



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Ciencias Penales y Criminología

---

**PROBLEMAS DE DETERMINACIÓN DE LA PENA EN  
LA LEY N° 20.393**

Memoria para optar al Grado Académico de Licenciado en  
Ciencias Jurídicas y Sociales

CARLOS SÁNCHEZ ROSSI

Profesor Guía: Dr. Alex van Weezel

---

Santiago, Chile 2013

*“Each individual possesses a conscience which to a greater or lesser degree serves to restrain the unimpeded flow of impulses destructive to others. But when he merges his person into an organizational structure, a new creature replaces autonomous man, unhindered by the limitations of individual morality, freed of humane inhibition, mindful only of the sanctions of authority.”*

Stanley Milgram

## **AGRADECIMIENTOS**

Al profesor Alex van Weezel por su ayuda y permanente interés en los temas a los que se refiere este trabajo; a Ignacio Ananías, Miguel Schurmann y Guillermo Chahuán por sus valiosos consejos y comentarios; a Braulio, Froilán, Paulo y mi familia, por su apoyo, alegría y paciencia.

## TABLA DE CONTENIDO

<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>1</b>
<b>I. CUESTIONES PREVIAS .....</b>	<b>9</b>
1. LA IMPUTACIÓN PENAL DE PERSONAS JURÍDICAS.....	9
1.1. Objeto, sujeto y contexto.....	12
1.2. La vigencia del principio <i>societas delinquere non potest</i> .....	18
2. SISTEMAS COMPARADOS .....	29
2.1. El modelo vicarial de responsabilidad .....	30
2.1.1. El primer presupuesto: las peculiaridades del agente .....	34
2.1.2. El segundo presupuesto: la intención de beneficiar a la empresa.....	45
2.2. Los modelos de responsabilidad autónoma.....	48
2.2.1. Los sistemas del hecho de referencia. ....	49
2.2.2. Los sistemas funcionalistas .....	51
2.3. El modelo mixto.....	54
3. EL SISTEMA DE IMPUTACIÓN DE LA LEY N° 20.393.....	57
3.1. Consideraciones metodológicas.....	64
3.2. El modelo de interpretación propuesto.....	66
3.3. El artículo 3° de la ley 20.393.....	68
3.3.1. La identificación de la norma de comportamiento .....	70
3.3.2. Implicancias para la determinación de la pena .....	75
<b>II. LA DETERMINACIÓN DE LA PENA EN LA LEY 20.393.....</b>	<b>77</b>
1. CUESTIONES GENERALES .....	77
2. LOS FINES DE LA PENA EN EL DERECHO PENAL COLECTIVO .....	79
2.1. Auto organización, prevención y teoría de la unión .....	86
3. SANCIONES PENALES RESPECTO DE PERSONAS JURÍDICAS .....	91

3.1.	El debate norteamericano sobre la pena adecuada a la empresa .....	91
3.1.1.	Los enfoques economicistas .....	92
3.1.2.	Criticas al modelo .....	98
3.1.3.	El enfoque en la teoría de los juegos.....	103
3.1.4.	Balance .....	107
4.	LAS SANCIONES DE LA LEY N° 20.393 .....	109
4.1.	Penas principales.....	112
4.1.1.	La disolución de la persona jurídica .....	112
4.1.2.	Prohibición de contratar con organismos del estado.....	138
4.1.3.	Pérdida y prohibición de recibir beneficios fiscales .....	141
4.1.4.	Multa .....	146
4.2.	Penas accesorias.....	155
4.2.1.	Publicación de la sentencia.....	155
4.2.2.	Comiso .....	159
4.3.	Otras sanciones de derecho comparado .....	170
5.	EL PROCEDIMIENTO DE DETERMINACIÓN DE LA PENA .....	172
5.1.	Aspectos generales.....	180
5.2.	Determinación legal de la pena.....	182
5.2.1.	La fijación de la escala de penas aplicable.....	182
5.2.2.	La consideración de las circunstancias modificatorias .....	184
5.2.3.	La determinación del número de penas a imponer .....	197
5.2.4.	La determinación legal cualitativa .....	214
5.2.5.	La determinación legal cuantitativa .....	215
5.2.6.	Esquema interpretativo final.....	216
5.3.	Determinación judicial de la pena.....	221
5.3.1.	Los criterios legales .....	222
	<b>CONSIDERACIONES FINALES.....</b>	<b>234</b>

**BIBLIOGRAFÍA ..... 239**

## ÍNDICE DE CUADROS

Cuadro N° 1 – Esquema interpretativo circunstancias modificatorias.....p.	210
Cuadro N° 2 – Esquema interpretativo determinación cualitativa.....p.	212
Cuadro N° 3 – Esquema interpretativo final.....p.	216

## INTRODUCCIÓN

La potestad de imponer sanciones penales por parte del estado puede reconstruirse mediante la identificación de tres momentos distintos, cada uno de los cuales se caracteriza por la presencia de un hecho institucional paradigmático, y una función pública implicada.

Así, podemos identificar: (a) el momento de la conminación penal, dominado por los actos institucionales de la promulgación y publicación de normas penales, además de la función pública que ejerce el legislador; (b) el momento de la imposición de la pena, caracterizado por el acto institucional de la sentencia, y la labor del juez, que atribuye a una persona responsabilidad por la defraudación de una norma de conducta; y por último, (c) el momento de la ejecución de la pena, caracterizado por el cumplimiento de la sanción previamente definida por el adjudicador, y la labor del respectivo aparato administrativo.

En esta comprensión tripartita del funcionamiento del sistema punitivo estatal, la determinación de la pena corresponde a la culminación del segundo momento de la marcha del ius puniendi: el instante final del momento adjudicativo. Sólo una vez que se ha establecido una clase de conducta como prohibida, y se ha considerado a un autor como responsable por dicha conducta, es que tiene sentido preguntarse por los modos e intensidad de su sanción.

Esto podría llevar a pensar que la relevancia doctrinal de la teoría de la determinación de la pena se encuentra restringida al análisis del cometido de los jueces penales al momento de dictar sentencia. Pero sostener esto sería un error. Las cuestiones relacionadas con la determinación de la pena tienen un alcance transversal, y exceden al mero procedimiento de declaración judicial de responsabilidad penal, pues en rigor, se suscitan en cada una de las etapas de concreción del *ius puniendi* estatal.

Así, emergen necesariamente en la discusión legislativa bajo las diversas consideraciones de política criminal que tiñen el debate parlamentario, y entran en consideración en el tercer momento del poder punitivo estatal, por ejemplo, cuando se trata de lidiar con la posibilidad de conceder beneficios carcelarios.

No obstante esta transversalidad, toda pregunta por la determinación de la pena posee un rasgo estructural, una forma peculiar, que se deriva del rol paradigmático que a su respecto desempeña el juez en el sistema penal. En efecto, todo aquel emprende un debate respecto de la determinación de la pena, necesita a lo menos suponer a) que existe un curso de acción tipo que ha sido declarado antijurídico desde la perspectiva del derecho penal, y, b)

que un determinado autor es merecedor del reproche con el que la norma penal conmina a quienes la defraudan<sup>1</sup>.

Esta cualidad especial tiñe a toda la dogmática de la determinación de la pena, y ha llevado a sostener a cierto sector de la doctrina, que la determinación de la pena es la “continuación cuantitativa de la teoría del delito”<sup>2</sup>.

A este rasgo estructural debe añadirse otro, que tiene que ver con la forma que adopta el discurso jurídico en estos casos. Y es que en lo que a los problemas de determinación de la pena se refiere, las respuestas esperables no pueden clasificarse exclusivamente mediante una ordenación binaria. No se trata, simplemente, de predicar la ausencia o presencia de algún atributo en alguna conducta: se trata de determinar de manera racional el modo e intensidad con la que debe ejercerse el reproche penal. Esta cuestión, como se sabe, no puede responderse exclusivamente sobre la base de un “sí” o un “no”<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> ZIFFER, P. 1999. Lineamientos de la determinación de la pena. Buenos Aires, Ed. Ad-hoc. p. 45

<sup>2</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. 2007. La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo. InDret N°2-2007. Barcelona. p. 8 [en línea] <[www.indret.com/pdf/426\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/426_es.pdf)>

<sup>3</sup> Ibíd. p. 5

Lo anterior implica que el silogismo práctico, el modelo discursivo más común de la práctica adjudicativa del derecho penal, sea incapaz de dar cuenta de la totalidad de las dificultades que estas materias implican. De suerte que la teoría de la determinación de la pena, a lo menos en el nivel de la individuación judicial de la misma, debe enfrentar el difícil desafío de sentar criterios dogmáticos de racionalidad, que sean comprensivos de ésta especial “textura abierta”<sup>4</sup>.

Estas consideraciones enfrentan a la teoría de la determinación de la pena a varios órdenes de dificultades, extrañas para otros sectores del derecho penal, y que enfatizan la necesidad de contar con un desarrollo doctrinal y jurisprudencial adecuado.

Sin embargo, en nuestro contexto, el de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, dicho desarrollo o no existe, o es sólo embrionario. Bajo este escenario, las pretensiones de esta monografía sólo pueden ser modestas. No puede prometer seriamente servir sin más como guía práctica respecto de los problemas de determinación de la pena que se susciten a propósito de la aplicación de la Ley N°

---

<sup>4</sup> La determinación judicial de la pena se encuentra vinculada a principios rectores, que le otorgan legitimidad a la decisión final del juez. Así es por ejemplo, que se habla de la determinación judicial de la pena, como un caso de potestad sujeta a una “discrecionalidad jurídicamente vinculada”. JESCHEK, H. 1981. Tratado de Derecho Penal, Parte General. Volumen Segundo. Barcelona, Ed. Bosch. pp. 1191 y ss.

20.393. Muchas de las soluciones a las que llega se encuentran debatidas en sus bases por la dogmática nacional, y muchos de los problemas que denuncia, derechamente, requieren una investigación ulterior<sup>5</sup>.

Por ello su propósito será más restringido: coadyuvar en la tarea de construir un diálogo dogmático ordenado, que haga posible una práctica jurisdiccional más consistente, particularmente en lo que respecta a los problemas de determinación de la pena a que dará lugar la ley N° 20.393.

La necesidad de este examen sistemático es evidente. Y es que la mencionada ley no sólo introduce un sistema de imputación profundamente rupturista respecto de nuestra tradición jurídica, sino que también establece un modelo de determinación de la pena completamente inédito en nuestro entorno. De este modo, esta monografía no puede contentarse con aplicar *mutatis mutandis* categorías tradicionalmente reservadas a la punición de personas naturales. Necesita dar cuenta de las cualidades estructurales de la determinación de la pena, a la vez que considerar las novedades que implica la nueva ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas, desde una perspectiva dogmática.

---

<sup>5</sup> Paradigmático en este sentido, serán los problemas de determinación de la pena que implica la teoría de los concursos, y de la intervención delictiva.

Para lograr este objetivo este trabajo se dividirá en dos secciones.

