoria se vería salvada con la consagración negativa dispuesta en el inciso final del artículo 3º, el cual dispone que las personas jurídicas no serán responsables solo en el evento de que las personas físicas hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero, es así, como todos aquellos casos en que objetivamente se tiende a beneficiar a la entidad cabrían dentro del presupuesto requerido por el artículo 3º.

De acuerdo a lo analizado hasta ahora, se observa que hay una necesaria vinculación entre la conducta de la persona física con la persona jurídica. Claramente la norma le otorga un rol protagónico a la persona natural en la comisión del hecho ilícito: es el órgano quien comete la infracción, gracias a lo cual – de configurarse el último presupuesto - puede llegar la persona jurídica a ser responsable penalmente.

Analizados parcialmente los presupuestos, resulta criticable, que la persona jurídica sea susceptible de ser responsable penalmente por la actuación ilícita de una persona física al interior de ésta, y no por sus propias actuaciones, con absoluta independencia de las personas naturales. De ello surgen las objeciones en relación a la imputación de la responsabilidad penal del ente moral, sin mediar la culpa de éste.

Por lo tanto, hasta ahora, puede sostenerse la existencia de una transferencia de responsabilidad de la persona natural a la persona jurídica de la cual es parte, ante lo cual se configuraría un escenario poco auspicioso dentro de nuestra tradición jurídico – penal: el de atribuir la responsabilidad penal a la persona jurídica por un hecho ajeno, cuestión enérgicamente criticada a nivel doctrinario, sobre todo por ser contrario a uno de los principios fundamentales dentro de la teoría del delito, como lo es el principio de culpabilidad.

²³³ MATUS ACUÑA, Jean Pierre. Informe Comisión de Constitución primer y segundo trámite constitucional. Historia de la ley N° 20.393. Ob. Cit. Pág.48 y 204.

Sin lugar a dudas, el rol que le cabe a la culpabilidad dentro de los sistemas de imputación, ha sido uno de los aspectos más problemáticos para aquellos que defienden esta nueva responsabilidad. No obstante, como hemos mencionado, aquella discusión, ha sido parte de un largo proceso en el derecho comparado, siendo ajeno, por la premura de los acontecimientos, a la discusión nacional.

Ahora bien, del análisis que haremos del último presupuesto, quizás el más importante y controvertido, saldrá a la luz, no sólo los objetivos preventivos y de autorregulación que tiene la ley para con las empresas, sino el punto de equilibrio de ésta, es decir, la incorporación de la culpabilidad dentro del sistema nacional de imputación penal de las empresas.

3.1.3 Incumplimiento de los deberes de vigilancia y supervisión por parte de la persona jurídica

El tercer presupuesto, ya mencionado, establece claramente que la comisión del delito debe ser consecuencia del incumplimiento, por parte de la persona jurídica, de sus deberes de dirección y supervisión. Lo primero a destacar, dice relación, con que los dos presupuestos anteriores – el hecho ilícito cometido por una persona natural y en provecho directo de la empresa - son llevados a cabo con éxito, debido a un incumplimiento o un cumplimiento imperfecto de los deberes de supervisión y dirección que tiene la empresa. Por lo tanto, el delito no derivaría directamente de la actuación del órgano, sino que de la falta de cuidado que tiene la persona jurídica, en relación a la prevención de eventuales delitos dentro de ella. En este sentido HERNÁNDEZ BASUALTO señala: “La persona jurídica no responde simplemente porque un sujeto relevante haya cometido un delito en su interés o para su beneficio, sino porque dicho delito es consecuencia del incumplimiento de sus deberes de dirección y vigilancia.”²³⁴.

Así las cosas, la perpetración de uno de los delitos del artículo 1º de la ley, vería facilitada su comisión, gracias a un defecto de organización de la empresa, esto es, una infracción a los deberes de vigilancia y dirección que permite que los órganos que la conforman, tengan el espacio suficiente para cometer el hecho ilícito, sin mediar

²³⁴ HERNANDEZ, Héctor. Ob. Cit. Pág. 225.

medidas preventivas de control. La persona jurídica es erguida por la ley, como garante de vigilancia respecto de sus integrantes, incluyendo dentro de sus deberes la prevención de delitos en su interior.

En este contexto, lo único que permitiría argumentar en favor de una actuación responsable de la empresa, es que ésta haya implementado con anterioridad a la ocurrencia del delito, un modelo de organización, administración y supervisión, que le permita prevenir en la medida de lo posible, la comisión de delitos, como expresamente lo establece el inciso 3 del artículo 3º.

El sistema de imputación que atribuye responsabilidad penal a las personas jurídicas, se gesta fundamentalmente sobre la base de la prevención, a través de la autorregulación que facultativamente puede llevar a cabo la empresa en aras de prevenir la comisión de delitos. Sin bien es cierto, la ley no obliga explícitamente a las empresas a implementar los modelos de prevención, sí ejerce dicha coerción al consagrar que a través de la implementación eficaz de éstos, es posible eximir de responsabilidad penal a la empresa. Por lo tanto, como lo señala HERNÁNDEZ BASUALTO: “el modelo de responsabilidad por defecto de organización se inscribe en la estrategia de control del delito vía autorregulación forzada (enforced self-regulation), esto es, imponiéndole a las empresas en cuyo seno se produce la actividad delictiva el deber de organizarse y regularse de modo que sirvan también como instancias de prevención y detección de la misma, concretamente mediante la adopción e implementación de programas de cumplimiento.”²³⁵

A través de la implementación de los modelos de prevención del delito, la ley incorpora dentro del sistema de imputación el principio de culpabilidad. Este es entendido como equivalente funcional y no en el sentido clásico respecto de las personas naturales, sino que se configura como la infracción a los deberes de dirección y supervisión, provocando un defecto en el accionar de la entidad. Como lo expone TIEDEMANN, la responsabilidad penal de los entes morales se regula normativamente sobre la base de la violación del deber de vigilancia, que implica directamente, que ésta a través de sus

²³⁵ HERNANDEZ, Héctor. Ob. Cit. Pág. 218.

órganos, haya omitido las medidas necesarias para una conducción ordenada de la entidad²³⁶. Así la cosas, el modelo de prevención y su implementación dentro de la persona jurídica, está íntimamente vinculado al principio de culpabilidad, ya que de no mediar los controles preventivos necesarios y ante la ocurrencia de un delito, la entidad incurre en la falta del cuidado debido, configurándose bajo esta forma, la culpabilidad de la empresa por el hecho propio²³⁷.

La presencia de modelos de prevención por parte de las personas jurídicas - en atención a evitar la ocurrencia de delitos y los costos económicos y en imagen que conlleva que la empresa sea sometida a un proceso penal, aun cuando finalmente esta resultase inocente – podría convertirse rápidamente en un ejercicio habitual dentro de la práctica empresarial, entendiéndose que la sola puesta en marcha actuaría como una especie de eximente de responsabilidad penal. Lo anterior no sería problema (ya que es específicamente lo que busca la ley: que la empresa se encuentre incentivada a la auto – regulación), sin embargo, no se lograría tal objetivo si consideramos que se ha dejado a instituciones externas²³⁸ la certificación de los modelos de prevención – y aunque tal certificación es catalogada por la ley como facultativa - podría prestarse para que las personas jurídicas solo busquen la certificación y no la prevención real y eficaz de los delitos, cayendo en una auto – regulación falsa, a través de un modelo preventivo de papel.

²³⁶ POLITOFF, Sergio. Cometer y hacer cometer: Desarrollo y significación actual de la noción de autoría mediata. El autor detrás del autor. De la autoría funcional a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Pág. 1259 – 1260. [En Línea] En: <http://www.uclm.es/aidp/pdf/barbero1/64.pdf>, visitado el día 24 de Junio de 2011.

²³⁷ Corte Suprema, Dirección de Estudio, Análisis y Evaluación. Ob.Cit. Pág. 11 – 12.

²³⁸ El artículo 4º de la Ley Nº 20.393, establece en su número 4 letra b): "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."

Bajo este prisma, la cuestión radica en no darle *a priori* a la certificación, el rol de eximente de responsabilidad penal de los entes morales. De ser así, claramente se desencadenaría en una aparente prevención por parte de las empresas, sin asumir los costos de fondo que significa la implementación real de los modelos preventivos dentro del funcionamiento interno de las empresas. Lo que en realidad busca la ley, es que la certificación cumpla con servir de prueba dentro de un proceso de investigación llevado a cabo por el órgano persecutor. Así, es forzoso concluir que la validación del modelo de prevención por medio de la certificación, debe evitar ser interpretado o entendido como un eximente de responsabilidad por el sólo hecho de concurrir a la situación fáctica que se presente.

Ahondaremos acerca del rol que le cabe a la certificación, en el próximo apartado sobre el artículo 4º, pero antes es fundamental advertir que el propio Ministerio Público en Oficio 440/2010, despeja dudas entorno a este punto de interpretación aduciendo que: "... el hecho de cumplir la empresa formalmente con todos los requisitos que el artículo 4º establece para la adopción del modelo de prevención de delitos, no implica que ésta haya implementado el modelo real, eficaz o idóneamente, lo cual será siempre objeto de investigación y prueba", en este mismo sentido es tajante en afirmar, "... la empresa no se exime de responsabilidad por el sólo hecho de contar con esta certificación..."²³⁹.

Concluido mayoritariamente el análisis de los presupuestos copulativos que deben concurrir para la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas, es oportuno aseverar que el sistema de imputación que se presenta a través del artículo 3º, es de naturaleza mixta. Por una parte nos encontramos con la transferencia de responsabilidad por el hecho delictivo llevado a cabo por la persona física, pero al mismo tiempo aquella actuación es permitida por un defecto de organización en la persona jurídica de la cual es parte, existiendo una directa vinculación entre la vulneración de los deberes de supervisión y dirección de la persona jurídica, y el

²³⁹ Oficio N° 440/2010. Instrucción General que imparte criterios de actuación para la investigación y persecución penal de las personas jurídicas. 23 de Agosto de 2010. Ob. Cit. Pág. 6-7.

accionar ilícito del órgano. Así las cosas, el sistema de imputación logra incorporar el principio de culpabilidad, tan importante dentro de nuestro ordenamiento, por medio de la figura del defecto de organización.

Consecuentemente, el punto central de este sistema de imputación de responsabilidad es que la entidad cubra los eventuales riesgos de comisión de delitos por medio de la implementación eficaz de los modelos preventivos, que la ley, a través del artículo 4º, señala como facultativos pero que sin embargo, deberá implementar con diligencia si quiere evitar ser imputado penalmente.

El sistema de imputación mixto, desarrollado por la ley N° 20.393, a través del artículo 3º, posibilita que la empresa sea responsable penalmente por la comisión de un hecho propio, derivado en un primer momento del accionar ilícito de uno o más de sus agentes. La imputación penal de la persona jurídica requiere, necesariamente del accionar de la persona natural, pero al mismo tiempo incorpora los presupuestos necesarios que impiden que tal sistema se transforme en vicarial, para lograr añadir el elemento preventivo y de auto regulación necesario para que la persona jurídica sea incentivada a tener capacidad de regulación, prevención y control, ejerciendo la cuota de responsabilidad de manera justa, a la luz del principio de culpabilidad, el cual ocupa un rol protagónico dentro de nuestro ordenamiento jurídico penal.

Sin embargo, el artículo 3º por sí solo no basta para la configuración acabada de un modelo de imputación de responsabilidad penal que pretenda combatir ampliamente las situaciones de criminalidad empresarial: ¿qué ocurre con aquellas situaciones en que la persona física no logra ser identificada?; ¿y aquellos casos en que resulta eximida de responsabilidad penal?, todas estas situaciones podrían llegar a transformarse fácilmente en el punto de fuga de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de ahí que el artículo 5º es parte importante en la configuración de este sistema de imputación penal, el cual pasamos a analizar a continuación.

3.2 Análisis del artículo 5 de la ley N° 20.393.

Habiendo realizado ya el análisis del artículo 3º de la ley en comento, que contiene el sistema de imputación de aplicación general, es turno de revisar la disposición del

artículo 5°, la que, a pesar de regular situaciones de carácter excepcionales (al menos teóricamente) incide de manera enérgica en el modelo adoptado por la ley que consagra la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En efecto, el sistema de imputación debe ser construido a partir de la conjugación de los dos artículos mencionados con anterioridad, dado que regulan situaciones fácticas diferentes. Lo anterior se manifiesta toda vez que el artículo 3° contiene normas que deben aplicarse cuando el sujeto natural que comete la infracción se encuentra identificado, y es considerado completamente capaz para transferir la responsabilidad a la persona jurídica que se benefició con el ilícito. En cambio, el artículo 5° discurre sobre la posibilidad de que esa persona no sea apta –por diferentes razones- para transferir la responsabilidad del sujeto natural a la empresa.

En razón de lo anterior, el análisis de este artículo se iniciará citando la norma en comento, para posteriormente desglosarla en sus respectivos incisos, y así realizar un entendimiento parcializado, que permita una comprensión global del artículo.

El artículo 5 indica lo siguiente:

“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 93²⁴⁰ 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

²⁴⁰ Título V Código Penal de Chile, De la extinción de la responsabilidad penal. **Artículo 93:** “La responsabilidad penal se extingue:1.° Por la muerte del procesado, siempre en cuanto a las penas personales, y respecto de las pecuniarias sólo cuando a su fallecimiento no hubiere recaído sentencia ejecutoria. (...) 6.° Por la prescripción de la acción penal”.

o los imputados, conforme a las causales de las letras b) y c) del artículo 252 del Código Procesal Penal²⁴¹.

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°.

3.2.1 Inciso primero

La regla en comento comienza declarando que la responsabilidad de la persona jurídica será **autónoma** respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales. Analizando esta disposición corresponde preguntarse: ¿Cómo dos responsabilidades que nacen de un mismo hecho pueden ser independientes o autónomas entre sí? Es más, de la simple lectura del artículo 3° – que consagra las reglas generales de imputación- se entiende que la participación de la persona natural es un requisito esencial y clave para transferir la responsabilidad de la persona natural hacia la persona jurídica. No es entonces antojadizo declarar que existe contradicción entre ambas disposiciones. Así lo expresó el profesor JORGE BOFILL durante la discusión parlamentaria, ante la comisión de constitución de la cámara baja, la que dio cuenta de lo siguiente: “(...) Resaltó la importancia de los artículos 3° y 5°, señalando que el primero establecía un sistema de responsabilidad heterónoma, es decir, se atribuía responsabilidad a la persona jurídico por un hecho ajeno, no por el hecho

²⁴¹ Código Procesal Penal: “Artículo 252. Sobreseimiento temporal. El juez de garantía decretará el sobreseimiento temporal en los siguientes casos: (...) **b)** Cuando el imputado no compareciere al procedimiento y fuere declarado rebelde, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 99 y siguientes, y; **c)** Cuando, después de cometido el delito, el imputado cayere en enajenación mental, de acuerdo con lo dispuesto en el Título VII del Libro Cuarto”.

propio, y en el segundo, consagraba un sistema de responsabilidad autónoma. Agregó que creía importante resolver esta diferencia²⁴².

Como se puede apreciar, la incongruencia entre ambos artículos es evidente, lo que nos podría llevar a concluir que existen, al menos, dos sistemas de imputación diferentes consagrados en la misma ley.

Efectivamente, ambos artículos se encuentran en franca oposición y dicha estructura se basa en la siguiente razón: ambas normas, aunque versan sobre el mismo tema – sistema de imputación de responsabilidad penal de la persona jurídica- regulan situaciones de hecho diferentes, y desde tal perspectiva el artículo 5° es una norma de carácter subsidiario y excepcional. En otras palabras, el campo de aplicación de la norma que establece la autonomía de la responsabilidad penal empresarial es más estrecho y selectivo: solo podrá aplicarse en los casos que ahí se enuncian. Fuera de dicha enumeración casuística, la norma que primará y por lo tanto, deberá aplicarse, es el artículo número 3°.

En síntesis el artículo 5° contiene en sí un sistema de imputación de la responsabilidad alternativo que se caracteriza por ser una excepción a la regla general de imputación – contenida en el artículo 3° del mismo cuerpo legal- y que se construye aunando ciertos requisitos del sistema general con características particulares presentadas por las situaciones de hecho que dan lugar a la aplicación de la norma. Entonces, al consagrar una especie de responsabilidad autónoma, el inciso en comento establece que la responsabilidad de la persona jurídica “subsiste” en ciertos casos, que se encuentran contenidos en los numerales siguientes. Creemos que, a pesar de la literalidad del artículo, no se trata de una “subsistencia” propiamente tal, pues la responsabilidad viene a nacer desde un comienzo y completamente, al alero del artículo 5°, y no del 3°. De lo contrario se estaría cayendo en un absurdo: se tratarían de dos responsabilidades alternativas, pero al mismo tiempo de una sola que subsiste, lo que no es dable en la práctica. Es relevante mencionar que dicha subsistencia requiere,

²⁴² BOFILL GENZSCH, Jorge. Informe de Comisión Constitución. Historia de la Ley N° 20.393. Ob. Cit. Pág. 50 y ss.

para poder tener lugar, que se cumplan “los demás requisitos del artículo 3°”. Es conveniente preguntarse: ¿A qué requisitos se refiere? ¿Qué parte del engranaje montado en el sistema de imputación general se entiende excluido? Como se dijo anteriormente, el gran punto de inflexión de ambos sistemas se encontraría en el trato y consideración que se le da al rol de la persona natural en la configuración del delito. En el sistema principal – artículo 3°- la concurrencia de la persona natural es fundamento necesario para el nacimiento de la responsabilidad penal, en cambio, el artículo 5° discurre sobre una situación de hecho diferente: la persona natural involucrada en la comisión del ilícito es inexistente, o bien indeterminable.

En razón de lo anterior, no queda más alternativa que concluir que, cuando el artículo 5° en su inciso primero exige que concurren “los demás requisitos” se está refiriendo a: i) que se haya cometido un delito de aquellos enumerados en el artículo 1° del mismo cuerpo legal, ii) que exista directamente interés o provecho para la persona jurídica; iii) que exista un incumplimiento, por parte del ente moral, de los deberes de dirección y supervisión.

3.2.2 Inciso segundo: Numeral primero

Como se citó previamente, este numeral establece que la responsabilidad penal que acaece sobre la persona jurídica subsistirá aún cuando la responsabilidad que pudiera caberle a la persona natural se haya extinguido:

- a) Por la muerte del procesado, siempre en cuanto a las penas personales, y respecto de las pecuniarias sólo cuando a su fallecimiento no hubiere recaído sentencia ejecutoria (numeral 1° del artículo 93 del Código Penal Chileno) y;
- b) prescripción de la acción penal (numeral 6° del artículo 93 del Código Penal Chileno).

Es oportuno mencionar que el resto de los numerales del artículo 93 del Código Penal fueron excluidos expresamente a lo largo de la tramitación de la ley número 20.393, por considerarse inútiles en términos de política criminal, o bien inaplicables²⁴³.

Previo a continuar con el análisis de la norma, es prudente dar cuenta de la razón que fundamenta la subsistencia de la responsabilidad penal de la empresa.

En el primer caso (fallecimiento del procesado) la responsabilidad penal de la persona jurídica subsiste porque aún cuando no se haya dictado sentencia ejecutoria en contra de la persona natural involucrada en el delito, ésta se encuentra identificada, lo que, sumado al argumento de que la empresa responde por el hecho propio -defecto en la organización- se obtiene como resultado no sólo el nacimiento de la responsabilidad sino su perduración. Este raciocinio nos lleva a concluir que, por fundamentos de política criminal, la responsabilidad que pudiera corresponder al ente moral no debe extinguirse automáticamente, ya que de lo contrario, se estaría abriendo una puerta no menor para dar paso a la impunidad de la empresa.