En la primera se expondrán someramente las discusiones que se encuentran detrás de la particular decisión regulatoria que implicó la promulgación de la Ley N° 20.393, intentándose en definitiva, definir en términos generales cual debe considerarse es la fisonomía dogmática del modelo de imputación establecido por el legislador chileno.

El propósito de este examen no es ofrecer un panorama acabado de las diversas posturas implicadas en la solución que se encarnó en nuestra regulación, sino dar cuenta de la dependencia estructural de la teoría de la determinación de la pena a la teoría del delito, de modo tal que se sienten las bases mínimas para una discusión sobre los lineamientos que ofrece la ley en lo que respecta a la determinación de la pena.

Sólo una vez clarificado el objeto de valoración y definidos los parámetros mediante los cuales dicha valoración se realiza (i.e. que es lo desvalorado con la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y por qué se desvalora), es que puede abordarse el debate sobre la mejor forma de definir la consecuencia jurídica vinculada a esa valoración.

Esto es particularmente evidente si consideramos, por ejemplo, que la culpabilidad es una de las variables que usualmente se citan como criterio rector de la determinación de la pena, y los diversos

modelos existentes de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas, plantean diversas formas de entender la ‘culpabilidad de la empresa’. Algo similar ocurre con la noción de ‘acción’. Por ello, antes de definir los criterios de determinación de la pena respecto de las personas jurídicas, debe sentarse la base de cuales son las variables que explican su imputación ¿Responde la empresa por un propio defecto de organización, o por la acción de sus representantes?.

Así, en concreto, sostendré que la mejor manera de interpretar el sistema de imputación penal de las personas jurídicas establecido por nuestro legislador en la Ley N° 20.393, es concebirlo bajo el modelo de responsabilidad de la empresa por su propia culpabilidad, con todas las consecuencias de que de ello eso se siguen.

El segundo apartado de la monografía encarnará el núcleo de la misma. Allí, a partir de la toma de postura expuesta en el primer apartado, se examinará la regulación positiva establecida por el legislador chileno y los diversos problemas que en nuestro entorno se podrían provocar.

Este apartado cuenta con siete secciones, en donde se esbozará en líneas generales la manera en que se entenderá la teoría de la determinación de la pena, y los problemas generales a que esta parcela del derecho se enfrenta en el contexto de la nueva legislación nacional. Se examinará de esta manera, sobre un trasfondo comparado, los fines de la pena respecto de personas jurídicas, el catalogo de penas que ofrece la ley de responsabilidad penal de las

personas jurídicas, para, en último lugar, examinar las distintas reglas que provee la nueva ley respecto de la determinación de la pena de la persona jurídica.

Finalmente, todavía cabe hacer una última observación respecto de la metodología que se empleará. Bajo el convencimiento de que el trabajo teórico en materia penal no puede construirse sin referencia a las fuentes doctrinales y legales que de hecho inspiran la regulación que se trata de examinar - porque las leyes son fenómenos históricos, vinculadas a contextos culturales y políticos determinados - la presente monografía se emprenderá con especial referencia a la perspectiva comparada.

En este sentido, en razón al carácter 'eclectico' de la regulación nacional, la referencia a las influencias doctrinales y legislativas extranjeras, en especial a la regulación y doctrina española y estadounidense, ocupará un espacio preponderante en estas reflexiones.

## **I. CUESTIONES PREVIAS**

### **1. La imputación penal de personas jurídicas**

La persona jurídica en nuestro sistema legal recibe un tratamiento bifronte. Por un lado, en tanto colectividad orientada a satisfacer los fines lícitos de sus miembros, se la considera un objeto merecedor de protección jurídica. Por otro, en cuanto núcleo diferenciado de toma de decisiones con titularidad de patrimonio, se la considera un sujeto de derecho.

La dualidad señalada es reconocible ya desde la perspectiva de nuestro orden constitucional, tal como puede verse en el hiato regulativo que se produce entre el artículo 19 N° 12 (derecho a la honra) y el artículo 19 N° 15 de la Constitución Política de la República (derecho de asociación). Mientras el artículo 19 N° 12 trata a las personas jurídicas explícitamente como titulares de derechos fundamentales, el artículo 19 N° 15 les dispensa una protección objetual, derivada de la protección de los derechos de sus integrantes.

El punto queda claro a partir de la revisión de las actas de la Comisión Ortúzar para el estudio de la redacción de la Constitución de 1980. Así, mientras a propósito del estudio del derecho a la

propiedad se reconoce explícitamente a la persona jurídica como titular de derechos fundamentales<sup>6</sup>, en la discusión sobre el derecho de asociación, se la considera propiamente como un objeto, o realidad protegida en razón de los intereses de sus miembros<sup>7</sup>.

Este doble tratamiento a la personalidad jurídica, sujeto de derecho y objeto de protección, levanta particulares dudas sobre cuál sea la manera dogmáticamente correcta de entender las consecuencias jurídicas que respecto de ellas prevé el ordenamiento jurídico, y especialmente el subsistema penal. Esto por cuanto, independientemente del debate sobre los fines o el sentido de la pena, parece absurdo atribuir el carácter siquiera de ‘sanción’ a la

---

<sup>6</sup> “El señor SILVA BASCUÑÁN cree que la primera modificación es bastante feliz concretando específicamente la letra de lo que se discutirá al margen, y dando por supuesta la conformidad en las ideas generales, al reemplazar en el encabezamiento del artículo 10 las palabras “todos los habitantes” por “todas las personas” [...] con toda claridad, se da a entender que las personas, cuyos derechos se garantizan no son sólo las naturales, sino que también las jurídicas.” COMISIÓN DE ESTUDIOS DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE. 1975. Actas oficiales de la comisión constituyente. Sesión 156va. martes 7 de octubre de 1975. Tomo V. p. 170 [en línea] <[http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/actas\\_oficiales-r](http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/actas_oficiales-r)>

<sup>7</sup> En palabras de Silva Bascuñán “[...] la personalidad jurídica, en verdad, es el acceso, en el fondo, a cierta forma de asociación que da algunas garantías para llegar a moverse en el orden patrimonial [...]” COMISIÓN DE ESTUDIOS DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE. Actas oficiales de la comisión constituyente. Sesión 127va. jueves 5 de junio de 1975. Tomo IV. p.279 [en línea] <[http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/actas\\_oficiales-r](http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/actas_oficiales-r)>.

consecuencia jurídica que se impone a una entidad que no dispone del status de ‘sujeto’. En el estado actual de la dogmática, nadie sostendrá que una consecuencia jurídica impuesta a un objeto inanimado, puede contar como una sanción en contra de ese objeto.

Entonces cuando hablamos de consecuencias jurídicas respecto de personas jurídicas ¿hablamos de verdaderas sanciones en contra de sujetos de derecho, o simplemente de medidas coactivas<sup>8</sup>, empleadas por el aparato estatal, para inocular objetos de táctica social potencialmente peligrosos? ¿Se puede hablar de penas y medidas de seguridad, o simplemente debiese hablarse de cargas que se imponen “[...] a las personas jurídicas para incrementar los incentivos que tienen los administradores o controladores de sociedades para prevenir los delitos”<sup>9</sup>.

En este trabajo se parte de la base de que la opción legislativa de establecer un sistema de responsabilidad penal contra las personas jurídicas debe asumirse seriamente. Ello implica una toma de postura en el sentido de reconocer el status de sujetos de derecho penal a las mismas, al menos en un sentido restringido. Esta toma de postura es consistente con nuestra regulación constitucional. Sin embargo, la

---

<sup>8</sup> VAN WEEZEL, A. 2010. Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Revista electrónica Política Criminal Vol. 5, Nº 9 (Julio 2010), p. 116 [en línea] <[http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_05/n\\_09/Vol5N9A3.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A3.pdf)>

<sup>9</sup> Ibíd. p. 140

consideración anterior, debe mediatizarse: la conformación conceptual de nuestro sistema exige que la consideración de las personas jurídicas como sujeto sea asumida como excepcional y fragmentaria, siendo solamente inclusiva respecto de un ámbito muy acotado de circunstancias.

De esta manera, no se trata en ningún caso de que a partir de la promulgación de la ley N° 20.393 las personas jurídicas hayan pasado a ocupar un estatus comunicativo comparable al de las personas naturales en lo que se refiere a la reconstrucción racional del sentido de la pena estatal<sup>10</sup>. Al contrario, según se sostendrá a continuación, la incriminación de personas jurídicas en nuestro sistema debe entenderse de un modo jurídicamente restrictivo y conceptualmente derivado.

### **1.1. Objeto, sujeto y contexto**

Desde la perspectiva de la imputación penal, una organización de personas puede tener relevancia bajo tres perspectivas distintas, cada una de las cuales inciden en tres ámbitos de elaboración dogmática diferenciados<sup>11</sup>. Así, puede tener relevancia como (a)

---

<sup>10</sup> Esto, ciertamente, equivaldría a banalizar el sentido de la pena estatal, y el rol del principio de culpabilidad. *Ibíd.* p. 138 y ss.

<sup>11</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. 2011. Organización delictiva. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38 N°2 (2011). Santiago. p. 283

contexto de imputación, como (b) objeto de imputación, y como (c) sujeto de imputación.

Desde la perspectiva del contexto de imputación, la alusión a una agrupación se plantea a propósito de las cuestiones que se pueden suscitar en referencia a la pluralidad de responsables por un delito y las formas accesorias de participación. Como señala el profesor Mañalich, “[...] en este nivel, el factor organizacional no tiene impacto alguno en la identificación del objeto de imputación; su incidencia se agota, más bien, en la posibilidad de que una determinada estructura organizacional [...] haga operativos determinados criterios de imputación, específicamente pertinentes”<sup>12</sup>.

Desde la perspectiva objetual, la relevancia de la alusión a una agrupación de personas se plasma en su existencia como elemento objetivo en ciertos tipos o agravantes. Así, por ejemplo, en los delitos de asociación ilícita, la pertenencia a la organización es un elemento objetivo del tipo, cuya verificación es necesaria para la punición de sus miembros<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> *Ibíd.* p. 283

<sup>13</sup> V.gr. ETCHEBERRY, A. 1997. *Derecho Penal. Parte especial. Tomo 4.* Santiago, Ed. Jurídica de Chile 1997. p 316 y ss; POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ. 2001. *Lecciones de derecho penal chileno. Parte especial.* Santiago, Ed. Jurídica de Chile. pp. 598 y ss.

Finalmente está la cuestión de si una persona jurídica puede ser considerada sujeto de derecho penal. Como dice el profesor Mañalich, “[...] es en este nivel donde se sitúa la discusión acerca de la viabilidad de un régimen de genuina responsabilidad jurídico-penal de personas jurídicas [...]”<sup>14</sup> pero también, en este nivel se sitúa la cuestión - pacífica en nuestra praxis - de si efectivamente una persona jurídica puede considerarse víctima (ofendido por el delito, titular de bienes jurídicos), y no simplemente un objeto merecedor de protección.

Pues bien, en paralelo a esta distinción, que se esboza desde los parámetros de la teoría de la imputación, puede trazarse una diferenciación correlativa desde la perspectiva de la teoría de la pena. Esta diferenciación será central en el modo de abordar el fenómeno de la sanción penal a las personas jurídicas.

Así, en lo que respecta a la pena a las personas jurídicas, puede distinguirse un tratamiento jurídico personal-reactivo (al que asociamos una sanción penal), y un tratamiento objetual reactivo (al que asociamos simplemente con la coacción del Estado)<sup>15</sup>. Así, en el primer caso, se considera a la persona jurídica en cuanto sujeto

---

<sup>14</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. Organización delictiva. Op. Cit. p. 283

<sup>15</sup> En este punto el análisis es dependiente de la famosa conceptualización del profesor Peter Strawson, en su conocido artículo “Libertad y resentimiento”. STRAWSON, P. 2000. Libertad y resentimiento. En su: Libertad y resentimiento y otros ensayos. Barcelona, Ed. Paidós. pp. 37 y ss.

pasivo de una sanción o medida de seguridad penal, mientras que en el segundo se considera a la misma como objeto o instrumento del delito (realidad peligrosa sin consideración de personalidad).

En el primer caso a las personas jurídicas se les atribuye el estatus de una persona penal, o *proto-ciudadano*, con todo lo que ello puede implicar. En el segundo, se les atribuye el estatus de un objeto de táctica social<sup>16</sup>, que no obstante entenderse privilegiada en razón de la protección mediata que debe dispensarse a los intereses de sus miembros, no se considera como sujeto de derecho penal<sup>17</sup>.

El punto de partida de este trabajo será señalar que desde la perspectiva de la determinación de la pena, tras la promulgación de la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas, estos tratamientos coexisten con diversos grados de preponderancia<sup>18</sup>.

El argumento que a este respecto resulta interesante levantar no es el de si las personas jurídicas pueden considerarse *mutatis*

---

<sup>16</sup> Cfr. JAKOBS, G. 2004. Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad. Madrid, Ed. Civitas. pp.54-55.

<sup>17</sup> Confróntese con las diferencias entre la comunicación personal y la instrumental, en los términos de JAKOBS, G. 1996. Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional. Madrid, Ed. Civitas. pp. 69, *passim*.

<sup>18</sup> Esta situación es menos extravagante de lo que pudiera parecer, en nuestro sistema penal también a las personas naturales se les dispensa al menos parcialmente un tratamiento objetual, por ejemplo cuando se les imponen medidas cautelares, que en ningún caso pueden concebirse como sanciones.

*mutandis* ciudadanos, en el sentido requerido por el derecho penal. Su tratamiento dual lo descarta desde un inicio. El punto crucial, y que resulta interesante debatir, es aquel más restringido y que dice relación con la posibilidad de concebir a las personas jurídicas como sujetos de derecho penal solamente a propósito de ciertas materias.

En este sentido, lo que se plantea no es un debate respecto de la importancia de la noción de dignidad humana en la constitución del concepto de persona - esto se concede - sino un debate funcional y normativo, sobre los límites conceptuales de la noción de persona, en la configuración simbólica del derecho penal<sup>19</sup>.

De allí que este asunto puede verse como una contracara del debate sobre la posibilidad de un derecho penal del enemigo<sup>20</sup>. No se trata de argumentar que las personas jurídicas tras la promulgación de la ley N° 20.393 deban considerarse iguales en dignidad que las naturales<sup>21</sup>. Eso es absurdo, y de hecho implicaría conceptualmente

---

<sup>19</sup> Independientemente del debate subyacente: MAÑALICH, J. 2007. Pena y ciudadanía, en Estudios Públicos, Santiago, Chile, N° 108 (2007), pp. 63 y ss., passim; MAURACH, R. 1994. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Buenos Aires, Ed. Astrea. p.80 y ss.

<sup>20</sup> En un sentido similar: CANCIO MELIÁ, M. 2006 ¿Responsabilidad Penal de las personas jurídicas? Algunas consideraciones sobre el significado político criminal del establecimiento de responsabilidad criminal de la empresa. En: V.V.A.A. Nuevas tendencias de política criminal. Madrid, Ed. Reus. p.14

<sup>21</sup> La relevancia de la idea de dignidad respecto del concepto de persona en derecho penal no es un asunto demasiado explorado. Una perspectiva al respecto

socavar la relevancia del tratamiento privilegiado que el derecho penal liberal otorga a los seres humanos: si existe un derecho penal, es precisamente para legitimar la toma de medidas coactivas sobre seres humanos conceptualmente concebidos como ‘igualmente dignos’.

Lo que se trata de sostener, es que resulta legítimo concebir espacios en los que a las personas jurídicas puede adscribirse agencia política (esto es, la facultad de intervenir en el mundo de un modo políticamente significativo, de un modo tal que resulta plausible concebir que afectan la configuración de las expectativas normativas de la sociedad) sin comprometer las concepciones básicas del derecho penal<sup>22</sup>.

En lo que sigue, desarrollaré algunas ideas en torno a la manera en que esta coexistencia y preponderancia debe entenderse, y las principales consecuencias que esto tiene para nuestra *praxis* jurídica.

---

puede verse en VAN WEEZEL, A. 2010. Persona como sujeto de imputación y dignidad humana. Revista derecho y Humanidades. no 16 vol. 1. Santiago. pp. 75 y ss. [en línea] <<http://www.derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/rdh/article/download/16005/16520>>

<sup>22</sup> Esta es una discusión. Una discusión distinta, aunque necesaria, es la de si los delitos contemplados en la ley N° 20.393 determinan aquellos casos que deberíamos considerar de agencia política corporativa.

## 1.2 La vigencia del principio *societas delinquere non potest*

“Artículo 58 CPP - Responsabilidad penal. La acción penal, fuere pública o privada, no puede entablarse sino contra las personas responsables del delito.

La responsabilidad penal sólo puede hacerse efectiva en las personas naturales. Por las personas jurídicas responden los que hubieren intervenido en el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que las afectare.”<sup>23</sup>

El artículo 58 del Código Procesal Penal establece un principio general de incriminación en materia de la responsabilidad penal: sólo las personas naturales pueden ser hechas responsables jurídico-penalmente. Las personas jurídicas pueden ser hechas responsables, pero sólo civilmente.

---

<sup>23</sup> CHILE. Ministerio de Justicia. 2000. Ley N° 19.696. Establece Código Procesal Penal.

El artículo referido, que en lo sustantivo repite prácticamente al pie de la letra lo establecido en el antiguo artículo 39 de nuestro antiguo Código de Procedimiento Penal, cumple en la actualidad una función muy distinta a la que solía cumplir en el antiguo sistema procesal penal chileno. En efecto, en la actualidad el viejo principio del *societas delinquere non potest*, no presenta el predominio absoluto de antaño, y en el marco del derecho penal chileno, se encuentra limitado por las importantes excepciones que establece la ley N° 20.393.

A este hecho no puede restársele importancia. La discusión sobre si resulta o no justificable una genuina responsabilidad penal de las personas jurídicas juega un rol importante, pero diverso al que tenía antes de la promulgación de la señalada ley<sup>24</sup>.

En Chile, a diferencia de lo que ocurría por ejemplo en España antes de la promulgación de la ley orgánica 5/2010<sup>25</sup>, el debate sobre

---

<sup>24</sup> VAN WEEZEL, A. Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas”. Op. Cit. p. 137, MAÑALICH, J. Op. Cit. (n.9) pp. 283 y ss.

<sup>25</sup> Ejemplos de la discusión pueden encontrarse en: ZÚÑIGA RODRIGUEZ, L.2009. Bases para un modelo de imputación de Responsabilidad Penal a las Personas jurídicas. Navarra, Ed. Thomson Reuters. p. 262; LÓPEZ GARRIDO y GARCÍA ARÁN. 1996. El Cp/1995 y la voluntad del legislador. Comentarios al texto y al debate parlamentario. Madrid, Eurojuris. p.82; DEL ROSAL BLASCO Y SIMONS VALLEJO. 2001. La responsabilidad penal de las personas jurídicas y consecuencias accesorias en el Código Penal Español, en: HURTADO POZO, ET AL. La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva

el status de ‘sanción penal’ de las consecuencias jurídicas establecidas por la citada ley, tiene implicancias mucho menores. Las sanciones que establece la nueva ley N° 20.393, son concebidas por el legislador como sanciones penales, y en ese plano, bajo los principios que inspiran el derecho penal en un Estado democrático de Derecho, es que deben ser interpretadas.

La consideración anterior, sin embargo, no debe exagerarse. Entre nosotros el principio de *societas delinquere non potest* sigue estando vigente como parámetro general. De este modo, el sistema de imputación penal a las personas jurídicas si bien existente, es decididamente excepcional<sup>26</sup>. Y esta excepcionalidad tiene dos consecuencias dogmáticas fundamentales para la teoría de la determinación de la pena.

---

comparada. Valencia, Tirant lo Blanch. p. 42; SILVA SÁNCHEZ, J. 2006. La aplicación judicial de las consecuencias accesorias para las empresas, InDret, N°2 (2006), pp. 4 y ss; MIR PUIG, S. 2004. Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología núm. 06-01 (2004), p.3. [en línea] <<http://criminet.ugr.es/recpc06-01.pdf>, p. 4>.

<sup>26</sup> Así, por lo demás es concebido en la historia de la ley. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2009. Historia de la ley N° 20.393. Santiago, Chile. p. 267. [en línea] <<http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/3894/1/HL20393.pdf>>.

La primera consecuencia dogmática es la especial fragmentariedad de la punición de personas jurídicas. Esta fragmentariedad se explica en el hecho de que la punibilidad de las personas jurídicas está restringida a un catálogo de delitos muy específicos<sup>27</sup>. En Chile no existe una cláusula genérica de imputación penal respecto de las personas jurídicas, y el catálogo de delitos por los que se puede responsabilizar a una empresa es substancialmente más acotado que en otros contextos legislativos<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> La reconstrucción dogmática que se propone sostiene que respecto de estos delitos el Estado chileno considera que una persona jurídica tiene agencia política relevante. Esto independientemente del hecho de que en términos políticos la selección de los delitos a perseguir, se definió políticamente. Esto sin duda resulta extremadamente discutible. Por ejemplo, en el contexto del trabajo de la comisión de Constitución, Legislación y Justicia, se rechazó abiertamente la indicación de los diputados señores Araya, Schilling y De Urresti, y la diputada Pascal en orden a ampliar el catálogo de delitos debido al “escaso debate académico suscitado al respecto hasta la fecha, más razones de prudencia, aconsejaban empezar con pocos delitos y, luego, de un tiempo de aplicación, podría ampliarse el catálogo sobre la base de la experiencia recogida.” BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la ley N° 20.393. Op. Cit. p. 60

<sup>28</sup>Un ejemplo sobre el debate a este respecto se encuentra en el suscitado por la famosa REINO UNIDO. 2007. Corporate manslaughter and corporate homicide act. [en línea] [http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2007/ukpga\\_20070019\\_en\\_1](http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2007/ukpga_20070019_en_1); TODARELLO, V. 2003. Corporations Don't Kill People-People Do: Exploring the Goals of the. United Kingdom's Corporate Homicide Bill. en: N. Y. L. Sch. L. Rev. 46 (2003), pp. 851 ss. [en línea] <[http://www.nyls.edu/user\\_files/1/3/4/17/49/v46n3-4p851-865.pdf](http://www.nyls.edu/user_files/1/3/4/17/49/v46n3-4p851-865.pdf)>

De este modo, si bien la afirmación de que las personas jurídicas pueden cometer delitos es verdadera, ella debe estar restringida por la consideración de que ellas no pueden cometer *cualquier* clase delito. Y de ahí que, si bien ellas deben considerarse como sujetos de derecho penal para algunos restringidos efectos, en ningún caso ellas pueden considerarse de esta manera para todos los otros delitos.