El segundo numeral, que como se mencionó antes, contempla que la prescripción de la acción penal respecto de la persona natural no extingue la responsabilidad de la empresa. Dicha decisión contiene como presupuesto la siguiente lógica: En el caso que la extinción de la acción contra la persona natural acarrearía automáticamente la extinción correlativa de aquella que se dirige contra el ente moral, se estaría incentivando que tanto la persona natural como la empresa invirtieran recursos para evitar el procesamiento del primero, puesto que eso conllevaría a la impunidad de ambos. A diferencia de la causal anterior de muerte del procesado, en el caso de la prescripción de la acción penal existen intereses concordantes entre persona natural procesada y empresa, razón que fomentaría dicha práctica si constituyera aún una causal de extinción de la responsabilidad penal.

²⁴³ En este sentido Jorge Bofill, en comisión de constitución primer trámite constitucional, hace referencia a que solo los numerales 1º y 6º del artículo 93 del Código Penal son aplicables para que subsista la responsabilidad penal de la persona jurídica. Historia de la ley nº 20.393. Ob. Cit. Pág. 51-52.

A modo de breve síntesis entonces, podemos concluir que ambas causales de extinción de la responsabilidad penal del artículo 93 del Código Penal son dejadas sin efecto por la ley número 20.393, a fin de evitar la posible elusión injustificada del proceso y de la sanción a la que arribaría.

3.2.3 Inciso tercero: numeral segundo

Aquí se establece que el proceso penal contra la persona jurídica seguirá su curso aún cuando se decretare el sobreseimiento temporal a favor de las personas naturales con calidad de imputados, siempre y cuando dicho sobreseimiento haya sido motivado por las causales b) y c) del artículo 252 del Código Procesal Penal²⁴⁴.

El fundamento político criminal que se encuentra tras esta norma no es diverso de aquel que respalda el inciso anterior: La imposibilidad de seguir un proceso criminal contra la persona natural que participó del acto delictivo que contraerá consecuencias jurídico penales para la empresa recae en una situación individual que no debe transferirse a la persona jurídica ni afectar su calidad de imputado. Como ya se dijo anteriormente, la culpa de la persona jurídica se constituye por su defecto de organización que derivó en el acto anti-jurídico, de ahí que el sobreseimiento temporal respecto de la persona natural por no ser esta habida o por caer en enajenación mental, no disminuyen el defecto organizacional de la empresa, motivo principal de su inclusión en el proceso penal.

²⁴⁴ Artículo 252 Código Procesal Penal: "Sobreseimiento Temporal. El juez de garantía decretará el sobreseimiento temporal en los siguientes casos: (...)

b) Cuando el imputado no compareciere al procedimiento y fuere declarado rebelde, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 99 y siguientes.

c) Cuando, después de cometido el delito, el imputado cayere en enajenación mental, de acuerdo con lo dispuesto en el Título VII del Libro Cuarto. (...).

3.2.4 Inciso cuarto

A primera vista, es dable concluir que el último inciso del artículo 5° no posee ninguna diferencia esencial, desde la perspectiva de la situación fáctica regulada, con los incisos anteriores. Efectivamente dicha norma regula el destino que deberá seguir el proceso en contra del ente moral cuando la persona natural no se encuentra por alguna razón en el marco del proceso. Hasta este punto, no existe ninguna diferencia sustancial con el resto del artículo en comento. La peculiaridad de este inciso, se encuentra en la situación de hecho que regula: La ausencia de la persona natural – dentro del marco del sistema de imputación- se debe, no a razones de imposibilidad de comparecencia (como la muerte, prescripción, rebeldía y/o sobreseimiento contemplado en los casos anteriores) sino a que no se encuentra claramente determinada, es decir, un sujeto sin identidad.

Como claramente lo dice el artículo: “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 él 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”.

Durante la tramitación del proyecto de ley, este inciso generó discusión en dos sentidos que vale la pena mencionar.

En primer lugar, y atendiendo al riesgo que significa procesar al ente moral desconociendo la identidad de la persona natural que perpetró el hecho, la ley exige que se demuestre **fehacientemente** que el delito se cometió dentro de las atribuciones y funciones propias de las personas que la ley considera aptas para ser sujetos capaces de transferir la responsabilidad a la empresa de la cual dependen.

El adjetivo “fehacientemente” debe ser tomado en consideración durante el desarrollo del proceso puesto que su inserción no es azarosa, sino que por el contrario, tiene el objetivo de elevar la calidad del rendimiento de prueba, considerando las implicancias

procesales del caso: la imputación podrá extenderse a otro sujeto –la persona jurídica– en consideración a la persona física no determinada que se supone cometió, ordenó, toleró o incitó la comisión del delito. Así lo ha entendido el Fiscal Nacional del Ministerio Público, quien asevera: “Cabría señalar que la ley pareciera establecer un estándar de prueba superior al normal, al señalar que debe acreditarse fehacientemente que el delito se cometió en el ámbito de funciones de los altos directivos de la empresa. La delimitación de tal estándar será labor de la jurisprudencia, pero en lo que respecta al Ministerio Público, los fiscales deberán poner especial atención en la recolección de medios de prueba y evidencia útil para la acreditación de esta circunstancia”²⁴⁵.

Desde una perspectiva político-criminal podemos justificar la existencia de esta norma, atendiendo a que la realidad de las personas jurídicas en la actualidad es extremadamente compleja e intrincada, formando pequeñas sociedades cuyo funcionamiento y métodos de organización son difíciles de reconstruir, especialmente dentro de un proceso penal donde el mismo objeto de estudio pretende no ser inculpado. Sin embargo, y como ya se dijo anteriormente, los costos de incluir una norma como la que se encuentra en comento, son altos dado que se cae en la posibilidad de procesar a un individuo, aunque jurídico, inocente y exento de responsabilidad, razón por la cual se eleva el nivel probatorio correspondiente al fiscal.

Es atingente mencionar que el abogado del ministerio público que informo ante la comisión Constitución del Senado, don ANTONIO SEGOVIA observó que la calificación “fehacientemente” no era del todo acorde con la terminología usada en el Código Procesal Penal, y que era preferible reemplazar dicho adjetivo por la frase “más allá de toda duda razonable”, sin embargo su proposición no fue acogida en definitiva²⁴⁶.

²⁴⁵ Oficio N° 440/2010. Instrucción General que imparte criterios de actuación para la investigación y persecución penal de las personas jurídicas. 23 de Agosto de 2010. Ob. Cit. Pág. 11.

²⁴⁶ Historia de la ley N° 20.393. Ob. Cit. Pág. 260.

En segundo lugar, y de mayor importancia a nivel de política-criminal y respeto de los principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico penal, se discutió durante la tramitación la viabilidad de aplicación de esta norma, por sobre la regla general contenida en el artículo 3° del mismo cuerpo legal.

Ciertos parlamentarios, como el Senador CHADWICK, manifestaron su preocupación respecto del último inciso del artículo 5°, indicando que dicha norma abría un camino para que el fiscal a cargo de la investigación omitiera identificar al sujeto natural, y pasara directamente a la imputación de la persona jurídica, eliminando así en la práctica un requisito que, según el planteamiento del artículo 3°, sería esencial. En ese sentido, CHADWICK declara: “Al órgano persecutor le será más práctico recurrir directamente al artículo 5° demostrando que el delito no pudo haberse cometido sino a través de la empresa, liberándose de la tarea de imputar a sujetos individuales determinados”.²⁴⁷ Aunque justificada la observación, durante la misma sesión en la tramitación, se estimó que dicha posibilidad (elección del sujeto imputado, por parte del representante de la Fiscalía) no era, en la práctica, una posibilidad real ya que en la generalidad de los casos será más fácil identificar a la persona natural responsable, considerando el amplio universo de sujetos que contempla el artículo 3° de la ley N° 20.393. Además de lo anterior, y según se revisó previamente, la exigencia probatoria del órgano persecutor sería más elevada en el artículo 5°, en razón justamente de la no identificación de la persona natural que debiera transferir la responsabilidad al ente moral. El hecho de establecer exigencias probatorias diferentes podría arrojar como resultado que indirectamente, se eligiera siempre imputar vía artículo 3°, toda vez que ello sea posible, reafirmando de esta manera su carácter de artículo prioritario y de sistema de imputación general, y como contrapartida caracterizando al artículo 5° y sus disposiciones como de aplicación subsidiaria y excepcional.

Sin embargo, aun cuando la aplicación del artículo 5° es subsidiaria y excepcional, la responsabilidad autónoma que parece contener esta norma no es tal. Lo anterior se desprende del simple análisis de este artículo, el cual no contempla en esencia la posibilidad de atribuir responsabilidad a la persona jurídica sin considerar a la persona

²⁴⁷ Historia de la ley N° 20.393. Ob. Cit. Pág. 259.

física que ejecutó el delito. Si se analizan los presupuesto de aplicación de la norma, es evidente que en cada uno, estuvo o debió haber estado presente la persona natural, es decir la ley se pone a resguardo de que persistirá la responsabilidad de la persona jurídica aun cuando haya ocurrido la muerte, prescripción de la acción, rebeldía y/o sobreseimiento e imposibilidad de identificar a la persona física, pero en ningún caso construye una hipótesis real de responsabilidad autónoma de la persona jurídica. En este mismo sentido HERNÁNDEZ BASUALTO afirma: “materialmente no hay ninguna hipótesis de responsabilidad de la entidad sin persona natural responsable.”²⁴⁸. A mayor abundamiento el autor sostiene categóricamente, que el artículo 5º sigue la misma lógica que el artículo 3º, con la diferencia de que se configuran los presupuesto sin la necesidad de imponer condena a la persona natural, volviendo la responsabilidad de la persona jurídica totalmente dependiente de la responsabilidad de la persona física, y por el contrario muy alejada de la autonomía que se pretendía lograr²⁴⁹.

El debate por lograr consagrar una responsabilidad autónoma real, estuvo presente durante la tramitación de esta ley²⁵⁰, pero aquél punto fue duramente criticado por parte de la doctrina, que creían imposible responsabilizar a la persona jurídica sin tener previamente “identificada” a la persona física. Uno de los principales propulsores de no desvincular la responsabilidad de la persona jurídica de la de aquellos que cometieron la conducta fue JORGE BOFILL, quien manifestó en la comisión de constitución en segunda trámite constitucional, lo siguiente: “Considero que ello es inaceptable porque si se desconoce al autor, no se sabrá si la persona natural actuó con dolo. Esto último,

²⁴⁸ HERNANDEZ, Héctor. Ob. Cit. Pág. 221.

²⁴⁹ HERNANDEZ, Héctor. Ob. Cit. Pág. 221-224.

²⁵⁰ En este sentido, Gonzalo Medina durante su intervención en la comisión de constitución en primer trámite constitucional, señaló estar de acuerdo con consagrar la responsabilidad autónoma de las persona jurídicas, por ser necesaria para enfrentar la irresponsabilidad organizada, pero no bajo los términos propuestos, es decir, vinculando el hecho punible por parte de la persona física con la persona jurídica. Historia de la ley Nº 20.393. Ob. Cit. Pág. 54.

a su vez, no permite distinguir si se trata de un resultado punible o de un hecho punible. En síntesis, en este punto el artículo 5º es inconciliable con el artículo 3º.”²⁵¹

El artículo 5º está concebido como una norma taxativa, de ahí que surge el inconveniente, advertido por la doctrina, de que en los demás casos en que este ausente la persona física automáticamente decaerá la responsabilidad penal de la persona jurídica. Como lo expresa HERNÁNDEZ BASUALTO, el caso más controvertido es el de la eximentes de responsabilidad, presente en el artículo 10 del Código Penal, éstas estaban contempladas en el proyecto original del Ejecutivo, pero fueron rápidamente eliminadas debido a que se consideró que era absurdo sancionar a la persona jurídica por la comisión de hechos lícitos por parte de la persona física²⁵². Sin embargo, es de toda lógica pensar que la responsabilidad penal de la persona jurídica podría haber subsistido frente a las causales Nº1 y Nº 9 del artículo 10, las cuales se refieren a la enajenación mental de la persona natural, en cuanto la entidad hubiera podido y debido evitar su aparición, como parte de sus labores de selección, capacitación y supervisión de personal²⁵³.

En este sentido la legislación italiana, por medio del artículo 8 del Decreto Legislativo Nº 231, construyó un modelo de responsabilidad autónoma que contiene, no solo las hipótesis en que la persona natural no logra ser identificada sino que además incluye, en término amplios, los casos en que no sea imputable. De esta manera, la persona jurídica podrá ser responsable penalmente aun cuando la persona física que cometió el delito sea declarada inimputable, es decir, las causales de justificación y de exclusión de la culpabilidad de la persona natural no impiden que se siga el procedimiento penal

²⁵¹ Historia de la ley Nº 20.393. Ob. Cit. Pág. 213.

²⁵² Historia de la ley Nº 20.393. Ob. Cit. Pág. 69.

²⁵³ En este sentido HERNANDEZ, Héctor. Ob. Cit. Pág.224.

contra el ente moral, lo cual consagra la efectiva independencia de ambos tipos de responsabilidad²⁵⁴.

En síntesis y en atención a los argumentos otorgados precedentemente, es dable afirmar que bajo los términos actuales, el artículo 5º de la ley Nº 20.393 no contiene una responsabilidad autónoma de las personas jurídicas. HERNÁNDEZ BASUALTO, es categórico: “la ley chilena no conoce nada que merezca llamarse “responsabilidad autónoma” de las personas jurídicas.”²⁵⁵. Lo que si se evidencia es la marcada vinculación existente entre la condena al sujeto individual y la imputación a la persona jurídica, lo que sin lugar a dudas, demuestra que a pesar de los esfuerzos la responsabilidad penal de la persona jurídica está subordinada a la de la persona natural. Esto indudablemente, generará en un futuro cercano, más de alguna recomendación por parte de la OCDE²⁵⁶.

²⁵⁴ El artículo 8º del Decreto Legislativo Nº 231, dispone: 1. La responsabilidad de la entidad existe cuando:

- a) El autor no ha sido identificado o no es imputable.
- b) El delito se extingue por causa diferente a la amnistía.

2. A menos que la ley disponga otra cosa, no se procederá en contra de la entidad cuando se concedió la amnistía por un delito en relación al cual está prevista su responsabilidad y el imputado ha renunciado a su aplicación.

3. La entidad pueda renunciar a la amnistía.

Decreto Legislativo Nº 231, responsabilidad de las personas jurídicas, empresas y asociaciones, incluidas las no jurídicas, de conformidad con el artículo 11 de la ley 29 de septiembre de 2000, nº 300. [En Línea] En: <http://www.altalex.com/index.php?idnot=3030> visitado el día 22 de Agosto de 2011.

²⁵⁵ En este sentido HERNANDEZ, Héctor. Ob. Cit. Pág. 224.

²⁵⁶ El Informe de evaluación fase II emitido por la OCDE en Octubre de 2007, planteaba algunas dudas respecto al proyecto de ley, señalando sobre la responsabilidad autónoma: “2) no crea una responsabilidad legal autónoma para las personas jurídicas pues i) en cada caso debe

3.3 Modelos de prevención: Artículo 4º de la ley N° 20.393

La ley N° 20.393 contiene una irrefutable relación entre la redacción del inciso 3 del artículo 3º y el artículo 4º, de ahí la importancia de ahondar en los modelos de prevención. Si bien es cierto, que no analizaremos a cabalidad la incidencia del modelo de prevención en nuestro sistema, sí profundizaremos en aquellos elementos, que pueden llegar a tener suma importancia dentro del sistema de imputación penal de las personas jurídicas.

Específicamente el artículo 4º contiene los criterios mínimos y generales que debe implementar todo modelo de organización, administración y supervisión para la prevención de los delitos previstos en el artículo 1º. Tomando en cuenta el marcado carácter preventivo que tiene esta ley, llama la atención que la adopción de los modelos de prevención, se establezcan de manera facultativa y no obligatoria. En relación a la voluntariedad del modelo, VAN WEEZEL ha argumentado – dentro de su postura en contra de la responsabilidad penal de las personas jurídicas – expresamente que “Como el modelo no es obligatorio, la acusación no podrá argumentar que la persona jurídica carecía de él, lo cual significa que no podrá utilizar sin más el esbozo del art 4º para demostrar que, como el ente moral no se ajustó a él, entonces violó sus deberes.”²⁵⁷ De haberlo pretendido así, señala el autor, la ley debió haber señalado que la adopción del modelo preventivo es obligatoria y no facultativa, como expresamente señala.

identificarse a una persona natural como imputado; y ii) se requiere la condena de una persona natural para sancionar a la persona jurídica.”. Convención para combatir el Cohecho a Funcionario Público Extranjero y de la recomendación de 1997 sobre la lucha contra el cohecho en las transacciones comerciales internacionales. Traducción autentica del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Chile. Pág.105. [En Línea] En: http://www.minrel.gob.cl/prontus_minrel/site/artic/20091230/pags/20091230075800.php visitado el día 26 de Agosto de 2001.

²⁵⁷ VAN WEEZEL, Alex. Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Polít. crim.* Vol. 5, N° 9 (Julio 2010), Art. 3. Pág. 139. [En Línea] En: http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A3.pdf, visitado el día 30 de Agosto de 2010.

Lo cierto es que, al momento de discutir la ley, se presentó cierta oposición a imponer los modelos de prevención como obligatorios, ya que la adopción de estos implicaría grandes costos a empresas que difícilmente podrían ser cubiertos, en este escenario la ausencia del modelo de prevención enfrentaría a la empresa con una presunción legal en su contra, de ahí que se prefirió optar por el carácter voluntario, para no encarecer los costos de las pequeñas y medianas empresas²⁵⁸. En este sentido, lo que se busca a través de la implementación de estos modelos de prevención, es beneficiar a las personas jurídicas con la presunción de que está dando cumplimiento a las disposiciones que establece esta ley, para luego poder eximirse de responsabilidad penal.

Sin embargo, la Historia de la ley es clara en señalar, que la presunción es simplemente legal, por lo que puede ser destruida por la investigación que lleve a cabo el Ministerio Público²⁵⁹. En este sentido, la interpretación que ha querido dar la Fiscalía, dice relación con que más allá de que se adopte o no el modelo preventivo propuesto en el artículo 4º, lo que debe estar presente en la empresa es un modelo eficaz e idóneo, por lo tanto, si la empresa no adoptó un modelo como el propuesto en el artículo 4º, aquello no significa, *a priori*, el cumplimiento del tercer supuesto del artículo 3º, sino que éste necesariamente debe ser acreditado durante la investigación²⁶⁰.

A saber el artículo 4º establece los siguientes elementos básicos que deben estar presentes en todo modelo de prevención:

La designación de un encargado de prevención: éste tiene por misión, la adopción e implementación del modelo de prevención de delitos. El cargo tiene una duración de tres años, y es renovable. En cuanto a la autonomía que debe tener este encargado dentro de la persona jurídica, la ley establece una diferencia en relación al tamaño de

²⁵⁸ Historia de la ley N° 20.393. Ob. Cit. Pág. 249.

²⁵⁹ Historia de la ley N° 20.393. Ob. Cit. Pág. 250.

²⁶⁰ Oficio N° 440/2010. Ob. Cit. Pág. 7.

la empresa: si ésta tiene ingresos superiores a cien mil unidades de fomento, necesariamente el encargado de prevención deberá ser una persona que goce de autonomía²⁶¹ respecto de la administración de la persona jurídica, así como de sus dueños, socios, accionistas o controladores. No obstante, la ley permite que el encargado de prevención pueda ejercer labores de contraloría o auditoría interna.

Por otro lado, si la empresa tiene ingresos inferiores a las cien mil unidades de fomento, la ley permite que el dueño, socio o accionista controlador puedan asumir el rol de encargado de prevención, con el fin de no encarecer los costos de las medianas y pequeñas empresas.

Definición de medios y facultades del encargado de prevención: La Administración de la persona jurídica²⁶², debe proveer a los encargados de prevención los medios y facultades necesarias para el desempeño de sus funciones, lo que se traduce al menos, en los recursos y medios materiales necesarios, considerando el tamaño y capacidad económica de la entidad, además del acceso directo a la administración para informarla oportunamente de las medidas y planes implementados en el cumplimiento del modelo, así como para rendir cuenta de su gestión.