En este ámbito existe una confusión particularmente peligrosa que debe evitarse. No es que en nuestra regulación actual las personas jurídicas puedan cometer diversas acciones de relevancia jurídico-penal, aunque, sin embargo, sólo puedan ser hechas responsables por algunas (i.e. las definidas en la ley). La situación es distinta. Bajo un concepto normativo de acción - i.e. un concepto de acción que sea explícitamente dependiente de las descripciones típicas de las conductas<sup>29</sup> - lo que sucede es que en nuestro sistema sólo puede afirmarse la existencia de una conducta de relevancia penal cometida por una persona jurídica, cuando alguno de los delitos

---

<sup>29</sup> “[...] el deber constituye el *prius* lógico de la contrariedad a deber. Antes de que la persona obre u omita, debe constar si está obligada a omitir la acción, o si existe un deber de realizarla.” KAUFMANN, A. 2006. Dogmática de los delitos de omisión. Madrid, Ed. Marcial Pons. p. 110; En un sentido similar se pronuncian: ROXIN, C. 1997. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Madrid, Ed. Civitas. p. 218; MAURACH, R. Derecho Penal. Parte general. Tomo I. Op. Cit. p. 250; JAKOBS, G. 1997. Derecho Penal. Parte general. Madrid, Ed. Marcial Pons. p. 156.

enunciados por el legislador se encuentran en la palestra<sup>30</sup>. Sólo respecto de estos delitos la persona jurídica es sujeto de derecho penal, y sólo respecto de ellos - consideró el legislador - puede poner en cuestión o confirmar, la configuración normativa de la sociedad.

Lo expuesto nos lleva a la segunda consecuencia dogmática del carácter excepcional de la imputación de ilícitos penales a personas jurídicas, y que dice relación con el carácter derivativo que necesariamente tiene la consideración de las personas jurídicas como sujetos de derecho penal.

En efecto, bajo una perspectiva constructivista, podría postularse el siguiente raciocinio: si es cierto que “establecer tipos penales es delimitar acciones”<sup>31</sup>, y "en la determinación del concepto de acción no se trata sólo de imputar su acción a un sujeto, sino que

---

<sup>30</sup> Esta cuestión es particularmente importante cuando nos enfrentamos a casos de delitos cometidos por pluralidad de personas. Si una persona jurídica contribuye de alguna manera que podría ser calificable como un caso de participación imperfecta respecto de un delito distinto de los señalados en el artículo primero de la ley N° 20.393, sin que dicho delito sea imputable a ninguna persona natural, dicha conducta debe ser considerada atípica por referencia al principio de accesoriedad, incluso aunque hubiese existido la posibilidad contrafáctica de imputar tal delito a una persona jurídica según las reglas del artículo 3 y siguientes de la ley N° 20.393. CHILE. Ministerio de Hacienda. 2009. Ley N° 20.393. Op. Cit.

<sup>31</sup> KAUFMANN, A. citado por MAURACH, R. Derecho Penal. Parte general. Tomo I. Op. Cit. p 250.

al establecer el concepto de acción se determina simultáneamente lo que es un sujeto y lo que es su acción"<sup>32</sup>, es evidente que cualquier discusión sobre la posibilidad de imputar responsabilidad a personas jurídicas es ociosa. El problema es formal, y se soluciona mediante la elucidación como alguna de estas entidades como destinatario de una norma de conducta<sup>33</sup>. De este modo, bastaría con que se adscriba agencia a animales, o incluso a elementos de la naturaleza, para que sea admisible su consideración como sujetos de derecho penal<sup>34</sup>.

Sin embargo, aunque el argumento anterior no tiene ninguna falla lógica, esconde una petición de principio, por cuanto, a lo menos, pasa por alto el hecho de que todo el edificio teórico del derecho penal, se fundamenta en la consideración cualitativa de la persona como una entidad diversa al resto de las restantes entidades<sup>35</sup>.

El concepto de persona que maneja el derecho penal, y que sirve de referencia y medida para la reconstrucción racional del

---

<sup>32</sup> JAKOBS, G. Derecho Penal. Parte general. Op cit. p.168.

<sup>33</sup> KELSEN, H. 1960. Teoría pura del Derecho. Buenos Aires, Ed. Eudeba. pp.115 y ss.

<sup>34</sup> Al respecto, GÓMEZ-JARA, C. 2005. La culpabilidad penal de la empresa. Madrid, Ed. Marcial Pons. pp. 123 y ss.

<sup>35</sup> Esta intuición es una herencia del judaísmo, y puede verse claramente en la célebre definición de persona otorgada por Boecio. V. gr. VAN WEEZEL, A. Persona como sujeto de imputación y dignidad humana. Op. Cit. p. 75

concepto de pena, no es puramente un concepto descriptivo o funcional<sup>36</sup>, si no que se trata de un concepto que además posee un enorme contenido normativo<sup>37</sup>.

En efecto, cuando otorgamos a algo el estatus de ‘persona’, no sólo describimos cierta clase de entidad, ni expresamos un determinado rol funcional, sino que principalmente adscribimos cierta clase de consecuencias valorativas<sup>38</sup>. Así, cuando decimos que algo es una ‘persona’ en el seno del derecho penal, estamos diciendo paradigmáticamente que nos encontramos en presencia de algo similar a un agente político<sup>39</sup>, con conciencia<sup>40</sup>, y cuya agencia es

---

<sup>36</sup> Cfr. JAKOBS, G. Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad. Op. Cit. pp. 53-55

<sup>37</sup> En términos de la filosofía analítica del lenguaje, persona es un concepto ‘denso’. BLACKBURN, S. y GIBBARD, A. 1992. Morality and Thick Concepts. Proceedings of the Aristotelian Society. vol. 66 (1992), pp. 285-99.

<sup>38</sup> En términos de Wittgenstein, las consecuencias valorativas que atribuimos, corresponden a la ‘gramática profunda’ (Tiefengrammatik), del concepto de persona, dentro de los juegos del lenguaje que utiliza la imputación en Derecho Penal. WITTGENSTEIN, L. 2007. Philosophical Investigations. Oxford, Ed. Blackwell. p. 142; C.fr. PIÑA, J. 2005. Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del derecho penal. Barcelona, Ed. Bosch. pp. 106 y ss.

<sup>39</sup> V.gr. el concepto de ‘persona deliberativa’, acuñado por Klaus Günther y desarrollado entre nosotros por el profesor Juan Pablo Mañalich. MAÑALICH, J. Pena y Ciudadanía. Op. Cit. p. 66

<sup>40</sup> La relevancia de la atribución de conciencia en la teoría penal no puede exagerarse. En este sentido, JAKOBS, G. 2002. ¿punibilidad de las personas jurídicas? (trad. de Suárez González), en: V.V.A.A. La responsabilidad penal de

normativamente relevante bajo un determinado esquema de interpretación social<sup>41</sup>.

Esta es la razón de los múltiples problemas de justificación que implica considerar penalmente relevante a los hechos provocados por animales, o por fuerzas de la naturaleza, sin intervención mediada de una persona natural. Extender el rango de sujetos sociales siempre implica una tensión con las bases justificativas de una práctica social normativa, fundada sobre presupuestos históricamente tan desarrollados, como sucede con el derecho penal.

Esto no quiere decir, por si mismo, que “[...] el reproche de culpabilidad sólo puede formularse respecto de personas individuales responsables, y no frente a miembros de una sociedad que no han participado en el hecho ni frente a una masa patrimonial [...]”<sup>42</sup> y que

---

las personas jurídicas, órganos y representantes. Lima, Ed. Ara. pp. 61 y ss. SCHÜNEMANN, B. 1988. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. En: GIMBERNAT, Enrique (dir.) Anuario de derecho penal y ciencias penales. Tomo XLI, Fascículo II. Mayo-Agosto (1988). Madrid, Ed. Ministerio de Justicia. p. 551

<sup>41</sup> Por ello es que sus conductas, bajo un esquema de interpretación socialmente adoptado, pueden poner en riesgo la configuración normativa de la sociedad. JAKOBS, G. 1997. El concepto jurídico-penal de acción. En su: JAKOBS, Estudios de Derecho Penal, Madrid, Ed. Universidad Autónoma de Madrid. pp. 101 y ss.

<sup>42</sup> JESCHECK, H. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Vol. 1. Bosch. Barcelona, 1981. p. 300

cualquier tratamiento reactivo-personal de las personas jurídicas implique socavar las bases fundacionales del derecho penal. La teoría del derecho penal, como todo sistema teórico puede admitir sin compromiso de consistencia enunciados periféricos que resulten alejados del caso paradigmático, siempre y cuando esté dispuesto a redefinir con cierta laxitud algunos otros de sus enunciados fundacionales<sup>43</sup>.

De allí que para no comprometer las concepciones dominantes sobre el sentido y significado del derecho penal bajo una consideración de equilibrio reflexivo<sup>44</sup>, no es necesario negar toda operatividad a un derecho penal de las personas jurídicas. Basta otorgarle un estatus secundario, accesorio o derivativo, que reconozca bajo un determinado esquema de interpretación penal en las personas jurídicas ciertos atributos de las personas naturales para ciertos propósitos definidos.

Supuesto el carácter derivativo del núcleo conceptual del derecho penal de las personas jurídicas, perviven todavía un sinnúmero de dificultades de interpretación para la teoría de la determinación de la pena. Si de hecho la persona jurídica puede ser

---

<sup>43</sup> C.fr. QUINE, W. 2005. Dos dogmas del empirismo. En: VALDES VILLANUEVA, L. La búsqueda del significado: lecturas de filosofía del lenguaje. Madrid, Ed. Tecnos. p. 240 y ss.

<sup>44</sup> En el sentido de RAWLS, J. 1971. A Theory of Justice. Cambridge, Harvard University press. pp. 46-53.

concebida como sujeto de derecho penal para ciertos propósitos ¿bajo qué parámetros dogmáticos se le imputa responsabilidad a una persona jurídica en tanto sujeto?.