Establecimiento de un sistema de prevención de los delitos: el encargado de prevención junto a la administración de la persona jurídica, debe establecer un sistema de prevención de los delitos contemplados en el artículo 1º, para ello la ley contempla elementos mínimos que debe cumplir para dicho cometido:

- Identificación de procesos en que se genere o incremente el riesgo de comisión de delitos.

²⁶¹ El Oficio N° 440/2010 del Ministerio Público, establece que:” La “autonomía” del encargado de prevención dependerá de la organización y estructura interna de la empresa, y finalmente también será objeto de investigación y prueba.”. Ob. Cit. Pág. 8.

²⁶² Como “Administración de la persona jurídica”, la ley entiende al directorio, socio administrador, gerente, ejecutivo principal, administrador, liquidador, representantes, dueños o socios, según corresponda a la forma de administración de la entidad. Ley N° 20.393. Artículo 4º N°1 letra a).

- Establecimiento de protocolos, reglas y procedimiento que permitan que las personas que intervenga en el punto anterior, tenga conocimiento para lograr ejecutar sus labores de manera que prevenga la comisión de los hechos ilícitos.
- Identificación de procedimiento de administración y auditoría de recursos financieros para prevenir su utilización en delitos.
- Existencia de sanciones administrativas internas contra quien no cumpla el sistema de prevención de delitos.

La ley dispone expresamente que la normativa interna que contiene el sistema de prevención de delitos, deba ser incorporada en los respectivos contratos de trabajo y de prestación de servicios de los trabajadores, empleados, incluyendo a los máximos ejecutivos de la persona jurídica. Asimismo, estas obligaciones, prohibiciones y sanciones internas deben contenerse en los reglamentos internos y comunicarse oportunamente a todos los trabajadores.

Supervisión y certificación del sistema de prevención de los delitos: Establece primeramente una supervisión interna por parte del encargo de prevención y de la administración de la persona jurídica, para el establecimiento efectivo del modelo de prevención, la corrección de sus fallas y su actualización de acuerdo al cambio de circunstancias que experimente la entidad.

Seguidamente, contempla la posibilidad de validar, por medio de la certificación, el modelo de prevención de delitos desarrollado por la persona jurídica. Al igual que la implementación del modelo preventivo, la certificación de éste es voluntaria, y podrá llevarse a cabo por medio de empresas auditoras externas, clasificadoras de riesgo y otras registradas ante la Superintendencia de Valores y Seguros.

La función de la certificación, radica en acreditar la adopción e implementación del modelo de prevención de delitos. En ésta constarán los requisitos contemplados en los numerales 1) 2) y 3) del artículo 4º, en relación a la situación, tamaño, giro y nivel de ingresos de la persona jurídica. Por lo tanto, no existirá un certificado estándar, sino que dependerá de cada persona jurídica.

El rol que le cabe a la certificación dentro del modelo preventivo, como posible eximente de responsabilidad penal, es un aspecto que ha generado ciertas aprehensiones, debido fundamentalmente a su carácter facultativo. La historia de la ley, es tajante en señalar las motivaciones que hicieron de la certificación algo voluntario: no hacer incurrir en gastos a empresas que no pudieran solventar dicha inversión. Sin embargo, la ley no es lo suficientemente clara en determinar el valor que debe darse a la certificación. Primeramente ésta podría parecer innecesaria, ya que gracias a la sola adopción del modelo preventivo, podría constituirse la presunción legal y eximir a la empresa de responsabilidad, luego de haberse llevado a cabo la investigación y prueba por parte de la Fiscalía, la que podría concluir que aun en ausencia del mencionado certificado se cumple con los requisitos exigidos por el artículo 4°.

Sin embargo, lo que se busca indudablemente a través de la certificación es acreditar un cierto estado de situación de la persona jurídica. Además, según la práctica común en los ordenamientos jurídicos, es de la esencia de cualquier certificado dar fe de ciertos hechos. JORGE BOFILL, establece a este respecto que se deben diferenciar dos momentos: por un lado la adopción del modelo de prevención, y luego la efectiva implementación de éste. El Ejecutivo propuso, en segundo trámite constitucional a la Comisión de Constitución del Senado, la redacción de un nuevo numeral 4, dentro del cual se hacía cargo de la verificación del cumplimiento eficaz del modelo preventivo²⁶³. Así las cosas, lo que se pretendía era que la persona jurídica no sólo certificara que adoptó un sistema de prevención de delitos, sino que fuera posible auditar el funcionamiento del modelo a través del tiempo, es decir que éste está siendo utilizado y aplicado adecuadamente, con el fin de evitar fraudes²⁶⁴.

²⁶³ Historia de la ley N° 20.393. Ob. Cit. Pág. 248 y 249.

²⁶⁴ Al respecto Jorge Bofill explica que el beneficio de la auditoria radica en que la empresa no se amparará en la certificación original para utilizarla como presunción legal respecto de lo que ocurra con posterioridad al otorgamiento del certificado. El seguimiento del sistema, equivale al a revisión técnica a que se someten cada cierto tiempo los vehículos motorizados. Historia de la Ley N° 20.393. Ob. Cit. Pág.253.

El rechazo de esta propuesta de debió a motivos económicos, a la Comisión le pareció en un primer momento redundante volver a certificar un determinado modelo preventivo, pero por sobretodo consideraron que sería sumamente oneroso para la empresa, considerando que esta auditoría tenía una validez de dos años. Así las cosas, el artículo 4º fue aprobado considerando la certificación voluntaria, dentro de la cual se incluye la adopción e implementación del modelo preventivo. En este sentido indica, en la historia de la ley, JORGE BOFILL, “como el sistema es voluntario y auto regulativo, cada empresario decidirá si certifica la adopción de su sistema y, luego, su puesta en práctica”, y continuó señalando que “no podría ser de otra manera pues, de lo contrario se entregaría una verdadera “carta en blanco” al empresario. Por ejemplo, si se certifica un sistema el año 2009, no parece razonable que el juez dé valor a la presunción el año 2013.”²⁶⁵.

Lo que hemos venido señalando, se configura como uno de los principales problema dentro de la interpretación del modelo preventivo, ya que para muchos la letra de la ley llama a confusión. Lo anterior debido a que la certificación de la adopción del modelo preventivo en un primer momento puede interpretarse como suficiente, es decir, actuaría como una presunción de cumplimiento de los deberes de dirección y supervisión en favor de la entidad, lo que se estima, podría llegar a desencadenar el abandono posterior, por parte de la empresa, del reglamento interno de prevención. En este sentido, tanto la historia de la ley como el Oficio 440/2010 de la Fiscalía, han sido claros: la empresa no se exime de responsabilidad por el sólo hecho de contar con la certificación. Este punto, es a ojos de la Fiscalía, uno de los más desafiantes, ya que implica llevar a cabo una investigación mucho más compleja y acabada con miras a desvirtuar la presunción que la empresa tiene a su favor. Así las cosas, mediante el proceso de investigación y prueba que lleve a cabo el Ministerio Público, luego de la ocurrencia de un delito, éste podría llegar a probar que la empresa no tenía realmente un modelo de prevención eficaz e idóneo, o si lo tenía, este era más bien un modelo

²⁶⁵ Historia de la Ley Nº 20.393. Ob. Cit. Pág. 256.

formal, que aparentaba el cumplimiento de un sistema preventivo²⁶⁶, pero que realmente no implicaba una política preventiva real por parte de la entidad.

En cuanto a la calidad de la certificación, en Enero de 2010, la Superintendencia de Valores y Seguros dictó una norma de carácter general en referencia a las pautas que deben cumplir las empresas de auditoría externa, sociedades clasificadoras de riesgo y demás entidades para cumplir la labor de certificación de modelos de prevención de delitos a que se refiere la Ley N° 20.393.

Concretamente, entre otras cosas, contiene la información básica que debe tener cualquier certificado emitido por la entidad correspondiente. A saber:

- Fecha de emisión del certificado.
- Periodo de vigencia del certificado, en la que la opinión de la entidad certificadora, resulta razonable volver a pronunciarse respecto de la existencia e implementación del modelo de prevención de delitos, para constatar que éste posee en todos sus aspectos significativos los requisitos establecidos en los numerales 1), 2) y 3) del artículo 4º de la Ley N° 20.393, en relación a la situación, tamaño, giro, nivel de ingresos y complejidad de la persona jurídica. En todo caso, este periodo no podrá ser superior a 2 años, pudiendo subordinarse dicho periodo, a condiciones establecidas en el contrato de prestación de servicios de certificación correspondiente.
- Razón social, RUT y número de inscripción en el Registro de Entidades Certificadoras de Modelos de Prevención de Delitos, de la entidad certificadora.
- Razón social y RUT de la persona jurídica para la que se está emitiendo el certificado.
- Que la persona jurídica cuenta con un modelo de prevención de delitos, que éste se encuentra implementado y que dicho modelo contempla todos los requisitos

²⁶⁶ Oficio N° 440/2010. Instrucción General que imparte criterios de actuación para la investigación y persecución penal de las personas jurídicas. 23 de Agosto de 2010. Ob. Cit. Pág. 9-10.

establecidos en los numerales 1), 2) y 3) del artículo 4º de la Ley N° 20.393, en relación a la situación, tamaño, giro, nivel de ingresos y complejidad de la persona jurídica, de conformidad a los dispuesto en la letra b) del número 4 de dicho artículo.

- Nombre completo y número de Cédula de Identidad de quien suscribe el certificado.
- Nombre completo y número de Cédula de Identidad de las persona a cargo de la dirección del proceso de certificación correspondiente.
- Nombre completo y número de Cédula de Identidad de las persona a cargo de la evaluación del modelo de prevención de delitos.
- Indicación del hecho que la misma entidad que emite el certificado, o un relacionado a ésta, no ha asesorado a la persona jurídica que ésta siendo certificada o a una entidad del grupo empresarial a la que ésta pertenece, para efectos del diseño o implementación de su modelo de prevención de delitos.
- Indicación del hecho de que la entidad que emite el certificado, no pertenece al grupo empresarial de la persona jurídica que está siendo certificada.
- El certificado deberá ser emitido en medios físicos o electrónicos que garanticen su fidelidad e integridad, por un periodo de al menos 10 años a contar de la fecha de su otorgamiento²⁶⁷.

Aspecto clave a destacar, de los requisitos contemplados por la Superintendencia de Valores y Seguros, es el haber incluido un periodo de vigencia del certificado, el cual no podrá exceder de 2 años, sin perjuicio de lo cual antes del vencimiento de este periodo, la entidad certificadora, podrá constatar la correcta implementación del modelo preventivo. Con ello se evidencia, que la certificación da fe de ciertas circunstancias

²⁶⁷ Superintendencia de Valores y Seguros. Norma de Carácter General. N° 302, de 25 de Enero de 2010. Pág. 7-8. [En Línea] En: http://www.svs.cl/normativa/ncg_302_2011.pdf, visitado el día 6 de Julio de 2011.

fácticas presentes en determinado momento, y que por tanto debe estarse constatando y corrigiendo su vigencia e implementación cada cierto tiempo.

Por otro lado, el marcado carácter voluntario del modelo preventivo presente en el artículo 4º, obliga a interpretar que no puede presumirse el incumplimiento de los deberes de prevención y supervisión por el sólo hecho de no contar con la certificación, o incluso, por no contar con el modelo de prevención en los términos establecidos en la ley, de ser así, será la empresa la que deberá probar su diligencia. En este sentido HERNÁNDEZ BASUALTO señala: “Será tarea jurisprudencial precisar cuando las medidas de prevención delictiva adoptadas por una entidad sin modelo de prevención en los términos del art. 4º pueden considerarse equivalentes a la adopción de dicho modelo y, en consecuencia, liberan de responsabilidad.”²⁶⁸.

Lo que sí está claro, es que la adopción de los modelos de prevención en conjunto con la certificación de la adopción y posteriormente de la implementación de éste por parte de la persona jurídica es, sin lugar a dudas, una presunción legal que libera a la empresa de tener que probar que ha cumplido con los deberes de dirección y supervisión que le impone la ley, invirtiendo la carga de la prueba a su favor, por lo tanto servirá como un valioso método de defensa ante un eventual juicio, configurándose como una herramienta de mitigación de riesgos. Sin embargo, lo que debe concluirse, es que la tarea no es meramente formal, sino que de fondo, no sólo la presencia del modelo es lo que será puesto a prueba por parte del Ministerio Público, sino que es la idoneidad del modelo – entendida como la implementación de medidas eficaces que obstaculicen la comisión de delitos - lo que será objeto de investigación y prueba.

A mayor abundamiento diremos que, los objetivos preventivos y de auto regulación incorporados por medio de esta ley, pueden llegar a ser cuestionables si se considera que es deber del Estado velar por la fiscalización, prevención e investigación de los hechos ilícitos dentro de nuestra sociedad. Típicamente se ha entendido así, por tanto, lo que hace enfáticamente esta ley, es romper estos esquemas, traspasando dichos

²⁶⁸ HERNANDEZ, Héctor. Ob. Cit. Pág. 226.

deberes a las entidades morales, dentro de las cuales se desarrolla el defecto de organización que desencadena el delito.

Sin embargo, lo que parece una carga injusta impuesta por la ley, no es más que el resultado de la obligación correlativa que tiene toda persona jurídica al ejercer su libertad, esto es, la responsabilidad que le cabe en el ejercicio de sus actividades. La empresa, al igual que las personas naturales, debe hacerse responsable de su libertad, y por tanto velar para que sus acciones no den lugar a delitos que perjudiquen bienes jurídicos relevantes dentro de nuestra sociedad²⁶⁹. Dentro de este contexto, los fines específicos de esta ley, apuntan no sólo a la prevención, como se ha venido reiterando, sino que son también reactivos, es decir, la ley se hace cargo de prevenir, en la medida de lo posible, la ocurrencia del hecho ilícito, y además se ocupa de que si llega a suceder, la persona jurídica sea incentivada, a ser parte del proceso de investigación²⁷⁰. Concretamente, la empresa es llamada a colaborar, primero, con la prevención del delito, de lo contrario corre el riesgo de ser, a lo menos, imputada penalmente, y en segundo lugar la ley incita a la persona jurídica a colaborar, una vez cometido el delito, dentro de la investigación si quiere configurar atenuantes que la beneficien dentro del proceso.

La puesta en marcha de los modelos de prevención en las empresas, es a todas luces el principal objetivo que pretende alcanzar esta ley. La búsqueda por frenar la comisión de delitos por parte de las personas jurídicas, se inicia con que éstas se encuentren incentivadas sino obligadas, a la adopción de políticas internas preventivas, que desde el punto de vista específico, les propicien una presunción legal a su favor que impida que sean responsables penalmente, y que, desde el punto de vista general, sean capaces de colaborar con el aparato estatal en la lucha contra la criminalidad empresarial. Ahora bien, probablemente en un futuro cercano, con la inevitable ampliación del catálogo de delitos, podrá hacerse una lectura más certera acerca de la

²⁶⁹ HERNANDEZ, Héctor. Ob. Cit. Pág. 219.

²⁷⁰ Artículo 6º Ley Nº 20.393.

incidencia práctica de los modelos de prevención en el combate delictivo al interior de las personas jurídicas, ya que actualmente por lo restringido del catálogo y la inexistencia de entidades imputadas penalmente, aquel análisis resulta imposible.

3.4 Análisis crítico del modelo de imputación chileno a la luz de los artículos analizados y modelos presentes en el derecho comparado.

A lo largo de los capítulos precedentes, hemos visto que la batalla contra la criminalidad empresarial es llevada a cabo por las legislaciones de distintas maneras aun cuando, el origen de dicha necesidad es el mismo: la vulneración de ciertos bienes jurídicos de relevancia para la sociedad y el protagonismo que tienen las personas jurídicas en la actualidad. Es así como los Estados han optado por desarrollar una política criminal que detenga tal flagelo social, impidiendo su masificación e impunidad, a través de la superación del principio *societas delinquere non potest* reemplazándolo por *societas delinquere potest*, decisión que explica la tendencia mundial en esta materia, durante el último tiempo.

Concretamente, la implementación de los sistemas de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas en los Estados analizados en el capítulo de derecho comparado, ha obedecido a un proceso de evolución prolongado, en donde la presión a nivel internacional – que se manifiesta con la suscripción de diferentes tratados- junto al exhaustivo estudio por parte de la doctrina, llevó a que finalmente fuese aceptada la necesidad de responsabilizar penalmente a los entes morales. Por otro lado, como se ha mencionado, el proceso experimentado por Chile ha sido diferente: nuestro país, pasó por alto los análisis doctrinarios y las necesidades de política criminal, publicando una ley – que si bien se considera un avance – responde a compromisos e intereses políticos internacionales, como lo era ser miembro permanente de la OCDE.

Así las cosas, al momento de tener que implementar la responsabilidad penal de las empresas dentro de nuestro ordenamiento jurídico, el poder ejecutivo –que propuso la ley en comento- se vio claramente influenciado por legislaciones que ya habían implementado tal responsabilidad, tomando ventaja de dicha experiencia para la construcción de un modelo de imputación de responsabilidad que fuese lo más coherente y útil de acuerdo a nuestras necesidades.

Anteriormente, concluimos que el sistema de imputación escogido por el legislador chileno es de naturaleza mixta, basándose en un defecto de organización de la persona jurídica²⁷¹. Los presupuestos copulativos generales requeridos por el artículo 3º para lograr atribuir responsabilidad penal a los entes morales se resumen en: i) la comisión del delito por persona natural determinada por la ley; ii) que la persona natural haya cometido el ilícito en beneficio de la persona jurídica; y, iii) que la entidad haya incumplido previamente sus deberes de dirección y supervisión.

En síntesis, la falta de cuidado en las tareas de control, supervisión o dirección provoca el hecho delictual, por el cual la entidad podría llegar a ser penalmente responsable. Sin embargo, si bien la empresa será responsable por un hecho propio, es de la esencia de esta responsabilidad que el hecho ilícito haya sido cometido por alguno de sus órganos en beneficio de la entidad, de ahí que la participación de las personas físicas al interior de la persona jurídica no deja de ser determinante, es más, su rol es de suma relevancia a la hora de atribuir responsabilidad penal a la empresa. Así las cosas, hay una evidente evolución desde la responsabilidad penal del agente, hacia la responsabilidad penal de la propia persona jurídica por su falta de cuidado en el control y supervisión de sus órganos.

Sin embargo, aun es prematuro dentro de nuestra legislación aseverar que la persona jurídica es responsable penalmente por un hecho propio, es más de la lectura de los artículos 3º y 5º de la ley N°20.393, es fácilmente perceptible la necesidad que tiene el sistema de imputación de, en el primer caso determinar a la persona natural y luego en el segundo, ante su imposibilidad de imputación o determinación, asegurar fehacientemente que el hecho ilícito debió necesariamente ser cometido dentro del ámbito de las funciones de alguno de los órganos. Si bien se menciona al artículo 5º como aquel que consagra la responsabilidad autónoma de la persona jurídica, esto no es tal, precisamente porque la imputación del ente moral no se construye con real y total independencia de la persona natural. Durante la tramitación de la ley y

²⁷¹ BOFILL GENZSCH, Jorge. "Estructuras de imputación y prevención de delitos al interior de la persona jurídica". En: "Gobiernos Corporativos. Aspectos esenciales de las reformas a su regulación". Coordinador: Javier Wilenmann. Pp. 184.

precisamente durante la discusión del artículo 5º, se intentó consagrar la responsabilidad penal de la persona jurídica pese a no haber identificación completa de la persona natural responsable, sin embargo, ésta no prosperó cabalmente debido a que se consideró, por parte de los asesores de la Comisión del Senado, que el estatuto de responsabilidad establecido requería se probara la existencia de un vínculo entre el hecho delictivo de una persona natural y el defecto de organización de la empresa²⁷². La discusión finalmente gatilló que se consagrar el inciso final del artículo 5º, eso sí, con un estándar de prueba aparentemente – porque el tratamiento judicial y dogmático aun no ocurre - más alto lo que dificultaría su aplicación.

A continuación sistematizaremos el análisis en razón de las semejanzas y falencias del sistema de imputación chileno a la luz del derecho comparado.

3.4.1 Sistemas de imputación de responsabilidad penal semejantes al chileno

El modelo de imputación chileno fue elaborado sobre la base de la experiencia recogida en el derecho comparado. El desarrollo intelectual de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro país era escaso, por tanto, iniciar tal proceso de investigación y discusión inagotable, habría implicado tiempo con el que no se contaba. El afán por cumplir con las expectativas impuestas por la OCDE, para ingresar como miembro permanente, hicieron que la estructura sobre la cual se construyera esta ley, y consecuentemente su modelo de imputación, estuviera muy influenciada por las opiniones que tal entidad tenía acerca de la eficacia e idoneidad de los sistemas de imputación presentes en el mundo. Así las cosas, el punto fue saber discriminar aquella legislación que fuese concordante con el modelo que se quería introducir en nuestro país.

Dicho esto, será fácil advertir que el legislador chileno, a la hora de elaborar un sistema de imputación tuvo en consideración principalmente el sistema desarrollado en Italia, el cual a su vez, tiene como antecedente el sistema norteamericano. Si bien este último,

²⁷² BOFILL GENZSCH, Jorge. “Estructuras de imputación y prevención de delitos al interior de la persona jurídica”. En: “Gobiernos Corporativos. Aspectos esenciales de las reformas a su regulación”. Coordinador: Javier Wilenmann. Pp. 188.

pertenece a una tradición jurídica ajena a la nuestra, en el último tiempo, y específicamente con las *Guidelines*, ha derivado en un sistema cada vez más alejado del vicarial, introduciendo elementos subjetivos.

En relación al modelo implementado en Italia, a través del Decreto Legislativo N° 231 de 2001, hemos dicho que este corresponde a un modelo mixto: contiene por un lado la transferencia de responsabilidad del órgano a la persona jurídica, y al mismo tiempo, la ley busca que la entidad se vea obligada a implementar modelos de prevención si quiere eximirse de responsabilidad. En este sentido la persona jurídica será responsable por la implementación eficaz e idónea del modelo de prevención. Consecuentemente la culpabilidad de la empresa es concebida como la incapacidad de ésta para llevar a cabo un modelo de prevención que permita evitar el delito, pudiendo cometerse éste gracias a un defecto en la organización de la empresa.

Así las cosas, la legislación Italiana, al igual como lo haría más tarde la chilena, establece primeramente en su artículo 5° que los delitos deben ser cometidos por personas físicas que actúan en beneficio o interés de la persona jurídica, para luego en su artículo 6°, en relación a los delitos cometidos por personas naturales en altas posiciones dentro de la entidad, consagrar las bases de lo que debe tener cualquier modelo de prevención de delitos que quiera ser implementado en una entidad para lograr eximirse de responsabilidad, encargándose así de establecer un estándar mínimo de exigencia de lo que debe tomarse en cuenta a la hora de poner en tela de juicio tal sistema de prevención ante la comisión de un delito.

De lo antes dicho, puede sostenerse que los artículos 3° y 4° de la ley N° 20.393 se inspiran directamente en lo consagrado en los artículos 5° y 6° del Decreto Legislativo N° 231 Italiano. Si bien es cierto la legislación chilena consagra los presupuestos copulativos de imputación íntegramente en su artículo 3°, complementa lo que debe entenderse por cumplimiento de deberes de dirección y supervisión con la expresa consagración del modelo de prevención de los delitos en el artículo 4°. En este sentido, el modelo de prevención facultativo propuesto por el legislador nacional se encuentra desarrollado, si bien de forma general, de manera más clara y específica que el italiano, centrándose en la certificación de la adopción e implementación del sistema de

prevención, cuestión no contemplada por el legislador italiano, quien establece directrices generales cuya idoneidad puede ser ratificada por el Ministerio de Justicia.

En relación a la voluntariedad del modelo preventivo, el italiano consagra en su artículo 6º que, si la empresa quiere eximirse de responsabilidad penal ante la comisión de delitos por parte de funcionarios en posiciones de poder, deberá probar, entre otras cosas, que implementó un modelo de prevención de delitos idóneo. Asimismo, la ley es clara en señalar que el modelo preventivo deberá contener las directrices contempladas en la ley, es por eso que el sistema italiano, al igual que el chileno, deja en manos de cada persona jurídica la decisión de implementar o no un modelo de prevención adecuado. En estricto rigor la ley no obliga a la implementación pero si castiga el hecho de no contar con tal modelo de prevención.

Otro aspecto a destacar, dice relación con el establecimiento y consagración en la ley Nº 20.393 de un sistema de atenuantes y agravantes. Lo anterior tiene directa relación con la tradición jurídica penal basada en la oportunidad que le brinda el sistema penal al sujeto imputado de probar su debida diligencia y/o cultura post delictiva. En este sentido, lo que se pone a prueba es la reacción que tiene la persona jurídica después de cometido el delito. No obstante, los objetivos reactivos presentes en la ley chilena no encuentran su origen en la legislación italiana, la cual se caracteriza por centrarse únicamente en la prevención del delito sin fomentar la colaboración de las entidades al aparato estatal una vez ocurrido el hecho ilícito. El sistema de atenuantes y agravantes presente en los artículos 6º y 7º de la ley Nº 20.393, se construyen sobre la base del sistema penal consagrado para las personas naturales, pero a su vez está influenciado por la *Sentencing Guidelines for Organizational Offenders* del sistema norteamericano.

Las *Guidelines* buscan emparejar el sistema de condenas a lo largo de todos los estados norteamericanos, lo que se concreta por medio de un sistema de atenuantes y agravantes que constituyen una oportunidad para la persona jurídica de disminuir su responsabilidad, demostrando la debida diligencia. Así las cosas, el sistema norteamericano junto con introducir el elemento subjetivo dentro de su sistema de imputación, también se adhiere a los objetivos reactivos que debe tener toda política criminal que pretenda erradicar completamente la criminalidad empresarial, haciendo

que las propias entidades formen parte de tal proceso, lo que facilita también, la repartición equitativa de los costos económicos de tal operación.

3.4.2 Falencias del sistema de imputación chileno

Cuesta trabajo poner en tela de juicio una ley que hasta la fecha no ha tenido incidencia práctica, ya que la teoría y la praxis no se han enfrentado, haciendo más difícil dilucidar cuales son realmente los puntos críticos de ésta. Precisamente su posible inutilidad, puede llegar a constituir, entre otras, una de las principales falencias de la ley N° 20.393.

- **Nula aplicación de la ley**

Si bien es cierto, con la entrada en vigor de la norma en comento, Chile dio cumplimiento a los criterios impuestos por la OCDE, pasando a ser en Mayo de 2010 miembro permanente de ésta, aquel avance debería verse reflejado en la práctica jurisprudencial del país. En la actualidad, la ley N° 20.393 no ha tenido aplicación, principalmente por lo acotado de su catálogo de delitos, por ende, a nivel de escrutinio e imagen internacional, nuestro país se verá enfrentado en un futuro a posibles reconvenciones por parte de la OCDE, con miras a que la responsabilidad penal de las personas jurídicas tenga incidencia práctica y efectiva en la realidad social y empresarial chilena. Esta ley debiera ser un instrumento real contra la criminalidad empresarial y no simplemente una norma que le permitió a Chile posicionarse internacionalmente.

- **Catálogo de delitos restringido**

Proyectándonos en la misma línea, podemos descubrir una segunda debilidad en la ley: el catálogo de delitos comprendido en ella resulta escaso, lo cual dificulta que las personas jurídicas puedan llegar a ser imputadas penalmente. La crítica apunta fundamentalmente, a que una vez aceptado el hecho de que las personas jurídicas tienen capacidad de culpa y pena, y por tanto, pueden llegar a ser responsables penalmente, es posible concluir que éstas deberían hacerse responsable del amplio catálogo de delitos en las que comúnmente se ven inmersas y no sólo frente a aquellos que internacionalmente se demanda mayor atención. Una vez más, la ley N° 20.393

demuestra que fue elaborada sobre la marcha, cuyo único fin fue cumplir compromisos internacionales, sin tomar en cuenta mayormente políticas criminales internas.

Específicamente las falencias del modelo de imputación propiamente tal se pueden describir desde lo general a lo particular, a saber:

- **Modelo de imputación por defecto de organización**

El modelo de imputación mixto presente en la ley N° 20.393, se construye sobre la base del defecto de organización de la empresa, es decir, es la persona jurídica la que incumple sus deberes de dirección y supervisión respecto de sus órganos, producto de lo cual se comete el delito. Sin embargo, la doctrina especializada y contraria a la responsabilidad de las personas jurídicas formula una crítica que goza de absoluta validez: entender la culpabilidad de la empresa bajo el concepto de defecto de organización implica dejar abierta la posibilidad de que la comisión del hecho ilícito puede ser finalmente reconducido a lo hecho por el agente dentro de la empresa, ante lo cual se debilita el argumento que logra responsabilizar penalmente a la persona jurídica por un hecho propio y no por un hecho ajeno. En este sentido SILVA SÁNCHEZ, afirma que uno de los problemas es lograr la identificación del hecho propio de la persona jurídica, ya que para el autor, si bien el hecho debiera estar delimitado por la vulneración de los deberes de organización de la actividad empresarial que fueron determinantes para la actuación delictiva de la persona física, no está claro que pueda hablarse que tal vulneración es un hecho propio de la persona jurídica y no del órgano de vigilancia²⁷³. Así las cosas, habría que tomar en cuenta el modelo australiano que construye la culpabilidad sobre la base de la cultura corporativa de la empresa, es decir sobre el conjunto de hechos ejecutados por ésta.

²⁷³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del artículo 129 del código penal español. En: La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes. Coordinador Percy García Cavero. Editorial ARA, 2002. Pág. 167-168.

- **Sistema de imputación diferenciado para agentes en puestos de poder y aquellos subordinados.**

Otro de los aspectos a destacar, involucra directamente la construcción del artículo 3º de la ley N° 20.393. Se mencionó anteriormente que el modelo italiano, en el cual está inspirado el sistema de imputación nacional, contempla dos subsistemas de imputación: diferencia entre aquellos que se encuentran en altas posiciones de poder dentro de la empresa y aquellos que se encuentran subordinados a los anteriores. Así las cosas el modelo italiano, invierte la carga de la prueba en desmedro de los altos funcionarios, con miras a que la empresa sea obligada a implementar un modelo de prevención si quiere ser eximida de responsabilidad. En este sentido el legislador chileno, no se planteó la posibilidad de establecer una carga probatoria menor a los trabajadores, poniendo en una misma categoría a altos cargos con aquellos que se encuentran subordinados. Nuevamente el acotado catálogo de delitos permite que esta falencia no sea percibida, pero cuando la aplicación de la ley sea mayor, posiblemente el sistema de imputación necesitará ser reformulado en el sentido de prever que quienes se encuentran en altos cargos son quienes finalmente deciden la aplicación o no de los modelos de prevención y no los trabajadores.

No se trata de acotar el concepto de agente, como lo hizo el sistema inglés, sino simplemente entender que si bien los trabajadores tienen participación en la entidad, son los altos cargos quienes tienen la función de decidir acerca de la actuación diligente de la empresa. Como lo señala MARTÍNEZ PARDO, “Los deberes de organización deben ser mayores para asegurar que los directivos respeten la ley, que para los empleados. La realización del delito por un alto cargo de la entidad implica que existe una mala conducta corporativa, y que no son creíbles ninguna de las medidas de organización que hayan podido ser adoptadas.”²⁷⁴

- **Concepto de Interés o provecho.**

La interpretación que se haga del concepto de “en su interés o para su provecho” es determinante para lograr la imputación de responsabilidad penal de la persona jurídica.

²⁷⁴ MARTINEZ PARDO, Vicente José. Ob. Cit. Pág. 73.

Es por eso, que es de suma importancia que la jurisprudencia, el órgano persecutor y la doctrina, determinen claramente cuál será la interpretación que se hará, principalmente porque de la lectura del artículo 3º no está lo suficientemente claro si el legislador se inclina por un concepto subjetivo u objetivo.

En primera instancia, la redacción del artículo 3º, deja entrever que la expresión tiene una tendencia más subjetiva, es decir, “directa e inmediatamente en su interés o para su provecho”, equivaldría a la intención *ex ante* del sujeto actuante de beneficiar a la empresa y por lo cual comete el delito. Lamentablemente, interpretar el provecho desde un punto de vista subjetivo, presentará evidentes problemas probatorios, ya que se debe indagar en la actitud interna del sujeto. Además, una pregunta que vale la pena plantear: ¿por qué tendría que empecerle a la persona jurídica lo que otra persona, en su fuero subjetivo, considera beneficioso para ella?²⁷⁵

Por otro lado, la versión objetiva se centra únicamente en el logro del beneficio por parte de la persona jurídica, o en la tendencia objetiva a conseguirlo. La doctrina comparada, se ha inclinado mayoritariamente por esta última interpretación, por ser política criminalmente más efectiva²⁷⁶.

Evidentemente nuestra ley, a través del artículo 3º, no ha establecido claramente cuáles son los elementos y requisitos del provecho, cuestión que en opinión del Ministerio Público, deberá ser objeto de prueba durante el proceso de investigación²⁷⁷. Evidentemente eso supone, que este presupuesto de imputación de responsabilidad

²⁷⁵ VAN WEEZEL, Alex. Ob. Cit. Pág. 138. En este mismo sentido, Gómez Tomillo, en atención al artículo 31 bis español, señala: “Por ultimo no son claras las razones por las que los motivos del sujeto actuante, u omitente, deban ser un factor decisivo para determinar la responsabilidad de la organización para la que trabaja”. GÓMEZ TOMILLO, Manuel. Ob. Cit. Pág. 85.

²⁷⁶ Véase referencia a la doctrina comparada, en el apartado A.2. Capítulo III.

²⁷⁷ Oficio N° 440/2010. Instrucción General que imparte criterios de actuación para la investigación y persecución penal de las personas jurídicas. 23 de Agosto de 2010. Ob. Cit. Pág.6.

penal, actualmente se encuentra a la deriva, es decir, a la espera de ser interpretado de múltiples formas, hasta que finalmente se llegue a cierto consenso. Sin embargo preliminarmente, se ha afirmando por parte del Ministerio Público, la tendencia hacia una interpretación objetiva del presupuesto, a saber: “Si bien es un presupuesto de imputación que el delito se cometa “... directa e inmediatamente en el interés de la persona jurídica o para su provecho...”, nada impide que éste se cometa en el simultaneo, y a veces preponderante interés de la persona natural que actué por ella, o que se comparta entre ambas el beneficio que reporta el delito, circunstancias que no eliminan este presupuesto, sino que lo refuerzan, pues la única situación en que la persona jurídica no será responsable ocurre cuando el delito base se cometa en el exclusivo interés de la persona natural.

Por último, cabría consignar que no es necesario que el interés o provecho se haya concretado en la práctica, sino que basta que el delito de que se trate se hubiere cometido en interés o en provecho de la entidad, sin exigir la ley que el mismo se haya materializado concretamente.”²⁷⁸

De este último apartado, se puede interpretar que el concepto de provecho, así entendido, tiene un alcance bastante amplio, ya que supone que solo aquellos casos en que se pruebe que la persona física benefició solamente a un tercero o a ella misma, o en los supuestos en que la persona jurídica no resultase beneficiada, ni actual ni potencialmente, si no que por el contrario, resultase perjudicada, derivarían en la exclusión de responsabilidad penal de la persona jurídica.

Si bien es cierto, esta interpretación objetiva parece ser la más adecuada para la efectiva aplicación de esta ley, actualmente se presentan dos problemas: por un lado, hasta la fecha no ha existido ningún caso de imputación de responsabilidad penal de las persona jurídicas que nos permita saber de qué manera se ha aplicado tal presupuesto y por ende como ha sido interpretado. Por otro lado, el problema

²⁷⁸ Oficio N° 440/2010. Instrucción General que imparte criterios de actuación para la investigación y persecución penal de las personas jurídicas. 23 de Agosto de 2010.Ob.Cit. Pág.6.

fundamental radica en que la Corte Suprema tiene una noción totalmente opuesta de cómo debe entenderse e interpretarse el provecho, esta expone en Informe de Abril de 2010, lo siguiente: “Expresamente se 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.”²⁷⁹ Esta interpretación es sumamente restrictiva, primero porque implica probar que la persona física tuvo la intención, antes de cometer el delito, de beneficiar a la persona jurídica, lo que ya supone una dificultad probatoria dentro del proceso, y segundo, porque conlleva dejar fuera todos aquellos casos, en que la persona física pudo no haberse representado beneficiar al ente jurídico, aun cuando evidentemente éste obtuvo un provecho.

Así las cosas, beneficiar a la persona jurídica pudo no haber sido el objetivo principal de la persona natural, sino más bien un elemento colateral dentro de la comisión del delito, lo cual no es suficiente para dejar impune a la persona jurídica. Lo anterior, supondría dejar espacio a la impunidad de los entes morales, toda vez que, a la persona jurídica le bastaría contratar determinadas persona físicas para que “quieran” solo beneficiarse personalmente, y que únicamente por “alcance” les provoque un provecho, de esta manera se imputaría la responsabilidad penal a la persona física, y no al ente moral, el que podrá contratar a otro agente.

Por lo tanto, la falencia presentada por el artículo 3º en atención al provecho o interés de la persona jurídica, no se encuentra tanto en su redacción, como en la interpretación equivocada que se puede hacer de la expresión. Este presupuesto, debe ser interpretado de manera objetiva y amplia, para permitir que la ley no se vuelva aun más restrictiva de lo que ya es. Esto supone que tanto el Ministerio Público como la Corte Suprema, logren un consenso acorde con el espíritu de la ley. Parece ser, que el órgano persecutor, quien es el que investiga la comisión del delito, va por un buen

²⁷⁹ Corte Suprema, Dirección de Estudio, Análisis y Evaluación. Ob. Cit. Pág. 11.

camino, sin embargo, solo cuando la norma sea puesta en marcha se podrá ver, realmente, como opera tal presupuesto de imputación.

- **Responsabilidad autónoma de las personas jurídicas.**

Una de las principales falencias de nuestro sistema de imputación, es aquél que se desprende del artículo 5º de la Ley N° 20.393. Mencionamos en su oportunidad, que este artículo, si bien tiene una aplicación restringida y subsidiaria, es de suma importancia por contener el sistema de imputación autónomo de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sin embargo, de la interpretación literal e histórica del artículo, se concluyó que tal autonomía es solo aparente. Las hipótesis taxativas contenidas en el artículo 5º, que hacen subsistir la responsabilidad penal de la persona jurídica, se construyeron a partir de la ausencia de la persona física que comete el hecho ilícito. No obstante, es evidente que a pesar de esta ausencia, la ley no altera el modelo previsto en el artículo 3º, que constituye la regla general de imputación, es decir: la imputación de responsabilidad penal de la persona jurídica depende de la actuación ilícita del sujeto físico relevante, la única diferencia que se propone a partir de esta norma, es que este sujeto relevante no pudo ser identificado o no es posible dirigir el proceso penal en su contra²⁸⁰.

Así las cosas, resulta evidente de que la ley N° 20.393, carece de una norma que contenga realmente una responsabilidad autónoma de la persona jurídica respecto de la responsabilidad de la persona física involucrada.