Cualquier esfuerzo por sistematizar las reglas de determinación de la pena respecto de personas jurídicas, que conciba a las consecuencias jurídicas como sanciones, tiene que detenerse al menos someramente en las peculiaridades del sistema de imputación de las personas jurídicas construido por la ley N° 20.393. Y es que sólo una vez identificado el núcleo de aquello que la imputación penal de las personas jurídicas desvalora, y los parámetros mediante los cuales se funda este desvalor<sup>45</sup>, es que puede acometerse seriamente el debate sobre cuál sea la mejor manera de construir un sistema de reglas que vincule bajo parámetros racionales, injusto, fin de la pena y consecuencias jurídicas.

En lo que sigue se intentará allanar el camino para salir del paso de la primera de las dificultades anotadas, a saber, el esclarecimiento de qué es aquello que desvalora la nueva ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

---

<sup>45</sup> FRISCH, FS f. Müller-Dietz, p. 247 Citado por SILVA SÁNCHEZ, J. La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo. Op. Cit. p. 8.

## 2. Sistemas comparados

Si bien en el derecho comparado coexisten diversos sistemas de imputación de personas jurídicas, cada uno con sus particularidades, esta variedad puede reconducirse dogmáticamente a tres modelos paradigmáticos, a saber, el modelo vicarial (de la atribución o de transferencia de responsabilidad), el modelo de la culpabilidad de la empresa (o de la responsabilidad propia), y el modelo ecléctico o mixto<sup>46</sup>.

---

<sup>46</sup> Esta esquematización tripartita es casi completamente uniforme en la doctrina especializada, así: TIEDEMANN, K. 1996. Responsabilidad Penal de las personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en derecho comparado. En: GÓMEZ COLOMER, J.; GÓNZALEZ CUSSAC, J. (coord.). La reforma de la justicia Penal. Barcelona, Ed. Universitat Jaume I. Castelló de la Plana. pp. 44 y ss.; NIETO MARTIN, A. 2008. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo. Madrid, Ed. Iustel. pp. 85 y ss.; ROBLES PLANAS. 2006. Delitos de personas jurídicas. Indret: Revista para el Análisis del Derecho. Nº. 2 (2006). Barcelona. p. 5; ZÚÑIGA RODRIGUEZ, L. Op. Cit. p. 220 y ss; GUARDIOLA LAGO, M. Responsabilidad Penal de las personas jurídicas y alcance del art. 129 del Código Penal. Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch. p. 47 y ss.; ZUGALDIA ESPINAR, J. 2008. La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones. Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch. pp. 140 y ss.; BOFILL GENZSCH, J. 2011. Estructuras de imputación y prevención de delitos al interior de la persona jurídica. En: V.V.A.A. Gobiernos corporativos. Aspectos esenciales de su regulación. Santiago, Ed. Abeledo Perrot. p. 181 y ss.

## 2.1. El modelo vicarial de responsabilidad

El sistema vicarial o de transferencia de responsabilidad es el más antiguo de los modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas<sup>47</sup>.

En síntesis, este modelo de imputación funciona sobre la base de la idea de la transmisión de la responsabilidad de un agente a su principal. Se trata de imputar a la persona jurídica una conducta y una culpabilidad que se adscribe originalmente a alguno de sus agentes<sup>48</sup>.

Así, el sistema vicarial parte del entendido de que si bien las personas jurídicas no pueden actuar ni ser por si mismas culpables, ellas pueden ser responsabilizadas de manera directa por las acciones

---

<sup>47</sup> GÓMEZ-JARA, C. 2008. La responsabilidad penal de las empresas en los Estados Unidos. Madrid, Editorial universitaria Ramón Areces. p. 43; NIETO MARTIN, A. responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo. Op. Cit. p. 85.

<sup>48</sup> Al extremo de que “el comportamiento del agente individual se imputa a la empresa sin posibilidad de que ésta se defienda alegando, por ejemplo, que ha realizado todo lo posible para impedir la infracción”. NIETO MARTIN, A. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo. Op. Cit. p. 89.

o culpabilidad de alguno de sus agentes, siempre y cuando se cumplan determinadas condiciones<sup>49</sup>.

Estas condiciones dogmáticas de transferencia son independientes de la propia persona jurídica, y dicen relación - básicamente - con la particular posición de su agente y el provecho o beneficio que su acción podía haberle reportado al ente colectivo. De suerte que, la responsabilidad penal vicarial implica siempre un régimen de responsabilidad que desde la perspectiva de la persona jurídica es objetiva: la persona jurídica siempre responde del hecho de otro.

Esta característica del modelo puede explicarse sobre la base de su pedigrí<sup>50</sup>. En efecto, el sistema vicarial, como modelo, responde en su origen a la perplejidad de tomar medidas coactivas en sede

---

<sup>49</sup> COFFEE, J. Corporate Criminal Responsibility., en: KADISH, S. 1983. (ed.) Encyclopedia of Crime and Justice, Vol. 1. New York, The Free Press. p. 256; COFFEE, J. 1981. No soul to damn: no Body to kick: an unscandalized inquiry into the problem of corporate punishment. Michigan Law Review, Vol. 79, No. 3 (Jan., 1981). Ann Arbor. pp. 386-459, passim.

<sup>50</sup> De hecho, en sus orígenes el modelo se vislumbraba como una surte de tipificación coactiva respecto de objetos. Así, respecto de la experiencia norteamericana el profesor Carlos Gómez-Jara señala: “en los primeros casos de responsabilidad penal empresarial no existía imputación jurídico-penal ni subjetiva ni personal de ningún tipo, sino que se trataba, en definitiva, de meras infracciones objetivas.” GÓMEZ-JARA, C. La responsabilidad penal de las empresas en los Estados Unidos. Op. Cit. p. 44.

criminal, en contra de entes que el derecho penal trata como objetos, pero que el derecho civil considera destinatario de sus normas.

Así, bajo este modelo de imputación, la persona jurídica se vislumbra al modo de una “persona-objeto”<sup>51</sup>, que es tomada en consideración derivativamente sobre la base de razones de conveniencia. Entonces, se propone un esquema punitivo a medio camino entre una consecuencia coactiva y una pena<sup>52</sup>.

En definitiva, el modelo vicarial introduce una institución propia del derecho civil traslapada al derecho penal<sup>53</sup>, que por ello, se enfrenta a múltiples dificultades de fundamentación<sup>54</sup>.

---

<sup>51</sup> ZUGALDIA ESPINAR, J. La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones. Op. Cit. p. 161

<sup>52</sup> Esta consideración tiñe de modo decisivo los modos de comprender las sanciones a las empresas en sistemas de derecho que se han orientado hacia modelos vicarios o mixtos. Así en el caso español existe una importante corriente de pensamiento que sostiene que las medidas coactivas contra personas jurídicas no son verdaderamente penas en contra de ellas, si no figuras emparentadas con el comiso. MIR PUIG, Santiago. Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Op.Cit. p. 4; FEIJOO, B. 2008. La responsabilidad penal de las personas jurídicas, ¿un medio eficaz de protección del medio ambiente?, en: RPCP, N°9, año 5. Lima. p. 272.

<sup>53</sup> Sintomático a este respecto es el hecho de que lo que se cita usualmente como el caso paradigmático que sentó la jurisprudencia según la cual las empresas pueden ser hechas responsables en los tribunales de los Estados Unidos de Norteamérica, el caso de 1909 *New York Central & Hudson River Railrad v.*

Estas dificultades han llevado a la doctrina a cuestionarse seriamente la legitimidad de este modelo de imputación, incluso llegando a sentar dudas respecto su constitucionalidad, en atención al principio de culpabilidad que inspira al derecho penal<sup>55</sup>. Entre

---

*United States*, se fundamentó exclusivamente sobre criterios de agencia del derecho civil. DISKANT, E. 2008. Comparative corporate criminal liability: Exploring the Uniquely American Doctrine through comparative criminal procedure. En: The Yale Law Journal. p. 135 [en línea] <[http://www.law.yale.edu/documents/pdf/cbl/Diskant\\_paper.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/cbl/Diskant_paper.pdf)>;

HEFENDEHL, R. 2005. La responsabilidad penal corporativa: Artículo 2.07 del Código Penal modelo y el desarrollo en los sistemas legales occidentales. En: V.V.A.A., Nuevas tendencias del derecho penal económico y de la empresa. Perú, Ara Editores. P. 426

<sup>54</sup> Entre otros: NIETO MARTÍN, A. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo. Op. Cit. p. 102 y ss. BOFILL GENZSCH, J. Estructuras de imputación y prevención de delitos al interior de la persona jurídica. Op. Cit. pp.182; ZUGALDÍA ESPINAR, J. La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones. Op. Cit. p. 141; HEINE, G. 1996. La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales. En: Anuario de Derecho Penal Université de Fribourg (1996). Friburgo. pp. 19 y ss. [en línea] <[http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an\\_1996\\_04.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1996_04.pdf)>. En la discusión parlamentaria notable a este respecto resulta la opinión del profesor Miguel Soto. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la ley N° 20.393. Op. Cit. p. 41 y ss.

<sup>55</sup> JAKOBS, G. ¿Punibilidad de las personas jurídicas?, Op. cit. pp. 54 y ss; NIETO MARTIN, A. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo. Op. Cit. p. 102. HERNÁNDEZ, H. 2010. La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile. En: revista Polít. crim. Vol. 5, N° 9 (Julio 2010). Santiago. p. 213. [en línea] <[http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_05/n\\_09/Vol5N9A5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A5.pdf)>

nosotros, sin embargo, el modelo vicarial parece mucho más que un antecedente teórico o una curiosidad de derecho comparado, por cuanto la comprensión más extendida del sistema de imputación de la ley N° 20.393 sostiene que éste último, posee múltiples elementos del modelo vicarial.

A continuación, examinaré los dos presupuestos de imputación que hemos señalado (i.e. la posición funcional del agente y la actuación en interés de la empresa) y que perviven en nuestro sistema.

### **2.1.1. El primer presupuesto: las peculiaridades del agente**

El primer presupuesto de imputación que requiere el modelo vicarial, dice relación con determinadas condiciones que debe cumplir un agente para que sus acciones puedan ser imputadas legítimamente a una empresa<sup>56</sup>.

Respecto de este presupuesto de imputación han surgido tres problemas distintos, que como se verá, han evidenciado una evolución hacia modelos más cercanos hacia la responsabilidad por culpa de la propia empresa: (a) el problema de la posición

---

<sup>56</sup> GÓMEZ-JARA, C. La responsabilidad penal de las empresas en los Estados Unidos. Op. Cit. p. 46; NIETO MARTIN, A. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo. Op. Cit. pp. 88 y ss.

institucional del agente, (b) el problema de la determinación del agente, y (c) el problema de la definición del marco de su empleo.