A mayor abundamiento, la única hipótesis que pudo haber salvado este error, fue eliminada drásticamente por parte del legislador, a saber: el proyecto de ley, presentado por el Ejecutivo, dejaba subsistente la responsabilidad penal de la persona jurídica aun cuando concurriesen respecto de la persona natural alguna de las eximentes contempladas en el artículo 10º del Código Penal, luego agregaba, que sin

²⁸⁰ Referencia a la hipótesis de: muerte de la persona física; prescripción de la acción penal; Sobreseimiento temporal por rebeldía o por enajenación sobreviniente del sujeto y cuando no se logra establecer la identidad del responsable individual. Casos contenidos en el artículo 5º de la ley N° 20.393.

perjuicio de lo anterior, si concurrían las circunstancias N° 1 y N° 9 del artículo 10 del Código Penal, se excluirá asimismo la responsabilidad legal de la persona jurídica salvo que ésta hubiera podido y debido evitar su aparición²⁸¹. Esta propuesta fue discutida en ambas cámaras durante la tramitación de la ley, pero siempre en alusión a las causales de justificación que contiene el artículo. JORGE BOFILL, fue uno de los más acérrimos partidarios de que esta causal fuese completamente suprimida, en este sentido señaló respecto de las causales de justificación, lo siguiente: “que la ley establecía que si alguien cometía un hecho típico en alguna de esas situaciones, actuaba lícitamente, no obstante lo cual, de acuerdo al proyecto, si la persona natural actuaba en uno de estos casos y, por lo mismo, lo hacía en forma lícita, la persona jurídica siempre sería responsable, lo que parecía inaceptable.”, la eliminación de esta norma, por lo tanto, se hizo sobre la lógica de que la actuación lícita de la persona natural no podría dar origen a la actuación ilícita de la persona jurídica.

En este sentido llama la atención, que la construcción del artículo 5º, no respondiera al afán de querer introducir la responsabilidad penal autónoma de la persona jurídica en nuestro ordenamiento, así se manifestó durante la tramitación de ley, al indicar que esta norma solo busca evitar una difuminación de responsabilidades organizacionales al interior de las personas jurídicas, es más Jorge Bofill expresó en la comisión de constitución en segundo trámite constitucional, luego de ser suprimida la referencia a las causales de justificación y de exculpación por la cámara de diputados, la inconveniencia de haber permitido la responsabilidad penal autónoma, a saber: “Expresó que si bien este artículo 5º fue mejorado por la Cámara de Diputados, ese perfeccionamiento, en su opinión, no fue suficiente porque simplemente se suprimió la disposición que establecía una especie de responsabilidad penal autónoma de las personas jurídicas, incluso tratándose de conductas de personas naturales respecto de las cuales podía invocarse una causal de justificación. Es decir, aunque la persona natural hubiere actuado lícitamente, de todas maneras la persona jurídica respondía penalmente, lo que era insostenible. Ello constituía una contradicción grave, acotó,

²⁸¹ Mensaje Presidencial, Artículo 5º. Historia de la Ley N° 20.393. Ob. Cit. Pág. 12-13.

porque una misma conducta se estimaba simultáneamente como lícita e ilícita, lo que es un imposible lógico.”²⁸²

Las causales de justificación contempladas en el artículo 10 del Código Penal, a las que sistemáticamente se hizo referencia durante la tramitación de esta ley, se refieren a las situaciones de legítima defensa, estado de necesidad y cumplimiento de un deber. En estos casos, es de toda lógica señalar que la subsistencia de la responsabilidad penal de la persona jurídica, carece de fundamentación, toda vez que el hecho ilícito cometido por la persona física, no es tal. El problema por lo tanto, no son las causales de justificación, sino que las de exculpación de la responsabilidad penal.

En este sentido, pareciera ser que la situación cambia cuando hablamos de los numerales 1 y 9 del artículo 10 del Código Penal, estos hacen referencia a una situación de culpabilidad, ya que el proyecto de ley presentado por el Ejecutivo, expresamente señalaba, que la responsabilidad de la persona jurídica subsistirá en ambos casos, en tanto y en cuanto la personas jurídica hubiera podido y debido evitar su aparición. En estos casos, se evidencia que la eximente de responsabilidad penal que contempla la ley para las persona naturales, en base a su falta de culpabilidad, no debe traspasarse *per se* a la persona jurídica para la cual trabaja. El fundamento de la subsistencia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en estas situaciones, se basa en la siguiente lógica: en determinadas situaciones podrá probarse que la persona jurídica incumplió deberes de control, supervisión o vigilancia, al permitir que estas personas naturales fuesen contratadas para ciertas labores, aun cuando, no estaban psicológicamente aptas para ello, habiendo podido o debido evitar con su detección la comisión del delito²⁸³.

Es por ello, que aun cuando la persona física sea eximida de responsabilidad penal en virtud de las causales de exculpación, el defecto organizacional de la persona jurídica,

²⁸² Historia de la Ley N° 20.393. Ob.Cit. Pág. 52, 69 y 213.

²⁸³ HERNANDEZ, Héctor. Ob. Cit. Pág. 224.

debe ser sometido a proceso de manera independiente a la imputación de la persona física involucrada, en virtud de un hecho propio del ente moral. En este sentido, la culpabilidad de la persona jurídica se desliga de la culpabilidad del sujeto involucrado, logrando dejar atrás la responsabilidad penal de la persona jurídica subordinada a la de la persona física.

La consagración de la responsabilidad autónoma de la persona jurídica, es una constante en el derecho comparado. Dentro de las legislaciones analizadas, la italiana logró consagrar la autonomía de la responsabilidad penal de la persona jurídica de manera amplia, ya que dispone que la responsabilidad del ente moral subsistirá aun cuando la persona física no haya sido identificada o se no sea imputable²⁸⁴, esta última referencia es la que finalmente logra consagrar la autonomía de la responsabilidad penal del ente moral respecto de la que le cabe a la persona natural. Por otro lado, el legislador español, a través del artículo 31 bis.3²⁸⁵ también pretende consagrar la autonomía de la responsabilidad penal de la persona jurídica, eso sí, lo hace en términos más bien equívocos ya que no queda del todo claro, si la autonomía de la persona jurídica es tal. En este sentido, GÓMEZ TOMILLO ha afirmado: “entiendo que el

²⁸⁴ Artículo 8º Decreto Legislativo Nº 231, responsabilidad de las personas jurídicas, empresas y asociaciones, incluidas las no jurídicas, de conformidad con el artículo 11 de la ley 29 de septiembre de 2000, nº 300. [En Línea] En: <http://www.altalex.com/index.php?idnot=3030> visitado el día 22 de Agosto de 2011.

²⁸⁵ Este precepto dispone lo siguiente: “La concurrencia en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posible por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afectan a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las persona jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente.” BOLETIN OFICIAL DEL ESTADO. Nº 152. Miércoles 23 de Junio de 2010. Sec.1. Pp. 54825. [En Línea] En <http://www.boe.es/boe/dias/2010/06/23/pdfs/BOE-A-2010-9953.pdf>, visitado el día 11 de Octubre de 2010.

citado artículo constituye un esfuerzo del legislador para subrayar que la persona jurídica responde por su propia culpabilidad.”²⁸⁶

En definitiva y como contrapartida a la tendencia mundial, una de las principales falencias que presenta el sistema de imputación de responsabilidad penal de las persona jurídicas, presente en la ley N° 20.393, es la ausencia de una verdadera responsabilidad autónoma de las personas jurídicas, es así como finalmente se consagra un estatuto de responsabilidad penal de la persona jurídica totalmente dependiente de la responsabilidad del sujeto físico involucrado, no lográndose desvincular la responsabilidad que le cabe a la persona jurídica respecto de las personas naturales, lo que impediría llegar a la configuración cabal de la responsabilidad penal de la persona jurídica por el hecho propio.

- **Puesta en marcha del modelo de prevención en las personas jurídicas.**

Si bien este punto excede el sistema de imputación propiamente tal, por su importancia, no podemos dejar de mencionarlo someramente. Sin duda, uno de los aspectos más cuestionados, luego de la publicación de la ley de responsabilidad penal empresarial, ha sido la elaboración de los modelos de prevención por parte de las empresas. Si bien la ley es clara en apuntar los estándares mínimos y generales que debe contener tal sistema, deja algunas dudas que han gatillado discusión. Específicamente la incertidumbre se ha centrado en dilucidar el rol que le cabe a la certificación del modelo de prevención dentro del sistema de imputación. La ley no fue muy clara en determinar si la certificación del modelo de prevención serviría simplemente como una prueba dentro de proceso penal para acreditar la debida diligencia de la entidad o si acaso su rol tomaría tal importancia, como entendieron algunos, que bastaría contar con ella para lograr eximirse de responsabilidad penal.

Actualmente los criterios apuntan a lo sostenido por el Fiscal Nacional en oficio N° 440/2010²⁸⁷, en cuanto a que las empresas no se eximen de responsabilidad por el

²⁸⁶ GÓMEZ TOMILLO, Manuel. Ob. Cit. Pág. 143.

solo hecho de contar con la certificación, ya que lo que realmente debe ser sometido a proceso y prueba es la efectiva e idónea aplicación del modelo preventivo dentro de la empresa, lo cual de ser probado con la sola certificación, induciría a las empresas a cometer fraude o abuso del derecho. A pesar de que teóricamente la función que le cabe a la certificación va por el camino correcto, parece ser que hasta que el órgano persecutor no impute penalmente a una persona jurídica por alguno de los delitos contemplados en la ley, no estará absolutamente clara su aplicación dentro del proceso penal.

²⁸⁷ Oficio N° 440/2010. Instrucción General que imparte criterios de actuación para la investigación y persecución penal de las personas jurídicas. 23 de Agosto de 2010. Ob. Cit. Pág. 6-7.

CAPÍTULO IV

PROPUESTAS Y CONCLUSIONES

Este apartado estará dedicado a hacer un recuento de lo visto anteriormente, a fin de dar unidad y clausura al presente trabajo. Sin embargo, no es sólo ese nuestro objetivo: toda la información recopilada tiene por finalidad realizar propuestas innovadoras a la ley en comento, ya sea para subsanar sus posibles deficiencias o bien, volverla aún más moderna y aplicable a la actualidad.

En razón de lo anterior, es que se harán breves referencias a los temas más consignes revisados en los apartados previos, a saber, la superación del principio *societas delinquere non potest*, la tendencia internacional en cuanto a la consagración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y además, la normativa chilena, para finalizar con las modificaciones que se han propuesto a su respecto. Una vez acabada esta revisión, se dará paso a la mención de propuestas para mejorar el actual sistema de responsabilidad penal empresarial existente en Chile.

4.1 Superación del Principio Societas delinquere non potest

Como parte de los principios básicos de la doctrina jurídica clásica encontramos aquel que establece que las personas jurídicas no son capaces de delinquir. Es decir, en un principio, y por mucho tiempo se entendió que, si al alero de una persona jurídica se cometía un crimen o un delito, la investigación debía dirigirse a “levantar el velo” del ente moral que permitía a la persona natural la comisión de la acción típica.

En un comienzo, dicho raciocinio resultaba no sólo práctico, sino que además acertado: el funcionamiento de las empresas no constituía el universo complejo y amplio que se ve hoy en día. En otras palabras, la persona jurídica era una estructura más básica y sencilla de entender, no pudiendo interpretarse nada de su actividad, reglamento o decisiones corporativas. No existía lo que hoy se ha denominado “cultura corporativa” o bien “*ethos* corporativo” puesto que la constitución de los entes morales no dejaba lugar para eso: eran creaciones sencillas, acotadas y con objetivos

primordialmente claros. Si dentro de sus funciones se cometía un delito, era notablemente más fácil identificar la persona natural-autora que en la actualidad. Sin embargo, el principio *societas delinquere non potest* se volvió insuficiente en un momento. ¿Qué cambio produjo su derrocamiento? La evolución natural de las sociedades desembocó en el aumento de las transacciones económicas, no sólo dentro de un marco nacional, sino que también internacional: se eliminó la figura de la persona natural como principal comerciante y actor de la vida del intercambio y los negocios jurídicos, para dar paso a una era protagonizada por las personas jurídicas, realidades del mundo del derecho cada vez más complejas, grandes e intrincadas, con rubros multifacéticos y poder de negociación a niveles insospechados.

Como principales actores de la vida jurídica, es dable concluir que dentro de sus organismos se comienza a generar el ambiente preciso para realizar acciones de las más variadas, entre ellas, algunas de carácter ilegal. En el mismo sentido, es conveniente reconocer que, la persona jurídica que es objeto del arcaico principio *societas delinquere non potest* no es la misma que la que existe en la actualidad.

Al cambiar su tamaño, alcance de negociación y patrimonio, surge el riesgo que representaba la falta de control para los entes morales: la comisión indiscriminada de delitos para el provecho de la persona jurídica, los que podían quedar casi impunes al no existir leyes penales que se les aplicaran. La única sanción que podía tomar lugar era aquella dirigida a la persona natural, autora inmediata del hecho constitutivo de delito. Como se vio en el apartado correspondiente, dicha sanción es a todas luces insuficiente, dado que desde la perspectiva de la empresa, las personas objeto de la sanción penal se transforman rápidamente en seres fungibles, reemplazables por otros de similares características, eliminando así el vínculo del condenado con la persona jurídica que podría haber aprovechado los resultados del hecho dañoso.

Ese cambio en el concepto que se tenía de las personas jurídicas trajo consigo el paso necesario para la eliminación de la vigencia del principio en comento. Los legisladores comenzaron a notar que, de no regular efectivamente el área criminal dentro de las organizaciones sociales, se estaría abriendo y dejando un amplio nicho de impunidad para delitos de relevante impacto social. Sin embargo, la respuesta instantánea no fue

la sanción penal: primero trataron de crearse estamentos que combinaran la tradición jurídica clásica con el endurecimiento de las sanciones para los entes morales, vía derecho civil y administrativo. Sin embargo, se terminó concluyendo que la sanción de naturaleza penal es irremplazable, en cuanto a sus efectos, respecto de la persona jurídica. La teoría de la función de la pena –desincentivo y castigo por violación de la ley- también produce los efectos deseados cuando el condenado es un ente moral. Es desde esta premisa, que se vuelve irrevocablemente necesario crear un estatuto penal aplicable a las empresas.

Los fundamentos jurídico-filosóficos sobre cómo transformar a los entes morales en seres capaces en sede penal escapan a los objetivos de este trabajo. A dicho respecto, sólo mencionaremos que se recurrieron a distintas teorías para justificar su inclusión dentro de la categoría de seres “penalmente imputables” pero que, en las reflexiones más modernas ha predominado la idea de re-estructurar los conceptos de “culpa” y “acción” a fin de volverlos apropiados para los entes colectivos, y así lograr una teoría sólida y congruente para deponer de manera eficiente y legal el principio *societas delinquere non potest*.

4.2 Tendencia Internacional

Como se puede apreciar según lo tratado en el capítulo I, la corriente internacional predominante es la aceptación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El hecho de que sea una postura globalizada, contrae puntos a favor y también ciertas divergencias.

No podemos dejar de entender como una ventaja el hecho que la responsabilidad penal empresarial sea un efecto global. Como ya se ha dicho anteriormente, el campo de actuación de las personas jurídicas hoy en día excede por mucho el límite nacional, estableciendo relaciones de diversa naturaleza, con agentes de cualquier parte del mundo. Así las cosas, y en la hipótesis de que la responsabilidad penal fuera una postura poco acogida, el nicho de impunidad seguiría existiendo: bastaría modificar las reglas de contratación, o cambiar el lugar donde deberá producir efectos el contrato para esquivar la responsabilidad penal que pudiera caberle.

Pero en realidad, se trata de una tendencia relativamente generalizada entre los países líderes de la innovación jurídica, lo que permite que la responsabilidad penal empresarial encuentre su asidero en no pocas jurisdicciones, y que, en el mediano plazo sea una reforma aceptada a cabalidad.

Sin embargo, la multiplicación célere de los ordenamientos abiertos a acoger y poner en práctica un régimen penal para las personas jurídicas, tiene un efecto que podría ser entendido como indeseado: la diversidad de formas para justificar y crear la estructura sobre la cual se basará la imputabilidad de los entes morales.

Como bien vimos en el primer apartado del presente trabajo, existe un sinfín de teorías y esquemas que pueden adoptarse a fin de tratar de manera legal la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Así las cosas, al variar el ordenamiento, varían también los requisitos legales exigidos para construir y determinar la existencia de dicha responsabilidad. Esto puede volverse una inconveniente toda vez que la ilegalidad de una acción trasciende las fronteras políticas de un país, debiendo el mismo hecho cumplir con diferentes requisitos.

A pesar de lo anterior, y de las diferencias que puedan existir entre un ordenamiento jurídico y otro (no sólo el sistema de imputación puede ser un hecho divergente: el catálogo de delitos contemplados, las sanciones y el procedimiento en sí mismo también podrían variar), entendemos que el sólo hecho de la consagración de la responsabilidad penal empresarial representa un cambio extremadamente positivo para cualquier legislación, y que eventualmente con el tiempo, será una institución consagrada en la totalidad de las naciones. Lo anterior se ve reforzado empíricamente cuando miramos de manera particular el caso chileno: en nuestro país se destituyó el *societas delinquere non potest* con el objeto preferente de ingresar a la OCDE. Esto debe ser interpretado como un signo de superación y desarrollo a nivel nacional, hecho que sólo puede ser impulsado en un ambiente donde la criminalidad de la empresa se encuentre lo suficientemente regulada, prohibida y desincentivada.

Enfocándonos particularmente al caso chileno, y como se vio en el capítulo tercero del presente trabajo, podemos clasificar su sistema de imputación como uno mixto. Esto quiere decir que posee rasgos de la corriente de transferencia y al mismo tiempo de

aquellos sistemas que se construyen sobre la base de la culpabilidad de la empresa. El beneficio de este tipo de esquemas radica en lo siguiente:

a. Gracias a los rasgos de la transferencia de la responsabilidad, se permite establecer un vínculo directo entre el hecho delictivo y la persona jurídica, a través de la identificación del ser físico responsable. De esta manera se justifica la inclusión de la empresa en el proceso criminal. A lo anterior se agrega que es necesario que el beneficio que nace del delito sea en pro de la persona jurídica.

b. La corriente de la culpabilidad de la empresa trae consigo otro beneficio inexistente en los modelos puramente de transferencia: la internalización de los costos y la solución a la pugna con el principio de culpabilidad. El rasgo de culpabilidad de la empresa se manifiesta en la exigencia para la entidad de tener un sistema de control y prevención de delitos dentro de su ámbito organizativo. Así las cosas, es responsabilidad del ente probar la debida diligencia empleada en evitar acciones delictivas. Esto no sólo aliviana la carga de la prueba para el órgano persecutor, sino que logra la internalización de los costos de prevención, asumiéndolos finalmente el ente moral. En cuanto al principio de culpabilidad, esta orientación también es beneficiosa: se justifica el nacimiento de la responsabilidad de la empresa, basándose en un hecho propio, este es, la culpa que radica en la negligencia o falta de diligencia para prevenir el suceso delictual.

Sin embargo, esta complementación -en teoría sólida- de sistemas no es una idea propia del legislador chileno. Nuestro modelo de responsabilidad penal de las empresas encuentra su directriz en el modelo italiano en primer lugar, y posteriormente en el sistema de *Guidelines* imperante en Estados Unidos.

Del sistema italiano hemos heredado el sistema bi-fásico: en primer lugar requerir la actuación de una persona tal que, por su cargo dentro de la persona jurídica, sea capaz de transferir su responsabilidad al ente moral, y en segundo lugar, el incumplimiento de los deberes de control y supervisión por parte de la persona jurídica.

Del modelo estadounidense hemos incorporado las circunstancias modificatorias de la responsabilidad -que en el sistema anglosajón reciben el nombre de *Guidelines* como

ya se ha visto-, que tienen por objeto la determinación de una pena justa y proporcional para el ente moral envuelto en el hecho delictual.