#### **2.1.1.1. El problema de la posición institucional del agente**

La primera pregunta que abren los sistemas vicarios de responsabilidad penal de la persona jurídica, es la de si para la imputación de la empresa, el agente que actúa requiere tener alguna posición institucional especial dentro de la persona jurídica, o si por el contrario no es necesaria alguna posición formal en específico.

En lo que se refiere a esta cuestión se han reconocido tres tendencias legislativas. La tendencia estricta<sup>57</sup>, que propugna que sólo pueden considerarse acciones de la empresa aquellas que derivan de algunos de sus órganos con poder decisorio institucionalmente

---

<sup>57</sup> En su vertiente inglesa, una formulación de esta modalidad es la llevada a cabo en la sentencia dictada por la Cámara de los Lores de Inglaterra “Teco Supermarkets Ltd. v. Natras (1972)”, que citando a la sentencia “Bolton (Engineering) Co. v. Graham [1957]” dictada por el mismo tribunal señaló: “Una 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 sólo 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.” *Ibíd.* p. 91.

acreditado; una tendencia amplia, o modelo amplio de agente, que permite la imputación a la empresa por el comportamiento realizado por cualquiera de sus empleados o administradores, independientemente de su posición jerárquica o funcional; y una tendencia ecléctica o mixta, que como puede suponerse, restringe el núcleo de los agentes relevantes para la empresa, sin sacrificar la posibilidad de sanciones menos intensas para la empresa respecto de agentes sin un estatus calificado<sup>58</sup>.

Fuera de las distintas variedades que adopta el esquema estricto, esta tendencia presenta una ventaja fundamental respecto de las restantes: al identificar la acción de la empresa con la de sus ejecutivos más importantes, la transferencia de responsabilidad obtiene un plus de legitimación, al restringir la consideración penal respecto de aquellas personas que la misma sociedad reconoce como su voz<sup>59</sup>.

No obstante ello, desde una perspectiva político criminal, se critica al modelo estricto en razón de su poca flexibilidad en la imputación de casos en que el verdadero controlador de una sociedad no posee un rol institucional elevado, o no posee en efecto ninguno, pero que tiene la capacidad de influir relevantemente en la

---

<sup>58</sup> *Ibíd.* p. 90 y ss.

<sup>59</sup> BRICKEY, K. 1988. Rethinking corporate liability under de model penal code. *Revista N° 19 Universidad de Rutgers L.J.* 593 (1987-1988). pp. 601 y ss.

configuración de las políticas empresariales (administrador de hecho)<sup>60</sup>.

Interesante a este respecto resulta la solución propuesta por el Código Penal Modelo de los Estados Unidos (*Model Penal Code*<sup>61</sup>), que distingue a estos efectos, entre dos clases de ilícitos empresariales. Un primer grupo de delitos, tradicionalmente asociados al derecho penal nuclear individual, tales como el de homicidio, requieren que la comisión del delito haya sido autorizada, ordenada o tolerada por funcionarios de alto mando. Un segundo grupo de ellos, que representa delitos más fácilmente asociables a actuaciones colectivas - tales como el delito de acuerdos colusivos – no poseen requisitos respecto de la posición del delincuente en la empresa. La actuación de cualquiera de sus agentes puede fundamentar la aplicación de la pena a una empresa<sup>62</sup>.

La profesora Stern, de manera crítica al planteamiento estricto del Código Penal Modelo de Estados Unidos, respecto del primer

---

<sup>60</sup> *Ibíd.*

<sup>61</sup> El código Penal modelo norteamericano es un documento desarrollado por el Instituto Americano de Derecho (*American Law Institute*), y que jugó un importante rol en la estandarización las leyes penales en los diversos estados de Estados Unidos de Norteamérica.

<sup>62</sup> HEFENDEHL, R. La responsabilidad penal corporativa: Artículo 2.07 del Código Penal modelo y el desarrollo en los sistemas legales occidentales. *Op. Cit.* p. 427.

grupo de delitos sugiere un criterio según el cual cualquier persona que lleve a cabo una función en la empresa y que tenga autoridad para ejecutar una determinada acción respecto de esa función, es un agente relevante a efectos de la imputación penal de la empresa<sup>63</sup>.

Este modelo, que el profesor Gómez-Jara identifica como un modelo jerárquico-funcional, implica un test de dos pasos. En primer lugar, debe “preguntarse si el hecho es una función de la empresa y si está en el ámbito de las competencias del autor. En caso de respuesta afirmativa entra en juego el segundo criterio: la cuestión referida a si el actor se encuentra en una posición en la jerarquía corporativa lo suficientemente elevada como para que se justifique la imposición de responsabilidad primaria a la empresa.”<sup>64</sup> De esta manera se mantiene la fundamentación de la identificación de la acción del dependiente, como una de la propia empresa, a la vez que se permite una amplitud político-criminalmente necesaria.

Como es obvio, la consideración anterior allana el camino del tránsito de un modelo de responsabilidad vicario a uno mixto, y no obstante su carácter polémico, se encuentra en particular armonía con la tendencia general de los sistemas legislativos de responsabilidad penal de la persona jurídica, en donde se prefieren criterios que

---

<sup>63</sup> GÓMEZ-JARA, C. La responsabilidad penal de las empresas en los Estados Unidos. Op. Cit. Pp. 51 y ss.

<sup>64</sup> *Ibíd.*

acentúen el control real de la empresa por sobre una posición institucional declarada<sup>65</sup>.

#### **2.1.1.2. El problema de la determinación del agente**

El segundo problema que plantea la consideración del agente en los sistemas vicarios de imputación penal de la persona jurídica, es aquel que se ha denominado el problema de la identificación en sentido amplio. Según el profesor Nieto Martín este problema hace referencia a dos dificultades distintas<sup>66</sup>.

En primer lugar hace referencia al problema de la identificación en sentido estricto, y que consiste en la cuestión de si para determinar la responsabilidad penal de la empresa bajo un sistema vicario, es necesario poder identificar en concreto al agente que de mano propia ha realizado el hecho delictivo<sup>67</sup>.

Tal como señala el citado autor, la tónica en derecho comparado es ir relajando el requerimiento de la identificación, hasta el punto de aceptar la responsabilidad penal de la empresa en el caso

---

<sup>65</sup> BRICKEY, K. Rethinking corporate liability under de model penal code. Op. Cit. p. 628; GÓMEZ-JARA, C. La responsabilidad penal de la empresa en los EE. UU. Op. Cit. p. 51; NIETO MARTIN, A. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo. Cit. p.94

<sup>66</sup> *Ibíd.* p.98

<sup>67</sup> *Ibíd.*

de que en el marco del proceso penal “se demuestre que un agente de la corporación realizó el hecho delictivo pero sin especificar quién”<sup>68</sup>.

La cuestión, en este punto, así como en el caso del problema anterior, es que al relajar este requisito se difumina el propio carácter vicario del sistema de responsabilidad penal. Esto es especialmente cierto en el caso de que se acepte la posibilidad de imputar vicarialmente responsabilidad de la empresa en situaciones en que no haya certeza de que la acción desplegada fue realizada por un sólo autor, o varios autores con dominio del hecho, si no que bien ha podido haber sido cometida por una multiplicidad de personas ninguna de las cuales puede calificarse de autor del hecho acaecido.

La segunda cuestión a la que hace referencia el problema de la identificación, viene dada por el problema de la transitividad de la culpabilidad de la persona a la culpabilidad de la empresa.

En efecto, la jurisprudencia norteamericana ha admitido que el elemento subjetivo de la persona física se entienda transferido sin más a la persona jurídica, de modo tal que incluso se admite que el

---

<sup>68</sup> *Ibíd.*; Cfr. GRUNER, R. 2004. *Corporate Criminal Liability and prevention*. Nueva York, Law Journal Press. pp. 3-80, *passim*.

“dolo o imprudencia de la sociedad sean el resultado de la agregación de las negligencias o intenciones particulares”<sup>69</sup>.

Surge a partir de esta situación una cuestión análoga a lo que ocurriría con el problema de la identificación en sentido estricto: ¿qué sucede si ninguna de las acciones aisladas de los agentes pueden considerarse dolosas o negligentes, pero vista como un todo, puede ser considerada como subjetivamente imputable desde la perspectiva de la empresa?

Nuevamente, la posibilidad de imputar delitos a la empresa en esta constelación de casos a lo menos abre la puerta al sistema de responsabilidad de la propia empresa<sup>70</sup>. Muestra de esto, es el rol de la denominada teoría del “conocimiento colectivo”, del “conocimiento agregado” o de *mens rea* compuesta, que, preconizada por Fisse, sirve para imputar a la persona jurídica la suma de los conocimientos de los empleados implicados o posiblemente

---

<sup>69</sup> NIETO MARTÍN, A. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo. Op. Cit. p. 99

<sup>70</sup> Sin embargo, esta también es una cuestión debatida en el contexto estadounidense GÓMEZ-JARA, C. La responsabilidad penal de la empresa en los EE. UU. Op. Cit. p. 53

implicados, incluso en el caso de que no pueda identificarse siquiera un empleado como autor subjetivamente imputable<sup>71-72</sup>.

Estas fórmulas, de data relativamente reciente, obtienen una fuerte fundamentación tanto por consideraciones dogmáticas como preventivas, no obstante la ampliación de punibilidad que implican para el sistema vicario. Esto, porque por un lado sirven para evitar casos en que la empresa se organice de manera que sería imposible imputar por completo a alguno de sus agentes alguna intención delictiva, evitando tanto casos de lo que se ha dado en llamar ‘ceguera intencional’ o ‘ignorancia deseada’ (*willful blindness, willful ignorance*)<sup>73</sup>, como aquellos casos en que la ignorancia o ceguera viene dada de manera no intencional por la complejidad intrínseca de la empresa, y/o la falla de sus mecanismos de control de riesgos.

---

<sup>71</sup> Sobre el desarrollo histórico y dogmático de este concepto: KHANNA, V. 1999. Is the notion of corporate fault a faulty notion?: the case of corporate mens rea. Boston University law review. Vol. 79:355 (1999). pp. 360 y ss; GÓMEZ-JARA, C. La responsabilidad penal de la empresa en los EE. UU. Op. Cit. p. 52 y ss.

<sup>72</sup> En idéntico sentido funge el artículo 8 del DL 2001 italiano que señala expresamente que “la responsabilidad de la persona jurídica puede establecerse aun cuando ‘el autor de la infracción no haya sido identificado’ o no sea ‘imputable’”. NIETO-MARTIN, A. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo. Op. Cit. p. 99

<sup>73</sup> GÓMEZ-JARA, C. La responsabilidad penal de la empresa en los EE. UU. Op. Cit. p. 54

### 2.1.1.3. El problema de la definición del marco del empleo

El profesor Nieto Martín, identifica todavía un tercer problema al que da lugar la consideración del agente: el denominado problema de la actuación dentro del marco del empleo, o la actuación dentro de los fines de la empresa. En efecto, el supuesto es que, en general, y al menos en los orígenes de los sistemas de imputación con predominio vicarial, sólo daban lugar a responsabilidad de la persona jurídica aquellas conductas de los dependientes que habían sido autorizadas explícita o implícitamente por la sociedad.