Respecto a este último punto hemos declarado ya tener una opinión diferente: si bien las *Guidelines* son una parte fundamental del cuerpo legal que trata la responsabilidad penal de las personas jurídicas, creemos que dicha sección no forma parte del sistema de imputación propiamente tal. En un comienzo, definimos modelo de imputación como: “pauta que define y utiliza el legislador para atribuir responsabilidad penal a un individuo, en este caso, un ente moral”. Si entendemos que, las circunstancias modificatorias de la responsabilidad, no son parte de la pauta que determina el legislador para atribuir responsabilidad a un ente moral, sino que son directrices o reglas que aumentan o disminuyen la sanción de un sujeto, y por lo tanto, entran a operar *ex post* a la determinación de la existencia y consecuente atribución de la responsabilidad penal, nos es forzoso concluir que dichas normas no forman parte de las reglas de atribución de la responsabilidad penal de los entes morales, según lo regulado por la ley N° 20.393.

En síntesis, Chile se ha unido a la tendencia internacional de acoger la responsabilidad de la empresa en sede penal, con el objeto de sellar un posible nicho de impunidad para los “macro-actores” que existen hoy a nivel social y económico. Lo ha hecho a través del seguimiento de ordenamientos que tienen mayor experticia y antigüedad en el tema, como lo es Italia y Estados Unidos. Sin embargo, y aún cuando el progreso nacional es evidente, es hora de hacer un análisis del sistema seleccionado, a fin de determinar sus aciertos y debilidades, las que deben ser claramente enunciadas antes de realizar propuestas innovadoras sobre la materia.

4.3 Paradigma Chileno: Ventajas y Desventajas

Como ya hemos dicho anteriormente, Chile se ha posicionado dentro de los países vanguardistas en lo que a responsabilidad penal de la empresa se refiere. A grandes rasgos, debemos rescatar no sólo la iniciativa de legislar sobre el tema, sino además el completo sistema de imputación seleccionado y la inclusión de circunstancias modificatorias de la responsabilidad, siguiendo en este aspecto al modelo norteamericano.

Creemos que la estructura del sistema sobre el cual descansa la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile, si bien es perfectible, se encuentra bien cimentada, lo que permitirá en el futuro un desarrollo más prolijo de las normas que se incluirán en la misma materia.

Sin embargo, no todo el sistema está exento de debilidades y las consecuentes embestidas que las situaciones fácticas podrían ocasionar. Es importante mirar atenta y críticamente el método creado por el legislador para perfeccionarlo y llevarlo a su auge en cuanto a aplicación y resultados exitosos.

En cuanto a las deficiencias mismas del sistema de imputación hemos nombrado principalmente aquellas que hacen referencia: a la falta de responsabilidad autónoma de la persona jurídica; la posibilidad de incluir subsistemas de imputación que hagan la diferencia entre las personas físicas en altos cargos y aquellos que se encuentran subordinados; la necesidad de esclarecer el alcance del presupuesto de imputación sobre el interés o provecho en beneficio de la persona jurídica, el cual es equivoco; en menor medida, la poca claridad que se tiene respecto de cómo deben aplicarse e interpretarse los modelos de prevención y evidentemente la nula aplicación que tiene la ley en la actualidad, provocado fundamentalmente por el catálogo restringido de tipos penales que contempló el legislador.

Efectivamente, respecto a este último problema al que se hace referencia, se ha presentado ya una iniciativa modificatoria legal signada como el Boletín N° 7265-07, el que discurre única y exclusivamente sobre la ampliación del listado de delitos que pueden derivar en responsabilidad penal respecto de un ente moral. A fin de dar una síntesis completa, antes de la realización de propuestas personales, comentaremos brevemente el contenido de esta propuesta reforma.

4.3.1 Propuesta de reforma a la Ley N° 20.393.

Con fecha 13 de Octubre de 2010 se ingresa el proyecto de reforma a la ley N° 20.393, moción que se originó en la Cámara de Diputados de nuestro Congreso. El mismo día se da cuenta del proyecto ante la comisión de Constitución, Legislación y Justicia, no habiendo hitos significativos en su tramitación desde esa fecha.

La moción tiene por objetivo único y exclusivo la ampliación del catálogo de delitos que pueden originar la responsabilidad penal de una persona jurídica, arguyendo como fundamento lo siguiente: "Si bien es cierto que, como lo reconoce el propio mensaje de la Ley, aquella tuvo por objeto adecuar nuestra normativa a ciertos estándares internacionales (v.gr. "Convención para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales" de la OCDE), también se tuvo en consideración -como también se destaca-, la pretensión que la normativa generara "un verdadero aliciente para que –las empresas- adopten medidas de autorregulación, logrando de esta forma armonizar los principios de libertad empresarial y económica, con el de responsabilidad en la preservación de los valores sociales y del orden público". Respecto de éste último punto, y como de hecho lo hicieron ver varios de los destacados profesores de Derecho penal que opinaron respecto de la iniciativa, la existencia de esta responsabilidad y los objetivos concretos que se persiguieron con ella, justifican el que se amplíen los efectos de la ley a otros delitos de similar -o mayor – grado de afectación o significación social (de bienes jurídicos individuales o sociales), respecto de los cuales la empresa puede, y en principio debiera, operar como un buen ciudadano corporativo. Se trata de una razón que se justifica desde la misma perspectiva político-criminal, y que permite fundar la necesidad de ampliar el catálogo de delitos que generaran dicha responsabilidad"²⁸⁸

Como ya lo habíamos dicho anteriormente, el restringido catálogo de delitos transformaba en impracticable a la ley de responsabilidad penal para las personas jurídicas, contrayendo dos consecuencias altamente negativas para tal innovación legal: falta de puesta a prueba que impide ver si la ley funciona correctamente en el plano práctico, y en segundo lugar, no se logra el objetivo primordial del método de imputación elegido por el legislativo: incentivar a la persona jurídica a auto-regularse, creando un sistema garante y alerta de las posibles filtraciones de seguridad que

²⁸⁸ Boletín N° 7265-07, que Modifica la ley N° 20.393, que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ampliando el catálogo de delitos. Pág.1. [En Línea] En: http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=7667&prmBL=7265-07 visitado el día 5 de Agosto de 2011.

dentro de sus operaciones podrían existir. Es lógico que, si la misma ley que impone la sanción y ordena la auto-regulación, no es en la realidad puesta en práctica, que su contenido se transformaría en letra muerta.

Concretamente y motivada por lo anterior, la Cámara de Diputados sugiere en el mencionado boletín reemplazar el actual artículo 1° de la ley N° 20.393, por el siguiente: “**Artículo 1°.-** Contenido de la ley. La presente ley regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto de los delitos previstos en la ley 19.223, en los artículos 79, 80, 81 de la ley 17.336, en los artículos 59, 60, 61 y 63 de la ley 18.045, en el artículo 134 de la ley 18.046, en el artículo 97 del Código Tributario, en el artículo 27 de la ley 19.913, en el artículo 8 de la ley 18.314, en los artículos 250 y 251 bis del Código Penal y por los delitos contra la salud pública y contra las personas²⁸⁹”.

En resumen, se agregan los siguientes tipos penales:

- a. Delitos previstos en la ley N° 19.223: Ley relativa a delitos informáticos.
- b. Delitos previstos en los artículos 79, 80 y 81 de la ley 17.336: Relativos a la propiedad intelectual.
- c. Delitos previstos en los artículos 59, 60, 61 y 63 de la ley 18.045: Referente a Mercado de Valores.
- d. Delitos previsto en el artículo 134 de la ley 18.046: Relativa a Sociedades Anónimas
- e. Delito previsto en el artículo 97 del Código Tributario: que sanciona infracciones tributarias por parte del contribuyente.

Hay dos maneras de reaccionar frente a esta propuesta legislativa: la primera y más pacífica, sería asumir que la inclusión de los tipos penales indicados representa a

²⁸⁹ Boletín N° 7265-07, que Modifica la ley N° 20.393, que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ampliando el catálogo de delitos. Pp.4. [En Línea] En: http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=7667&prmBL=7265-07 visitado el día 5 de Agosto de 2011.

todas luces un avance en términos de responsabilidad penal empresarial, puesto que extiende considerablemente el campo de sujeción de los entes morales a la ley. La segunda, y más realista, es entender que, aun cuando esta reforma es positiva, es insuficiente para lograr los resultados que se pretenden obtener. Efectivamente, y como lo vimos en el derecho comparado (por ejemplo, el caso de Australia) existe otra manera de referirse a los delitos susceptibles de ser cometidos por personas jurídicas, que consiste en invertir la regla general. Es decir, la regla que podría proponerse es que: las personas jurídicas son capaces de ser responsables de todos y cada uno de los delitos que contempla el ordenamiento jurídico chileno, salvo aquellos para los que no cuentan con lo mínimo necesario para dar lugar a su ejecución, por ejemplo: delito de violación.

De acoger esta última alternativa, la ley estaría siempre un paso adelante en lo que a evasión de la responsabilidad penal empresarial se refiere. Así, lograrían evitar casos intencionados de impunidad: la persona jurídica podría cometer otros delitos respecto de los cuales la ley no la considera apta para ser imputada, y evitar la sanción exclusivamente por una traba legal que carece de fundamento político-criminal. En efecto, es importante preguntarse ¿Cuáles son los beneficios de tener un catálogo cerrado y estricto de delitos que pueden cometerse por los entes morales? Sin duda, las únicas beneficiadas serían las mismas personas jurídicas, dejando de lado todos aquellos bienes de connotación social que se tuvieron presentes al legislar sobre esta materia en primer lugar.

En síntesis, creemos que es necesario ampliar el catálogo de delitos a fin de lograr a cabalidad todos y cada uno de los objetivos planteados por la ley N° 20.393, y por sobre todo lograr una real implementación de métodos de seguridad y auto-control, reforzando así la intención preventiva que caracteriza positivamente a este cuerpo legal.

4.4 Propuestas

En este apartado, tiene por objetivo proponer ideas que a nuestro parecer, contribuirían a una mejor aplicación de la ley en comento, atendiendo a lo estudiado respecto de ella, y a lo visto además en el capítulo de derecho comparado. Para eso, hemos sub-

divido la presente sección en propuestas generales a la ley, para posteriormente avocarnos exclusivamente en propuestas referentes al sistema de imputación en particular.

4.4.1 Propuestas generales a la ley.

1. Sistema preventivo obligatorio, diferenciado y de revisión periódica.

Creemos que el modelo preventivo regulado en el artículo 4° de la ley N° 20.393 es la piedra angular para el resultado eficiente de los objetivos de dicho cuerpo legal. Para volverlo un real instrumento de disuasión y por sobre todo, de prevención, creemos necesario hacer las siguientes modificaciones:

a. El modelo preventivo debe ser obligatorio. Su existencia no debe estar supeditada a la cantidad de ingresos que tenga el ente moral, o a su cantidad de empleados. Entendiendo que es un gasto significativo, y que no puede tratarse de igual manera a todas las personas jurídicas, proponemos las siguientes distinciones con el objeto de distribuir dicha carga legal:

b. Los requisitos del modelo de prevención deben ser diferenciados según el poder económico que tenga la persona jurídica en cuestión. En este punto es donde se equiparan las cargas, y se hace la diferencia necesaria y correspondiente entre las micro, pequeñas, medianas y grandes empresas. Es lo lógico que a medida que la realidad del ente social se complejice, se exija al mismo tiempo un sistema de prevención más completo y que provea mayor seguridad.

c. Revisión periódica del sistema instaurado. El plazo de la revisión variará según la peligrosidad que pueda representar el ente moral. Por ejemplo, si existen formalizaciones o condenas anteriores, el certificado de cumplir con los requisitos exigidos por el artículo 4° de la ley tendrá un período menor de vigencia. En caso contrario, de no existir registros o cargos de ningún tipo, dicho período podrá prolongarse, y así disminuir el costo que dicho modelo significa para la empresa.

2. Ampliación genérica del catálogo de delitos.

Sobre este punto nos hemos referido con anterioridad, razón por la cual no nos explayaremos en las conclusiones, remitiéndonos al apartado anterior.

3. Ampliar la responsabilidad penal a entes sin personalidad jurídica

Creemos importante que las entidades que aún no gocen de personalidad jurídica puedan ser igualmente procesadas en caso de cumplir con los requisitos estipulados en el artículo 3° de la ley N° 20.393, y en su defecto, aquellos consignados en el artículo 5°. Esta propuesta se fundamenta en tendencias de derecho comparado (Estados Unidos y Australia contemplan normas de ésta naturaleza, asimismo lo hace España, a través del artículo 129), y en el interés que existe por disminuir al mínimo posible los vacíos legales que puedan derivar en situaciones de impunidad.

4.4.2 Propuestas relacionadas específicamente con el sistema de imputación.

En relación al sistema de imputación nos limitaremos a hacer propuestas de tipo más general, dado que, a falta de jurisprudencia, no es fácil predecir como operará este sistema en la realidad de un proceso.

En primer lugar, creemos que podría ser un cambio positivo para nuestra legislación cambiar el fundamento de la culpabilidad de la empresa que gatilla, hoy en día, el nacimiento de la responsabilidad jurídica para el ente moral.

En la actualidad, el sistema radica la culpabilidad en el defecto de organización, siendo esta la sub-corriente más popular en el área doctrinal. Sin embargo, si recordamos el contexto espacio-temporal que dio origen a la ley número 20.393, podremos fácilmente asumir que dicho período de discusión legislativa careció de observaciones dogmáticas sobre la fundamentación de la responsabilidad penal de las empresas. Por la urgencia con la que había que sacar adelante el proyecto, se omitió discutir sobre cuál sería la mejor forma de fundamentar dicha responsabilidad, haciendo un mejor intento por no violentar el principio de culpabilidad. Es en esa línea, que proponemos remitirnos al modelo Australiano, el que fundamenta la culpabilidad de la empresa no en un defecto organizacional de la misma, si no que se apoya en el concepto de “cultura corporativa”, el que como se recordará, era definido por la ley.

Como primera propuesta, entonces, creemos que sería positivo para el ordenamiento chileno incluir el concepto de “cultura o *ethos* corporativo” a fin de precisar con mayor acuciosidad la conducta en la que debe incurrir la empresa para ser considerada penalmente imputable por un hecho propio. Dicho fundamento no sólo coopera de manera más armónica con el principio de culpabilidad tan violentado por la derogación del “*societas delinquere non potest*”, sino que además permite distinguir entre aquellas personas jurídicas de alta peligrosidad, de aquellas que se han visto involucradas en procesos criminales en virtud de hechos particulares que no representan la actitud empresarial general. Es así, como la cultura corporativa desviada de una entidad, permitiría justificar de mejor manera, la intencionalidad que ésta tuvo en la comisión del hecho delictivo, amparándose derechamente en un hecho propio de la persona jurídica, y no en el error cometido por uno de sus agentes.

En este mismo sentido, actualmente, se está librando una nueva discusión doctrinaria, en referencia a la conveniencia de considerar a todas las personas jurídicas penalmente imputables. No sería más lógico, poder distinguir entre aquellos entes morales imputables, es decir, aquellos que tengan una cultura corporativa, que por características de tiempo, tamaño y toma de decisiones, se encuentra definida y puesta en marcha, y aquellos inimputables, que solo son el cúmulo de voluntades individuales, donde no es posible vislumbrar una identificación corporativa²⁹⁰. Lo anterior, que seguiría la misma lógica utilizada por el derecho penal respecto de las persona naturales, permitiría que la atribución de responsabilidad penal de la persona jurídica imputable, estuviese acorde con la culpabilidad requerida por el hecho propio. Sin embargo, consideramos, que si bien dicha postura tiene un fundamento lógico, podría prestarse para que eventualmente, las corporaciones buscasen la manera de eludir la responsabilidad, por medio de la inimputabilidad, es decir, construyendo entidades que carecieran de aquella identificación y cultura corporativa.

²⁹⁰ GÓMEZ-JARA, Carlos. ¿Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Una antecrítica al símil de la ameba acuñado por Alex van Weezel. *Polít. crim.* Vol. 5, Nº 10 (Diciembre 2010), Doc. 1, pp. 455-475. [En Línea] En: http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_10/Vol5N10D1.pdf visitado el día 1 de Septiembre de 2011.

En segundo lugar, y siguiendo también el modelo australiano, creemos que sería útil clasificar los delitos susceptibles de ser cometidos por un ente moral, entre culposos y dolosos, y modificar el sistema de imputación atendiendo a dicha característica. Como vimos en el apartado correspondiente de derecho comparado, al encontrarnos ante un tipo penal doloso, el sistema de imputación se veía más influenciado por la tendencia vicarial, específicamente la teoría de la identificación. Una vez determinada la conexión entre la persona natural y el ente ficticio, se pasaba a una segunda etapa dentro del mismo proceso de imputación, el que entraba a sopesar la real culpabilidad de la empresa, en función de su “cultura corporativa deficiente”.

Creemos que la distinción entre los delitos basándose en su elemento subjetivo, sería positiva no sólo para agudizar el sistema de imputación en sí mismo, si no para nuevamente distinguir entre empresas que representen un real factor criminógeno y aquellas que por mera negligencia o circunstancias puntuales se vieron involucradas en un hecho delictual.

Asimismo, creemos que el artículo 3° de la ley N° 20.393 debiera distinguir, para objeto de imputar la responsabilidad entre altos directivos de la empresa y aquellos empleados o dependientes de los primeros. Podemos mencionar como ejemplo el caso italiano, el que altera la carga de la prueba dependiendo del sujeto natural que haya estado involucrado en la comisión del delito. El objetivo de dicha norma es obligar a la persona jurídica a tener un modelo de prevención eficaz y previa a la comisión del delito. El resultado de esta medida radica en que, no existe una obligación propiamente tal de tener vigente un modelo de prevención, pero en la eventualidad de que se llegue a cometer un delito por un alto directivo, no existe posibilidad de reclamar la exclusión de la responsabilidad penal que le podría caber a la empresa, en razón de la falta de dicho sistema de prevención.

Por último, es de la mayor importancia que el modelo chileno de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas, logre contar con un artículo que verdaderamente contemple la responsabilidad penal autónoma de las personas jurídicas en determinados casos. Como se analizó en el apartado referente al artículo 5°, la ley N° 20.393 no fue capaz de consagrar expresamente la responsabilidad

autónoma de los entes morales, sino por el contrario, en la actualidad éstos siguen estando subordinados a la imputación de las personas naturales involucradas, lo que supone dar cabida al perfeccionamiento, por parte de las empresas, de la irresponsabilidad organizada para finalmente, con ello, lograr su impunidad.

Hoy más que nunca, el llamado exigido por la doctrina y sobre todo por la necesidad político-criminal, es a mejorar lo que ya se avanzó con la publicación de esta ley. No sólo basta que se pretenda y se logre ampliar el catálogo de delitos, a aquellos que tienen una real incidencia práctica, sino que significa aceptar a la persona jurídica como un actor social relevante, con todo lo que aquello implica. Así la cosas, es de toda lógica afirmar, que mientras nuestra legislación no acepte, a cabalidad, a las personas jurídicas como sujetos penalmente imputables, será difícil perfeccionar un modelo de imputación, que no tenga vacíos legales o que no se encuentre en constante contradicción con nuestra tradición jurídica penal.

Lo que queda por ver, dice relación con la praxis de este sistema de imputación, es decir, cómo se comporta el sistema penal frente a la puesta en marcha de esta ley, en relación a la interpretación que debe hacer de aspectos de la norma que no están los suficientemente claros. Como era de esperar, el sistema de imputación tal como está, es absolutamente perfectible, siempre y cuando sus falencias puedan ser identificadas y reinterpretadas.

La intensión de la presente investigación, fue justamente servir de instrumento para el fortalecimiento de una discusión que necesita ser revivida por parte de la doctrina y nuestros legisladores, a fin de poder perfeccionar el modelo de imputación construido sobre la base del defecto de organización de la persona jurídica. Lo anterior, cobra mayor urgencia, cuando se hace evidente la inutilidad que a la fecha ha tenido la Ley Nº 20.393. De continuar así, sospechamos que llegará a transformarse en una ley en desuso, cuestión que le significaría a nuestro país, dar un paso atrás en la batalla contra la criminalidad empresarial, y peor aun – de acuerdo a los objetivos iniciales pretendidos por el poder Ejecutivo en la presentación de la ley Nº 20.393 – una pérdida importante en cuanto a credibilidad, respeto e imagen internacional se refiere.