En este sentido, se excluía la responsabilidad de las personas jurídicas cuando las actuaciones del agente eran realizadas no obstante una prohibición expresa de la empresa<sup>74</sup>.

Esta intuición, que tiene por antecedente un requisito de la representación en materia civil (i.e. el actuar por riesgo y cuenta de un tercero), se fundamenta en argumentos similares a los revisados al analizar las bondades de la tendencia estricta respecto de la jerarquía institucional del agente: desde el sentido común parece contraintuitivo hacer responsable a una empresa por una acción que

---

<sup>74</sup> Uno de los casos más icónicos en este sentido es *Holland Furnace Co. V. U.S.*, citado por GRUNER, R. *Corporate Criminal Liability and prevention*. Op. Cit. pp. 3-79, *passim*.

sus propias políticas rechazan, o que ella misma considera como no deseables.

Sin embargo, la práctica ha demostrado que muchas veces las sociedades y personas jurídicas si bien superficialmente muestran políticas de apego a la ley, soterradamente poseen una ‘cultura empresarial’ que incentiva la delincuencia. Esta es la razón por la que, por ejemplo en el contexto estadounidense, las personas jurídicas siguen siendo condenadas por los actos de sus agentes, no obstante dichos actos se encuentren explícitamente prohibidos por ellas.<sup>75</sup>

Esta solución jurisprudencial muestra nuevamente una tendencia hacia modelos “mixtos” de responsabilidad penal de las personas jurídicas, o derechamente, como veremos, modelos de culpabilidad de la empresa. Es la cultura empresarial, y no una mera declaración de principios, aquella que excluye la incriminación de la empresa (por implementación de modelos de prevención), o la atenúa en sede de determinación de la pena.

---

<sup>75</sup> GÓMEZ-JARA, C. La responsabilidad penal de la empresa en los EE. UU. Op. Cit. p. 48

### **2.1.2. El segundo presupuesto: la intención de beneficiar a la empresa**

El segundo presupuesto de imputación empleado por los sistemas vicarios de responsabilidad penal de la empresa es la identificación (en el agente) de la intención de beneficiar a la empresa<sup>76</sup>. Este presupuesto, independientemente de la calificación del sistema, está expresamente previsto en el artículo 3 de la ley N 20.393<sup>77</sup>.

El fundamento de este requisito está dado por la idea según la cual los actos realizados por un agente de la empresa que son expresa y manifiestamente contrarios a los intereses de la misma (por ejemplo en un caso de administración desleal) no pueden imputarse penalmente a la sociedad. Desde la perspectiva preventiva, no tiene sentido castigar a alguien respecto de estados de hechos que precisamente busca evitar<sup>78</sup>.

---

<sup>76</sup> GRUNER, R. Corporate Criminal Liability and prevention. Op. Cit. pp. 3-57 y ss.

<sup>77</sup> CHILE. Ministerio de Hacienda. 2009. Ley N° 20.393. Op. Cit.

<sup>78</sup> *Ibíd.*

Sin embargo, tanto el concepto de ‘intención’ como el concepto de ‘beneficio’, ambos empleados para describir este presupuesto de imputación, resultan altamente conflictivos<sup>79</sup>.

Tomemos por ejemplo el concepto de ‘intención’. Mediante la alusión a este concepto está claro que para imputar a la empresa una acción de su agente no es necesario que ella de hecho perciba un beneficio. Basta, por parte del agente, que sea reconocible en él una tendencia subjetiva en beneficio de la empresa.

Pues bien, descontado lo anterior, resulta discutible cuál es la forma que debiese tomar esa tendencia subjetiva. Una alternativa es asumir que sólo serán imputables a la sociedad las conductas en que el agente además del dolo del delito, posee la intención subjetiva trascendente de beneficiar a la empresa. Al respecto surgen dudas sobre si lo requerido es que éste sea su objetivo primario, uno de sus muchos objetivos, o bastaría con que el beneficio de la empresa sea una consecuencia indiferente pero previsible (dolo eventual)<sup>80</sup>.

---

<sup>79</sup> GÓMEZ-JARA, C. La responsabilidad penal de la empresa en los EE. UU. Op. Cit. p. 49

<sup>80</sup> NIETO MARTIN, A. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo. Op. Cit. p. 101

Por otra parte, la noción sicologista de interés puede ser objeto de múltiples críticas<sup>81</sup>, particularmente en aquellos casos en que a la empresa se le imputan acciones o culpas difusas (cfr. *supra*, apartado I, sección 2.1.1.2.).

Los problemas se replican cuando de lo que se trata es de analizar el concepto de ‘beneficio’. ¿Comprende sólo beneficios económicos?, ¿incluye beneficios económicos, en contraste con perjuicios económicos, de corto y largo plazo?, etc.

Estas problemáticas han terminado por provocar que la vaguedad de los conceptos de interés y beneficio sea finalmente la tónica, y exista una tendencia hacia su normativización, según diversos esquemas explicativos. Así, se ha llegado a sostener que una determinada operación puede haber sido realizada en interés de la empresa incluso cuando el agente ha buscado *subjetivamente* precisamente lo contrario<sup>82</sup>.

Bajo un esquema como el que se adopta en este trabajo, esta última debe ser la tónica interpretativa. El interés de la empresa no debe estar definido por cualidades psicológicas del agente, sino, normativamente sobre la base del reconocimiento de la idoneidad

---

<sup>81</sup> *Ibíd.* pp. 102 y ss.

<sup>82</sup> *Ibíd.* p. 101

objetiva de una acción punible para mejorar la posición económica o política de una sociedad (*vid. infra, apartado II, sección 5.3.1.5*).

## **2.2. Los modelos de responsabilidad autónoma**

Los modelos de la culpabilidad de empresa o de responsabilidad autónoma, operan de una manera opuesta al modelo vicarial: se imputa a una empresa un delito que se concibe cometido o ejecutado por ella misma, autónomamente, y respecto del cual ella debe ser hecha responsable<sup>83</sup>.

En cualquiera de sus variedades, un sistema inspirado en este modelo de imputación necesita ser capaz de establecer criterios de identificación de un injusto de empresa, además de criterios para fundamentar que dicha acción puede reprochársele legítimamente a la organización vista como un todo.

Desde una perspectiva dogmática se pueden clasificar estos intentos doctrinales, en dos grandes grupos<sup>84</sup>. (a) Aquellos que fundamentan la responsabilidad de la empresa sobre la base de la identificación normativa de un hecho de un agente como propiedad

---

<sup>83</sup> *Ibíd.* p. 85, ZUGALDÍA ESPINAR, J. La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones. Op. Cit. p. 142.

<sup>84</sup> En esta clasificación seguiré la nomenclatura del profesor Zugaldía Espinar. *Ibíd.* p. 143.

de la persona jurídica (“el sistema del hecho de referencia”) y (b) aquellos que fundamentan la responsabilidad penal con prescindencia de la identificación de la acciones de agentes, sobre la base de la consideración de la sociedad como un ente con fines propios, y que denominaremos, “sistemas funcionalistas”.

### **2.2.1. Los sistemas del hecho de referencia.**

Estos sistemas dogmáticos de responsabilidad autónoma, se encuentran muy cerca de las últimas variaciones de los sistemas vicariales, y por ende, de los sistemas mixtos. Se fundamentan en una concepción particular de los modos de actuación de las personas jurídicas, según el cual, se considera a la persona física y a la persona jurídica como sistemas que actúan separadamente y que en este sentido, pueden ser responsabilizados cada uno de manera independiente<sup>85</sup>. Sin embargo, siendo la persona jurídica un ente de realidad exclusivamente institucional, estos modelos establecen criterios normativos para definir cuando una conducta que pertenece al ámbito de lo físico debe ser imputada a una persona jurídica, y no a aquel sujeto que causalmente la produce.

Así, se distingue del modelo vicario al sostener que si bien el sustrato material de la actuación de una persona jurídica esta dado

---

<sup>85</sup> GUARDIOLA LAGO, M. Responsabilidad Penal de las personas jurídicas y alcance del art. 129 del Código Penal. Op. Cit. p. 49.

por sus dependientes, no se trata de que simplemente se traspase la responsabilidad del agente al principal, si no que existen ciertas acciones que, realizadas en el plano de lo material, cuentan o deben contar como acciones realizadas por la empresa<sup>86</sup>.

Bajo esta doctrina, la ausencia de responsabilidad de la persona física no torna en impune el comportamiento de la persona jurídica no obstante su rol como factor de conexión<sup>87</sup>. No se trata de trasladar la responsabilidad personal del agente a la sociedad, se trata de establecer criterios o condiciones normativas para identificar directamente hechos de la persona jurídica que puedan ser juzgados como merecedores de reproche penal. Por eso el problema del “hecho de referencia” no es simétrico al problema del “hecho de conexión” que legitima la imposición de sanciones a la persona jurídica en sistemas vicariales.

Un ejemplo muy relevante para la determinación de la pena de un modelo de esta clase, es el propuesto por los profesores Fisse y Braithwaite, quienes consideran imputable o no un hecho a la empresa sobre la base de lo realizado por un agente material, según

---

<sup>86</sup> HIRSCH, H. 1993. La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas. Tomo 46, Fasc/Mes 3 (1993) pp. 1106.

<sup>87</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, J. La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones. Op. Cit. p.143

cuál haya sido la actuación de la misma tras el desenvolvimiento de los acontecimientos<sup>88</sup>.

En este esquema, la culpabilidad y acción de una empresa se construye también *ex post*, y puede provocar casos en los que el agente es responsable exclusivamente de su conducta, en los que la empresa responderá exclusivamente, o en el que a ambos les cabe responsabilidad penal en el hecho.

### **2.2.2. Los sistemas funcionalistas**

Los sistemas funcionalistas conciben a las personas jurídicas como sistemas culturales diferenciados, destinatarios en sentido propio de normas jurídicas, y en esa medida, sujetos de derecho por mérito propio, sin necesidad de referencia a persona natural alguna.

De suerte que, para estas teorías, la pregunta por el “hecho de referencia” deviene en irrelevante. Los criterios de vulneración de una norma están dados por su propia redacción y por la asignación funcional de agencia que realiza respecto de sus destinatarios el propio sistema jurídico.

---

<sup>88</sup> NIETO MARTÍN, A. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo. Op. Cit. p. 139.

Existen básicamente dos tipos de funcionalismos a este respecto. Los que, al modo de Heine<sup>89</sup>, Lampe<sup>90</sup>, Hefendhel<sup>91</sup>, y entre nosotros, el profesor Mañalich<sup>92</sup>, se centran en la idea de culpabilidad por el carácter, por la cultura empresarial defectuosa, o por las estructuras de conducción que exhibe la empresa. De este modo se interrumpe con la idea general del derecho penal moderno, que evalúa la culpabilidad según parámetros temporales restringidos al hecho (derecho penal de actos), hacia una idea de conducta y ‘culpabilidad duradera’<sup>93</sup>, o culpabilidad por el carácter<sup>94</sup>.