BIBLIOGRAFÍA

ACHENBACH, Hans. Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad. En: SCHUNEMANN, Bernd, comp. El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales, Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario, Ed. Tecnos, Madrid, 1991.

ACHENBACH, Hans. Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el Derecho Alemán. En: Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal. Libro homenaje a Claus Roxin, Ed. Bosch, Barcelona, 1995.

BACIGALUPO, Silvina. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Editorial Bosch, Barcelona, 1998.

BAIGÚN, David. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: ensayo de un nuevo modelo teórico. Ed. De Palma, Buenos Aires, 2000.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Derecho Penal económico: Desarrollo económico, protección penal y cuestiones político criminales. En: Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor al profesor Klaus Tiedemann, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995.

BAJO FERNANDEZ, Miguel. La vedada responsabilidad penal por el hecho de otro. En: Derecho y Justicia Penal en el siglo XXI. Homenaje al profesor Antonio González – Cuellar García. Editorial Colex, España. 2006.

BOFILL GENZSCH, Jorge. Estructuras de imputación y prevención de delitos al interior de la persona jurídica. En: Gobiernos Corporativos. Aspectos esenciales de las reformas a su regulación. Coordinador: Javier Wilenmann. Editorial Legal Publishing Chile. 2011.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. La responsabilidad de las personas jurídicas. En: Derecho penal hoy. Homenaje al profesor David Baigún, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1995.

CURSO DE DERECHO PENAL ECONOMICO, Segunda Edición. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid, 2005. Dirección: Enrique Bacigalupo.

DANNECKER, Gerhard. Sanciones y principios de la parte general del derecho de la competencia en las comunidades europeas. En: Hacia un derecho penal Económico Europeo, Jornadas en honor al profesor Klaus Tiedemann, Boletín Oficial del Estado. Estudios Jurídicos. Serie Derecho Público. Madrid, 1995.

DE FARIA COSTA, José. La responsabilidad jurídico penal de la empresa y de sus órganos. En: Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal. Libro homenaje a Claus Roxin, Ed. Bosch, Barcelona, 1995.

DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: consecuencias accesorias contra la empresa. En: Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional, N°1, Ed. Legis, Bogotá, octubre – diciembre 2002.

DIAZ CORTES, Lina Mariola. “Societas delinquere potest” Hacia un cambio de paradigma en el derecho penal económico. Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional. N° 17 Octubre – Diciembre 2006. ISSN: 1692 – 1682. Bogotá, Colombia.

FEIJOO SANCHEZ, Bernardo José. Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente. Civitas, 2002.

FUENTES CAMPOS, Adrián. Parámetros Internacionales para la aplicación de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile. Revista de Derecho. Universidad de Viña del Mar. ISSN: 0718-543X.N°2. 2do semestre 2008.

GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. Corporate criminal liability: Algunas cuestiones sobre la responsabilidad penal corporativa en los EE.UU. En: La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes. Coordinador Percy García Cavero. Editorial ARA ,2002.

GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Editorial Aranzandi, 2006.

GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española. Editorial B de F Ltda., 2010.

GRACIA MARTÍN, Luis. La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante en la empresa en el derecho penal español (estudio específico de los problemas dogmáticos y político criminales que plantea el delito cometido a partir de una actuación en lugar de otro). En: Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor al profesor Klaus Tiedemann, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995.

MARTÍNEZ – BUJÁN PÉREZ, Carlos. Derecho penal Económica: Parte general. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998.

MILITELLO, Vincenzo. La responsabilidad jurídico – penal de la empresa y de sus órganos en Italia. En: Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal. Libro homenaje a Claus Roxin, Ed. Bosch, Barcelona, 1995.

NIETO MARTÍN, Adán. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo. Iustel, 2008.

ORELLANA, Marcos A. Derecho penal ambiental comparado: El *Common Law*. En: Revista Chilena de Derecho Vol. 29 N° 2, Año 2002, Sección estudios.

REYES ALVARADO, Yesid. La responsabilidad de las personas jurídicas. Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional. Nº25 Octubre – Diciembre 2008. ISSN: 1692 – 1682. Bogotá, Colombia.

REVISTA DE ESTUDIOS DE LA JUSTICIA. Seminario Internacional. Nº 10. Año 2007. Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

SCHÜNEMAN, Bernd. La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea. En: Hacia un Derecho Penal Económico Europeo, Jornadas en honor al profesor Klaus Tiedemann, Boletín Oficial del Estado. Estudios Jurídicos. Serie Derecho Público. Madrid, 1995.

SCHÜNEMAN, Bernd, “La Función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo”, En: Schünemann, Bernd, comp., El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales”, Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario, Ed. Tecnos, Madrid, 1991.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en el Derecho español. En: Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal. Libro homenaje a Claus Roxin, Ed. Civitas, 2º edición, Madrid, 2001.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del Art. 129 del Código Penal Español. En: La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes. Coordinador Percy García Caverro. Editorial ARA, 2002.

SZCZARANSKI CERDA, Clara. Un asunto criminal contemporáneo. Rol de las empresas, responsabilidad penal de las personas jurídicas y corrupción. Editorial Jurídica de Chile, 2010.

TIEDEMANN, Klaus. Lecciones de derecho penal económico: (comunitario, español, alemán). 1º edición, PPU, Barcelona, 1993.

TOMILLO GOMEZ, Manuel. Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español. Lex Nova, 2010.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. Una vez más sobre el tema de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas (doce años después). En: Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor al profesor Klaus Tiedemann, Boletín Oficial del Estado. Estudios Jurídicos. Serie Derecho Público. Madrid, 1995.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Bases para un modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas. 2º Edición, Ed. Aranzadi, Navarra, 2003.

Leyes

BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. Nº 152. Sec I. Pág. 54811. Miércoles 23 de Junio de 2010. [En Línea] En: <http://www.boe.es/boe/dias/2010/06/23/pdfs/BOE-A-2010-9953.pdf>, visitado el día 11 de Octubre de 2010.

BRIBERY ACT. 2010. Section (7). Failure of comercial organisations to prevent bribery. Pág. 5. [En Línea] En: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents>, visitada el día 01 de Septiembre de 2011

CODIGO PENAL FRANCES. [En Línea] En: http://195.83.177.9/upl/pdf/code_56.pdf, visitado el día 11 de Octubre de 2010.

CORPORATE MANSLAUGHTER AND CORPORATE HOMICIDE ACT 2007. [En Línea] En: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2007/19/crossheading/corporate-manslaughter-and-corporate-homicide>, visitada el día 30 de agosto de 2011.

CRIMINAL CODE ACT. 1995. Sección 12. [En Línea] En: www.comlaw.gov.au/Details/C2011C00590 visitado el día 5 de Julio de 2011.

LEY N° 2004-204 de 9 de Marzo 2004 sobre la adaptación a los cambios en el crimen legal. Art 54. [En Línea]

En: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000249995> visitando el día 17 de Agosto de 2011.

DECRETO LEGISLATIVO N° 231, responsabilidad de las personas jurídicas, empresas y asociaciones, incluidas las no jurídicas, de conformidad con el artículo 11 de la ley 29 de septiembre de 2000, n° 300. [En Línea] En: <http://www.altalex.com/index.php?idnot=3030> visitado el día 2 de Agosto de 2011.

LEY N° 20.393 establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica. 2 de Diciembre de 2009. Diario Oficial. [En Línea] En: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1008668> visitado con fecha 10 de Agosto de 2010.

SENTENCING GUIDELINES FOR ORGANIZATIONAL OFFENDERS. Sección 8. 1991. Véase en: Extractos de US. Federal Sentencing Guidelines for Organizations. Pp. 5. [En Línea] En: http://www.ita.doc.gov/goodgovernance/adobe/Bus_Ethics_sp/apendices/apendices_h_extractos.pdf visitado el día 9 de Septiembre de 2011.

MODEL PENAL CODE. Sección 2.07. 1962. Véase en: NEVARES MUÑIZ, Dora. Estudios Comparados de Códigos Penales de la Parte General. Pp.732. [En Línea] En: http://www.cejamerica.org/portal/index.php/es/biblioteca/bibliotecavirtual/doc_details/1538-estudios-comparados-de-codigos-penales, visitado el día 9 de Septiembre de 2011.

Proyectos de ley

MODIFICA LA LEY N° 20.393 QUE ESTABLECE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS, AMPLIANDO EL CATÁLOGO DE DELITOS. Moción Parlamentaria. 13 de Octubre de 2010. Boletín N° 7265-07. [En Línea] En:

http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=7667&prmBL=7265-07 visitado el día 5 de Agosto de 2011.

Documentos e Informes

HISTORIA DE LA LEY N° 20.393 establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica. Biblioteca del Congreso Nacional. [En Línea] En: www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/3894/1/...pdf visitado con fecha 30 de Marzo de 2011.

CORTE SUPREMA, DIRECCIÓN DE ESTUDIO, ANÁLISIS Y EVALUACIÓN. “Algunos comentarios sobre la Ley 20.393 que establece la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”. Informe 21 – 2010.

En: http://www.poderjudicial.cl/PDF/ATUsuarios/BibliotecaCorte/INFORME_21-2010.pdf visitado el día 21 de Junio de 2011.

OFICIO N° 440/2010. Instrucción General que imparte criterios de actuación para la investigación y persecución penal de las personas jurídicas. 23 de Agosto de 2010. De Fiscal Nacional del Ministerio Público a Fiscales Regionales y Adjuntos, Asesores Jurídicos y Abogados ayudantes de Fiscal de todo el país. En: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_chl_ofi440.pdf, visitado el día 23 de Junio de 2011.

SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS. Norma de Carácter General. N° 302, de 25 de Enero de 2010. [En Línea] En: http://www.svs.cl/normativa/ncg_302_2011.pdf, visitado el día 6 de Julio de 2011.

INFORME DE EVALUACIÓN FASE I, sobre la revisión de la implementación de la Convención para combatir el Cohecho a Funcionario Público Extranjero y de la recomendación de 1997. Traducción autentica del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Chile. [En Línea]

En:http://www.minrel.gob.cl/prontus_minrel/site/artic/20091230/pags/20091230075800.php visitado el día 25 de Agosto de 2011.

INFORME DE EVALUACIÓN FASE II, sobre la aplicación Convención para combatir el Cohecho a Funcionario Público Extranjero y de la recomendación de 1997 sobre la lucha contra el cohecho en las transacciones comerciales internacionales. Traducción autentica del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Chile. [En Línea] En:http://www.minrel.gob.cl/prontus_minrel/site/artic/20091230/pags/20091230075800.php visitado el día 25 de Agosto de 2011.

Textos electrónicos

BRICKEY F. Kathleen. Rethinking Corporate Liability Under The Model Penal Code. En: Rutgers Law Journal [Vol. 19:593] [En Línea] En: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/rutlj19&div=33&id=&page=>, visitada el día 01 de Septiembre de 2011.

CAMPANER MUÑOZ, Jaime. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en España a raíz de la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2, de 22 de junio: una visión crítica, p. 4. [En Línea] En: http://fee.uib.es/digitalAssets/151/151122_cirerol_2.pdf visitado el día 3 de Mayo de 2011.

CUADRADO RUIZ, María de los Ángeles. Responsabilidad penal de las personas jurídicas, un paso hacia adelante, ¿Un paso hacia atrás?, Pp. 121-152. Revista Jurídica de Castilla y León. Nº 12. Abril 2007. [En Línea] En: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2280281>, visitado el día 15 de Agosto de 2010.

DE LA CUESTA, José Luis. Una nueva línea de intervención penal: El derecho penal de las personas jurídicas. En: MESSUTI A., SANPEDRO J.A. (Comps.) La Administración de Justicia en los albores del tercer milenio. Buenos Aires. 2001. Pp. 65

– 80. [En Línea] En: http://www.ehu.es/p200-content/es/contenidos/informacion/ivckeijose_luis_delacuesta/es_joseluis/adjuntos/05_DP_Personas_juridicas_Messuti.pdf visitado el día 11 de Mayo de 2011.

GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. Auto organización empresarial y autorresponsabilidad empresarial, p.27. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. ISSN 1695-0194. [En Línea] En: <http://criminnet.ugr.es/recpc/08/recpc08-05.pdf>, visitado el día 15 de Agosto de 2010.

GÓMEZ-JARA, Carlos. ¿Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Una antecrítica al símil de la ameba acuñado por Alex van Weezel. *Polít. crim.* Vol. 5, Nº 10 (Diciembre 2010), Doc. 1, pp. 455-475. [En Línea] En: http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_10/Vol5N10D1.pdf visitado el día 1 de Septiembre de 2011.

HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. La introducción de la responsabilidad penal De las personas jurídicas en Chile. *Polít. crim.* Vol. 5, Nº 9 (Julio 2010), Art. 5, pp. 207-236. [En Línea] En: http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A5.pdf, visitado el día 30 de Agosto de 2010.

IULIA P, Anca. Criminal liability of corporations – Comparative Jurisprudence. Dirigido por: Profesor CANDEUB, Adam Michigan State University, College of Law, Primavera, Año 2006, Pág. 15. [En Línea] En: www.law.msu.edu/king/2006/2006_Pop.pdf visitado el día 9 de Septiembre de 2011.

MARTINEZ PARDO, Vicente José. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Revista Internacional de Práctica Jurídica. Nº 26, año 2011, Pp. 61 – 78. [En Línea] En: http://www.ripj.com/art_jcos/art_jcos/num26/26-3-vicpar.pdf visitando el día 11 de Mayo de 2011.

MARTINEZ, Richard. La Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Francés, p. 4. [En Línea] En:

www.cgu.gov.br/conferenciabrocde/.../RichardMartinez/RichardMartinez.doc, visitado el día 11 de Octubre de 2010.

MIR PUIG, Santiago. Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, p.17. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. ISSN 1695 – 0194. [En Línea] En: <http://criminnet.ugr.es/recpc/06/recpc06-01.pdf>, visitado el día 15 de Julio de 2010.

MOCCIA, Sergio. Reflexiones sobre los aspectos problemáticos de la normativa Italiana en materia de criminalidad económica. Revista Chilena de Derecho, Vol. 27 Nº 3, 2000. Pp. 549 – 561. [En Línea] En: www.dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=2650222&orden=0 visitado el día 3 de Mayo de 2011.

New York Central & Hudson River Railroad Co. v. U.S. [212 U.S. 481\(1909\)](http://supreme.justia.com/us/212/481/), [En Línea] En: <http://supreme.justia.com/us/212/481/> visitado el día 5 de Septiembre de 2011.

NIETO MARTÍN, Adán. Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa. *Polít. crim.*, Nº 5, 2008, A3-5, p.18. [En Línea] En: http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_3_5.pdf, visitado el día 15 de Agosto de 2010.

NIETO MARTÍN, Adán. La Responsabilidad penal de las personas jurídicas: Esquema de un modelo de responsabilidad penal, p.34. [En Línea] En: http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/resp_personas_juridicas.pdf, visitando el día 15 de Agosto de 2010.

POLITOFF, Sergio. Cometer y hacer cometer: Desarrollo y significación actual de la noción de autoría mediata. El autor detrás del autor. De la autoría funcional a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Pp. 1259 – 1260. [En Línea] En: <http://www.uclm.es/aidp/pdf/barbero1/64.pdf>, visitado el día 24 de Junio de 2011.

PRADEL, Jean. La Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Francés: Algunas Cuestiones, p.10. [En Línea] En: http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_61.pdf, visitado el día 11 de Octubre de 2010.

Presentación de la Cámara de Comercio de Santiago, año 2010. [En Línea] En: http://www.ccs.cl/html/eventos/2010/doc/0615_presentacion_rppj_ccs.pdf. visitado el día 7 de Julio de 2011.

R v. Haven Port Authority (2000) Env LR 632. [En Línea] En: <http://www.coastlaw.uct.ac.za/iczm/cases/seaemp2.htm> visitado el día 7 de Julio de 2011.

ROBLES PLANAS, Ricardo y JAVIER RIGGI, Eduardo. El extraño artículo 63.5 del Código Penal, p. 29. [En Línea] En: http://www.indret.com/pdf/576_es.pdf, visitado el día 15 de Agosto de 2010.

ROBLES PLANAS, Ricardo. ¿Delitos de personas jurídicas?, p.25. [En Línea] En: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1973994>, visitado el día 15 de Agosto de 2010.

ROBLES PLANAS, Ricardo. El “hecho propio” de las personas jurídicas y el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 200, p.12. [En Línea] En: <http://www.indret.com/pdf/622.pdf>, visitado el día 15 de Agosto de 2010.

ROBINSON, Allens A. *Corporate Culture, as a basis for the criminal liability of corporations*. Australia, Febrero 2008. Pág.100. [En línea] extraído de: <http://198.170.85.29/Allens-Arthur-Robinson-Corporate-Culture-paper-for-Ruggie-Feb-2008.pdf>, visitado el día 9 de Septiembre de 2011.

SILVA SANCHEZ, Jesús-María. La evolución ideológica de la discusión sobre la “Responsabilidad penal” de las personas jurídicas, 2008, Pp. 129 – 148. [En Línea] En: <http://foros.uexternado.edu.co/ecoinstitucional/index.php/derpen/article/view/620> visitado el día 13 de Mayo de 2011.

SZCZARANSKI CERDA, Clara Leonora. Las personas jurídicas como nuevos sujetos criminógenos. Revista de Derecho 17, p.91. [En Línea] En: http://www.cde.cl/wps/wcm/connect/319e47804fbf8abf8b98ab46ce4e7365/file_4820b04ca809b.pdf?MOD=AJPERES visitado el día 2 de Junio de 2011.

Tesco Supermarkets Ltd v Natrass [1971] UKHL 1 (31 March 1971). [En Línea] En: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1971/1.html> visitado el día 6 de Septiembre de 2011.

Tribunal de Milán, 28 de abril de 2008. [En Línea] En: <http://www.codice231.com/#Art.%205%20Responsabilit%C3%A0%20dell%27ent> visitando el día 23 de Agosto de 2011.

Tribunal de Milán, G.I.P. E. Los novillos, 17 de noviembre de 2009. [En Línea] En: <http://www.codice231.com/#Art.%207%20Soggetti%20sottoposti%20all> visitado el día 24 de Agosto de 2011.

Tribunal de Milán, 27 de abril de 2004. [En Línea] En: <http://www.codice231.com/#Art.%207%20Soggetti%20sottoposti%20all> visitando el día 24 de Agosto de 2011.

United States of America (Appellee) v. IONIA MANAGEMENT S.A. 07-5801-cr, 08-1387-cr. (2009) [En Línea] En: <http://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1311708.html> visitado el día 5 de Julio de 2011.

VAN WEEZEL, Alex. Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Polít. crim.* Vol. 5. Nº 9 (Julio 2010), Art. 3. Pp. 114-142. [En Línea]

En: http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A3.pdf, visitado el día 30 de Agosto de 2010.

WEISMANN, Andrew; ZIEGLER, Richard; McLOUGHLIN, Luke; McFADDEN, Joseph. Released by the U.S. Chamber Institute for Legal Reform. Reforming Corporate Criminal Liability to Promote Responsible Corporate Behavior. Octubre, 2008. Pág. 1-22 [En Línea] En: www.instituteforlegalreform.com/get_ilr_doc.php?id=1218, visitado el día 01 de Septiembre de 2011.

ZÚÑIGA RODRIGUEZ, Laura. Criminalidad Organizada, Unión Europea y Sanciones a empresas, p.13. [En Línea]

En: http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_50.pdf, visitado el día 15 de Julio de 2010.

ANEXO

Ley N°20.393: establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica²⁹¹.

²⁹¹ Ley N° 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. Publicada el 02 de Diciembre de 2009. Diario Oficial. [En Línea] En: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1008668&buscar=20.393&r=1> visitado el día 04 de Julio de 2012.



Tipo Norma :Ley 20393
Fecha Publicación :02-12-2009
Fecha Promulgación :25-11-2009
Organismo :MINISTERIO DE HACIENDA; SUBSECRETARÍA DE HACIENDA
Título :ESTABLECE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LOS DELITOS DE LAVADO DE ACTIVOS, FINANCIAMIENTO DEL TERRORISMO Y DELITOS DE COHECHO QUE INDICA
Tipo Version :Unica De : 02-12-2009
Inicio Vigencia :02-12-2009
Id Norma :1008668
URL :<http://www.leychile.cl/N?i=1008668&f=2009-12-02&p=>

LEY NÚM. 20.393

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

Teniendo presente que el H. Congreso Nacional ha dado su aprobación al siguiente

Proyecto de Ley:

Artículo Primero.- Apruébase la siguiente ley sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas:

"Artículo 1º.- 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 8º 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.

Artículo 2º.- Alcances. Las disposiciones de esta ley serán aplicables a las personas jurídicas de derecho privado y a las empresas del Estado.

TÍTULO I

Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas

1.- De la atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas

Artículo 3º.- Atribución de responsabilidad penal. Las personas jurídicas serán responsables de los delitos señalados en el artículo 1º 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.

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:

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.

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°.

2.- De las circunstancias que atenúan la responsabilidad penal de la persona jurídica

Artículo 6°.- Circunstancias atenuantes. Serán circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de la persona jurídica, las siguientes:



1) La prevista en el número 7° del artículo 11 del Código Penal.

2) La prevista en el número 9° del artículo 11 del Código Penal. Se entenderá especialmente que la persona jurídica colabora 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.

3) La adopción por parte de la persona jurídica, antes del comienzo del juicio, de medidas eficaces para prevenir la reiteración de la misma clase de delitos objeto de la investigación.

3.- De las circunstancias que agravan la responsabilidad penal

Artículo 7°.- Circunstancia agravante. Es circunstancia agravante de la responsabilidad penal de la persona jurídica, el haber sido condenada, dentro de los cinco años anteriores, por el mismo delito.

TÍTULO II

Consecuencias de la Declaración de Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica

1.- De las penas en general

Artículo 8°.- Penas. Serán aplicables a las personas jurídicas una o más de las siguientes penas:

1) Disolución de la persona jurídica o cancelación de la personalidad jurídica.

Esta pena no se aplicará a las empresas del Estado ni a las personas jurídicas de derecho privado que presten un servicio de utilidad pública cuya interrupción pudiere causar graves consecuencias sociales y económicas o daños serios a la comunidad, como resultado de la aplicación de dicha pena.

2) Prohibición temporal o perpetua de celebrar actos y contratos con los organismos del Estado.

3) Pérdida parcial o total de beneficios fiscales o prohibición absoluta de recepción de los mismos por un período determinado.

4) Multa a beneficio fiscal.

5) Las penas accesorias previstas en el artículo 13.

Artículo 9°.- Disolución de la persona jurídica o cancelación de la personalidad jurídica. La disolución o cancelación producirá la pérdida definitiva de la personalidad jurídica.

La sentencia que declare la disolución o cancelación designará, de acuerdo a su tipo y naturaleza jurídica y a falta de disposición legal expresa que la regule, al o a los liquidadores encargados de la liquidación de la persona jurídica. Asimismo, y en iguales condiciones, les encomendará la realización de los actos o contratos necesarios para:

1) Concluir toda actividad de la persona jurídica, salvo aquellas que fueren indispensables para el éxito de la liquidación;

2) Pagar los pasivos de la persona jurídica, incluidos los derivados de la comisión del delito. Los plazos de todas esas deudas se entenderán caducados de



pleno derecho, haciéndolas inmediatamente exigibles, y su pago deberá realizarse respetando plenamente las preferencias y la prelación de créditos establecidas en el Título XLI del Libro IV del Código Civil, particularmente los derechos de los trabajadores de la persona jurídica, y

3) Repartir los bienes remanentes entre los accionistas, socios, dueños o propietarios, a prorrata de sus respectivas participaciones. Lo anterior se entenderá sin perjuicio del derecho de los afectados para perseguir el resarcimiento de los perjuicios sufridos contra los responsables del delito. En el caso de las sociedades anónimas se aplicará lo establecido en el artículo 133 bis de la ley N°18.046.

Sin embargo, cuando así lo aconseje el interés social, el juez, mediante resolución fundada, podrá ordenar la enajenación de todo o parte del activo de la persona jurídica disuelta como un conjunto o unidad económica, en subasta pública y al mejor postor. Ésta deberá efectuarse ante el propio juez.

Esta pena se podrá imponer únicamente en los casos de crímenes en que concurra la circunstancia agravante establecida en el artículo 7°. Asimismo, se podrá aplicar cuando se condene por crímenes cometidos en carácter de reiterados, de conformidad a lo establecido en el artículo 351 del Código Procesal Penal.

Artículo 10.- Prohibición de celebrar actos y contratos con organismos del Estado. Esta prohibición consiste en la pérdida del derecho a participar como proveedor de bienes y servicios de los organismos del Estado.

Para determinar esta pena, el tribunal se ceñirá a la siguiente escala:

1) Prohibición perpetua de celebrar actos y contratos con los organismos del Estado.

2) Prohibición temporal de celebrar actos y contratos con los organismos del Estado. Su duración se graduará del siguiente modo:

a) En su grado mínimo: de dos a tres años.

b) En su grado medio: de tres años y un día a cuatro años.

c) En su grado máximo: de cuatro años y un día a cinco años.

La prohibición regirá a contar de la fecha en que la resolución se encuentre ejecutoriada. El tribunal comunicará tal circunstancia a la Dirección de Compras y Contratación Pública. Dicha Dirección mantendrá un registro actualizado de las personas jurídicas a las que se les haya impuesto esta pena.

Artículo 11.- De la pérdida parcial o total de beneficios fiscales o prohibición absoluta de recepción de los mismos por un período determinado. Se entenderá, para efectos de esta ley, por beneficios fiscales aquellos que otorga el Estado o sus organismos por concepto 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.

Esta pena se graduará del siguiente modo:

1) En su grado mínimo: pérdida del veinte al cuarenta por ciento del beneficio fiscal.

2) En su grado medio: pérdida del cuarenta y uno al setenta por ciento del beneficio fiscal.

3) En su grado máximo: pérdida del setenta y uno al cien por ciento del beneficio fiscal.

En caso que la persona jurídica no sea acreedora de tales beneficios fiscales,



se podrá aplicar como sanción la prohibición absoluta de percibirlos por un período de entre dos y cinco años, el que se contará desde que la sentencia que declare su responsabilidad se encuentre ejecutoriada. El tribunal deberá comunicar que ha impuesto esta sanción a la Secretaría y Administración General del Ministerio de Hacienda y a la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo del Ministerio del Interior, con el fin de que sea consignada en los registros centrales de colaboradores del Estado y Municipalidades que, respectivamente, la ley N° 19.862 les encomienda administrar.

Artículo 12.- Multa a beneficio fiscal. Esta pena se graduará del siguiente modo:

1) En su grado mínimo: desde doscientas a dos mil unidades tributarias mensuales.

2) En su grado medio: desde dos mil una a diez mil unidades tributarias mensuales.

3) En su grado máximo: desde diez mil una a veinte mil unidades tributarias mensuales.

El tribunal podrá autorizar que el pago de la multa se efectúe por parcialidades, dentro de un límite que no exceda de veinticuatro meses, cuando la cuantía de ella pueda poner en riesgo la continuidad del giro de la persona jurídica sancionada, o cuando así lo aconseje el interés social.

El tribunal, una vez ejecutoriada la sentencia condenatoria, comunicará la aplicación de la multa a la Tesorería General de la República, quien se hará cargo de su cobro y pago.

Artículo 13.- Penas accesorias. Se aplicarán, accesoriamente a las penas señaladas en los artículos anteriores, las siguientes:

1) Publicación de un extracto de la sentencia. El tribunal ordenará la publicación de un extracto de la parte resolutive de la sentencia condenatoria en el Diario Oficial u otro diario de circulación nacional.

La persona jurídica sancionada asumirá los costos de esa publicación.

2) Comiso. El producto del delito y demás bienes, efectos, objetos, documentos e instrumentos del mismo serán decomisados.

3) En los casos que el delito cometido suponga la inversión de recursos de la persona jurídica superiores a los ingresos que ella genera, se impondrá como pena accesoria el entero en arcas fiscales de una cantidad equivalente a la inversión realizada.

2.- De la determinación de las penas

Artículo 14.- Escala general. La pena que se imponga a la persona jurídica se determinará en relación a la prevista para el delito correspondiente señalado en el artículo 1°, de conformidad a la siguiente escala:

Escala General de Penas para Personas Jurídicas

1.- Penas de crímenes.

a) Disolución de la persona jurídica o cancelación de la personalidad jurídica.

b) Prohibición de celebrar actos y contratos con organismos del Estado en su grado máximo a perpetuo.

c) Pérdida de beneficios fiscales en su grado máximo o prohibición absoluta



de recepción de los mismos de tres años y un día a cinco años.

d) Multa a beneficio fiscal, en su grado máximo.

En estos casos siempre se aplicarán como accesorias las penas mencionadas en el artículo 13.

2.- Penas de simples delitos.

a) Prohibición temporal de celebrar actos y contratos con organismos del Estado en su grado mínimo a medio.

b) Pérdida de beneficios fiscales en su grado mínimo a medio o prohibición absoluta de recepción de los mismos de dos a tres años.

c) Multa en su grado mínimo a medio.

En estos casos siempre se aplicarán como accesorias las penas mencionadas en el artículo 13.

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.

Artículo 16.- Circunstancias modificatorias de responsabilidad. En caso de concurrir una circunstancia atenuante y ninguna agravante, tratándose de simples delitos se aplicarán sólo dos de las penas contempladas en el artículo 14, debiendo imponerse una de ellas en su grado mínimo. Tratándose de crímenes, el tribunal aplicará sólo dos de las penas contempladas en dicho artículo en su minimum, si procediere.

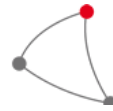
En caso de concurrir la circunstancia agravante contemplada en esta ley y ninguna atenuante, tratándose de simples delitos el tribunal aplicará todas las penas en su grado máximo. Tratándose de crímenes deberá aplicar las penas en su maximum, si procediere, o la disolución o cancelación.

Si concurren dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante, tratándose de simples delitos el tribunal deberá aplicar sólo una pena, pudiendo recorrerla en toda su extensión. Tratándose de crímenes deberá aplicar dos penas de las contempladas para los simples delitos.

Si concurren varias atenuantes y la agravante prevista en esta ley, ésta se compensará racionalmente con alguna de las atenuantes, debiendo ajustarse las penas conforme a los incisos anteriores.

Artículo 17.- Reglas de determinación judicial de la pena. Para regular la cuantía y naturaleza de las penas a imponer, el tribunal deberá atender, dejando constancia pormenorizada de sus razonamientos en su fallo, a los siguientes criterios:

- 1) Los montos de dinero involucrados en la comisión del delito.
- 2) El tamaño y la naturaleza de la persona jurídica.
- 3) La capacidad económica de la persona jurídica.
- 4) 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 habitual.
- 5) La extensión del mal causado por el delito.



6) 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 del Estado o de empresas que presten un servicio de utilidad pública.

Artículo 18.- Transmisión de la responsabilidad penal de la persona jurídica. En el caso de transformación, fusión, absorción, división o disolución de común acuerdo o voluntaria de la persona jurídica responsable de uno o más de los delitos a que se refiere el artículo 1º, su responsabilidad derivada de los delitos cometidos con anterioridad a la ocurrencia de alguno de dichos actos se transmitirá a la o las personas jurídicas resultantes de los mismos, si las hubiere, de acuerdo a las reglas siguientes, todo ello sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

1) Si se impone la pena de multa, en los casos de transformación, fusión o absorción de una persona jurídica, la persona jurídica resultante responderá por el total de la cuantía. En el caso de división, las personas jurídicas resultantes serán solidariamente responsables del pago de la misma.

2) En los casos de disolución de común acuerdo de una persona jurídica con fines de lucro, la multa se transmitirá a los socios y partícipes en el capital, quienes responderán hasta el límite del valor de la cuota de liquidación que se les hubiere asignado.

3) Si se trata de cualquiera otra pena, el juez valorará, atendiendo a las finalidades que en cada caso se persiguen, su conveniencia.

Para adoptar esta decisión deberá atender sobre todo a la continuidad sustancial de los medios materiales y humanos y a la actividad desarrollada.

4) Desde que se hubiere solicitado la audiencia de formalización de la investigación en contra de una persona jurídica sin fines de lucro y hasta la sentencia absolutoria o condenatoria y en tanto ésta no esté cumplida, no podrá concederse la autorización del inciso primero del artículo 559 del Código Civil.

3.- Extinción de la responsabilidad penal de la persona jurídica

Artículo 19.- Extinción de la responsabilidad penal. La responsabilidad penal de la persona jurídica se extingue por las mismas causales señaladas en el artículo 93 del Código Penal, salvo la prevista en su número 1º.

TÍTULO III

Procedimiento

1.- Inicio de la investigación de la responsabilidad penal de la persona jurídica

Artículo 20.- Investigación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Si durante la investigación de alguno de los delitos previstos en el artículo 1º, el Ministerio Público tomare conocimiento de la eventual participación de alguna de las personas indicadas en el artículo 3º, ampliará dicha investigación con el fin de determinar la responsabilidad de la persona jurídica correspondiente.

Artículo 21.- Aplicación de las normas relativas al imputado. En lo no regulado en esta ley, serán aplicables a las personas jurídicas las disposiciones relativas al imputado, al acusado y al condenado, establecidas en el Código Procesal Penal y en las leyes especiales respectivas, siempre que aquéllas resulten



compatibles con la naturaleza específica de las personas jurídicas.

En especial, les serán aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 4°, 7°, 8°, 10, 93, 98, 102, 183, 184, 186, 193, 194 y 257 del Código Procesal Penal, derechos y garantías que podrán ser ejercidos por cualquier representante de la persona jurídica.

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 aquélla, de 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°.

Dicha solicitud deberá contener, además, la individualización del representante legal de la persona jurídica.

Artículo 23.- Representación de la persona jurídica. Si citado para comparecer a una audiencia ante el tribunal, el representante legal de la persona jurídica imputada no se presentare injustificadamente, el tribunal podrá ordenar que sea arrestado hasta la realización de la audiencia, la que deberá efectuarse dentro de un plazo máximo de veinticuatro horas desde que se produzca la privación de libertad.

Si el representante legal no fuere habido, el fiscal solicitará al tribunal que designe a un defensor penal público, quien realizará la función de un curador ad litem, en representación de la persona jurídica.

En todo caso, la persona jurídica podrá designar en cualquier momento a un defensor de su confianza.

Cuando la ley procesal penal exigiere la presencia del imputado como condición o requisito para la realización de una audiencia judicial, se entenderá que dicha exigencia es satisfecha con la presencia del curador ad litem o del defensor de confianza, en su caso. Procederán respecto de ambos, para dichos efectos, los apercibimientos previstos en el inciso primero.

Artículo 24.- Improcedencia de la aplicación del principio de oportunidad. Lo dispuesto en el artículo 170 del Código Procesal Penal no será aplicable respecto de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Artículo 25.- Suspensión condicional del procedimiento. La suspensión condicional del procedimiento podrá decretarse siempre que no existiere una condena u otra suspensión condicional del procedimiento vigente, respecto de la persona jurídica imputada por algunos de los delitos previstos en esta ley.

El juez de garantía dispondrá, según correspondiere, que durante el período de suspensión, el que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a tres años, la persona jurídica esté sujeta al cumplimiento de una o más de las siguientes condiciones:

- 1) Pagar una determinada suma a beneficio fiscal.
- 2) Prestar un determinado servicio a favor de la comunidad.
- 3) Informar periódicamente su estado financiero a la institución que se determinare.
- 4) Implementar un programa para hacer efectivo el modelo de organización,



administración y supervisión a que se refiere el artículo 4°.

5) Cualquiera otra condición que resulte adecuada en consideración a las circunstancias del caso concreto y fuere propuesta, fundadamente, por el Ministerio Público.

En los casos en que el juez imponga la medida señalada en el número 1), deberá comunicarlo a la Tesorería General de la República.

Artículo 26.- Determinación del procedimiento aplicable a la responsabilidad penal de la persona jurídica. Si el fiscal, al acusar o requerir de acuerdo a las normas del procedimiento simplificado, solicitare la aplicación de alguna de las penas contempladas para los simples delitos, en su grado mínimo, el conocimiento y fallo de aquéllas se realizará conforme a las normas del procedimiento simplificado.

En los casos en que el fiscal acusare solicitando sólo penas de crimen o de simple delito en su grado medio, su conocimiento y fallo se realizará conforme a las normas del juicio oral del Título III del Libro II del Código Procesal Penal.

Si el fiscal requiriere o acusare a la persona natural y jurídica en el mismo acto, se seguirá conforme al procedimiento aplicable a la persona natural. Lo anterior no será aplicable tratándose de penas de crimen.

Respecto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no será procedente el procedimiento monitorio.

Artículo 27.- Procedimiento abreviado. El procedimiento establecido en los artículos 406 y siguientes del Código Procesal Penal será aplicable para determinar la responsabilidad y para imponer las sanciones establecidas en la presente ley.

Se seguirá este procedimiento para conocer y fallar los hechos respecto de los cuales el fiscal requiriere la imposición de una o más penas de simple delito.

El tribunal no podrá imponer una pena superior ni más desfavorable a la requerida por el fiscal.

Artículo 28.- Defensa de las personas jurídicas. Toda persona jurídica que no pudiese procurarse defensa por sus propios medios, tendrá derecho a solicitar al juez la designación de un defensor penal público.

Artículo 29.- Suspensión de la condena. Si en la sentencia condenatoria el tribunal impusiere alguna pena de simple delito en su grado mínimo, podrá, mediante resolución fundada y de manera excepcional, considerando especialmente el número de trabajadores o las ventas anuales netas o los montos de exportación de la empresa, disponer la suspensión de la condena y sus efectos por un plazo no inferior a seis meses ni superior a dos años. En este caso, el tribunal podrá sustraer de este efecto la pena accesoria de comiso.

Tratándose de empresas del Estado o de empresas que prestan un servicio de utilidad pública cuya interrupción pudiese causar graves consecuencias sociales y económicas o daños serios a la comunidad, el juez podrá disponer la suspensión cualquiera fuere la pena impuesta en la sentencia.

Transcurrido el plazo previsto en el inciso primero sin que la persona jurídica hubiere sido objeto de nuevo requerimiento o de una nueva formalización de la investigación, el tribunal dejará sin efecto la sentencia y, en su reemplazo, decretará el sobreseimiento definitivo de la causa.

Esta suspensión no afecta la responsabilidad civil derivada del delito."

Artículo Segundo.- Introdúcese, en el artículo 294 bis del Código Penal, el siguiente inciso segundo:



"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 personalidad jurídica."

Artículo Tercero.- Introdúcese, en el artículo 28 de la ley N° 19.913, que crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos, el siguiente inciso segundo:

"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 personalidad jurídica."

Y por cuanto he tenido a bien aprobarlo y sancionarlo; por tanto promúlguese y llévese a efecto como Ley de la República.

Santiago, 25 de noviembre de 2009.- MICHELLE BACHELET JERIA, Presidenta de la República.- Andrés Velasco Brañes, Ministro de Hacienda.- Edmundo Pérez Yoma, Ministro del Interior.- Mariano Fernández Amunátegui, Ministro de Relaciones Exteriores.- Carlos Maldonado Curti, Ministro de Justicia.

Lo que transcribo a usted para su conocimiento.- Saluda Atte. a usted, María Olivia Recart Herrera, Subsecretaria de Hacienda.