La otra clase de funcionalismo, cuyo principal representante es el profesor Gómez-Jara, reinterpreta los fundamentos clásicos del derecho penal, en el sentido de señalar que el epicentro del sistema de

---

<sup>89</sup> HEINE, G. 2006. La responsabilidad colectiva: una tarea pendiente a la luz de la reciente evolución europea. En: GÓMEZ-JARA (ed.). Modelos de autoresponsabilidad penal empresarial. Navarra, Ed. Thomson/Aranzadi. pp. 163 y ss. HEINE, G. La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales. Op. Cit. pp. 19 y ss

<sup>90</sup> LAMPE, E. 2003. Injusto y sistema de injusto. En: LAMPE, Ernst-J. La dogmática jurídico penal entre la ontología social y el funcionalismo. Lima, Ed. Grijley. pp. 155 y ss.

<sup>91</sup> HEFENDEHL, R. La responsabilidad penal corporativa: Artículo 2.07 del Código Penal modelo y el desarrollo en los sistemas legales occidentales. Op. Cit. p. 430.

<sup>92</sup> MAÑALICH, J. Organización delictiva. Op cit. p. 279 y ss.

<sup>93</sup> NIETO MARTÍN, A. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo. Op. Cit. p.137.

<sup>94</sup> Cfr. MAÑALICH, J. Organización delictiva. Op. Cit. p. 303.

imputación penal (y del sistema de la cultura), no es el concepto de ‘acción’, si no que el de ‘comunicación’ (acción con sentido social)<sup>95</sup>.

Así, lo que cuenta como acción con sentido social se define sistémicamente, tanto personas naturales como jurídicas son capaces de comunicación, y en este sentido, son capaces de infringir normas. En este plano el núcleo de una acción culpable de parte de la persona jurídica está dado por la exhibición de una conducta contraria a lo que sería esperable respecto de un ‘buen ciudadano corporativo’<sup>96</sup>.

El ideal del ‘buen ciudadano corporativo’ hace referencia a aquella corporación que “cumple con el derecho (abides with the Law), lo cual puede concretarse aún más indicando que se trata de aquella corporación que ha institucionalizado una cultura corporativa de cumplimiento con el Derecho, de respeto al Derecho”<sup>97</sup>.

Este concepto no es más que el equivalente funcional del concepto de ‘ciudadano fiel al derecho’ acuñado por Jakobs, y en esta medida, cumple un rol distinto al que cumple las ideas de

---

<sup>95</sup> GÓMEZ-JARA, C. La culpabilidad penal de la empresa. Op. Cit. p. 208 y ss.

<sup>96</sup> *Ibíd.* p. 245 y ss.

<sup>97</sup> GÓMEZ-JARA, C. La responsabilidad penal de la empresa en los EE. UU. Op. Cit. p. 78

responsabilidad por el carácter acuñadas por el profesor Lampe y Heine<sup>98</sup>.

En este esquema, no se trata de identificar una cultura empresarial defectuosa de la que la acción delictual es fiel reflejo, si no que de identificar una comunicación (acción con sentido social) atribuible a la empresa *qua* persona, que exhiba en su sentido contrariedad con dicho ideal.

¿Cuándo una acción de la empresa vulnerará este ideal? cuando no pueda identificarse en la empresa la existencia de una cultura corporativa de cumplimiento del derecho, y mecanismos adecuados de control de los riesgos creados por la actividad empresarial<sup>99</sup>.

### **2.3. El modelo mixto**

El tercer modelo de imputación corresponde a una solución de compromiso de los dos primeros esquemas reseñados. Esta perspectiva ecléctica se caracteriza precisamente por hacer coexistir elementos comunes a los sistemas de responsabilidad vicarial y autónoma. Así, “parten del sistema vicarial para imputar la

---

<sup>98</sup> GÓMEZ-JARA, C. La culpabilidad penal de la empresa. Op. Cit. p. 205

<sup>99</sup> NIETO MARTIN, A. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo. Op. Cit. p. 143

responsabilidad a la empresa y toman en cuenta la culpabilidad de la empresa para, a través de un sistema de atenuantes y agravantes, que intentan plasmar este concepto, establecer la cuantía de la sanción. Con ello se pretende tener ‘lo mejor de cada casa’<sup>100</sup>.

Sin embargo, independientemente de que todos los sistemas reales de responsabilidad penal de las personas jurídicas tengan elementos de ambos modelos, el mixto, como modelo teórico, encarna una solución espuria.

En efecto, si nos tomamos en serio el carácter mixto del sistema lo que estamos haciendo finalmente, es promover que se sancione a una persona jurídica tanto por sus acciones como por las de otro. En este sentido, el rechazo de un sistema vicarial por razones de principio, por ejemplo por alusión al principio de culpabilidad, debiesen ser igualmente decisivas en contra del modelo teórico mixto.

En palabras del profesor Alex van Weezel “no existe una opción intermedia o de compromiso que permita tomar realmente en serio a la persona jurídica como sujeto penal, pues ello significa liberar de responsabilidad a la persona natural que encarna el órgano,

---

<sup>100</sup> *Ibíd.* p. 86

o bien estar dispuesto a echar por la borda el principio de culpabilidad”<sup>101</sup>.

En razón de lo anterior, la cuestión más decisiva a definir en un sistema mixto, es el rol que cada una de las culpabilidades tendrá en la imputación penal y en la determinación de la pena<sup>102</sup>. De allí que surja necesariamente la cuestión central de si, en cuanto sistema mixto, prevé la posibilidad de responsabilizar independientemente a agente y empresa.

Así, es que dentro de estos sistemas tiene sentido plantear una clasificación ulterior, sobre la base de la forma en que se articula la relación entre responsabilidades particulares y colectivas. Así se puede hablar de modelos mixtos y dualistas, en los que se prevé la posibilidad de responsabilizar simultáneamente personas naturales y jurídicas, y sistemas o modelos mixtos monistas, en los que la posibilidad de una sanción conjunta es negada a priori. Se castiga o a la persona física o a la persona jurídica, nunca a ambas.

La relevancia de esta alternativa será particularmente alta cuando llegue el momento de determinar la pena empresarial. Porque

---

<sup>101</sup> VAN WEEZEL, A. Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Op. Cit. p. 131.

<sup>102</sup> NIETO MARTÍN, A. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo. Op. Cit. p. 162 y ss.

si es que el sistema mixto implica tanto una transferencia de la responsabilidad individual del agente, como la alusión a un plus de culpabilidad dado por defectos de organización de la empresa, o su contrariedad con el ideal de bien ciudadano corporativo, la cuestión por la determinación de la pena debe considerar ambas.

En este trabajo, como se verá a continuación, se sostiene que la interpretación de nuestro sistema como un caso de modelo mixto es inaceptable. Se trata de un modelo de responsabilidad que se deja leer mejor sobre la base de la teoría del hecho de referencia, y que en tanto tal, sólo considera acciones y culpabilidad atribuibles a la empresa, independientemente del sustrato fáctico que ella tenga.

### **3. El sistema de imputación de la ley N° 20.393**

La promulgación de la ley N° 20.393, que establece en nuestro país la responsabilidad penal de las personas jurídicas, como es bien sabido, surgió de un contexto muy particular.

En efecto, esta ley más que responder a los requerimientos o vicisitudes político criminales del país, o a la culminación de un desarrollado debate doctrinario fue elaborada estratégicamente por

parte del gobierno chileno como una manera de acelerar la integración de Chile a la OCDE<sup>103</sup>.

De suerte que el producto final que implicó la entrada en vigencia de la ley N° 20.393 fue realmente secundario en términos de la intención legislativa. Lo que se proponía el gobierno chileno, y después el parlamento, era primariamente sentar las bases de una regulación que para parámetros de la OCDE fuera acorde a la realidad político criminal de la economía mundial, y más específicamente, que fuera acorde a lo exigido por la propia organización en relación con la “Convención para combatir el cohecho de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales” (en adelante, simplemente, La Convención).

De esta manera, la discusión de la ley “tuvo lugar siempre con una especie de espada que pendía sobre el Congreso, en el sentido de pasar a ser el eventual responsable de que Chile no ingresara a la OCDE en el plazo deseado...”<sup>104</sup>.

---

<sup>103</sup> HERNANDEZ, H. La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile. Op. cit. p. 208.

<sup>104</sup> BOFILL, J. Estructuras de imputación y prevención de delitos al interior de la persona jurídica Op. Cit. p. 176

El profesor Jorge Bofill, ejemplifica el nivel de condicionamiento temporal y político que sirvió de marco a la discusión de esta ley, mediante la referencia a una anécdota: “en una instancia de la discusión en que era debatida la cuestión de si era conveniente establecer un sistema de responsabilidad penal de personas jurídicas y la forma en que había que hacerlo, un miembro de la Comisión, viendo que no estaban avanzando en la generación de acuerdos al respecto, le dijo a un Ministro de Gobierno que en estas circunstancias no iban a llegar a buen puerto porque no le parecía que estuvieran avanzando, por lo que hizo el encargo de hacer un estudio técnico del proyecto. Frente a esto, el ministro le contestó básicamente que más que el contenido del proyecto, lo determinante era que estuviera completamente tramitado dentro de plazo”.<sup>105</sup>

Estos constreñimientos temporales en la discusión, sumado al poco consenso en la dogmática nacional en orden a establecer un modelo de imputación de la responsabilidad penal a las personas

---

<sup>105</sup> *Ibíd.* p. 177; HERNANDEZ, H. La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile. *Op. Cit.* p. 208

jurídicas<sup>106</sup>, aceleraron la decisión de legislar, y permearon de modo decisivo en la concreta manera en que dicha regulación se plasmó<sup>107</sup>.

En efecto, la Convención no prescribía directamente la obligación de establecer un sistema de responsabilidad penal para las empresas<sup>108</sup>. Más bien al contrario, establecía la necesidad de conformar medidas necesarias de responsabilidad empresarial que resultaran eficaces desde un punto de vista preventivo, según los principios vigentes en cada ordenamiento jurídico<sup>109</sup>.

Sin embargo, las peculiaridades de la negociaciones internacionales, y las dificultades de implementación que implicaba robustecer el control administrativo, llevaron a que en los hechos el

---

<sup>106</sup> BOFILL, J. Estructuras de imputación y prevención de delitos al interior de la persona jurídica. Op. Cit. p.178.; HERNANDEZ, H. La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile. Op. Cit. p. 211.

<sup>107</sup> *Ibíd.* p. 208

<sup>108</sup> BOFILL, J. Estructuras de imputación y prevención de delitos al interior de la persona jurídica. Op. Cit. p. 180.

<sup>109</sup> Art. 2 de la Convención: “Cada parte tomará las medidas necesarias, de acuerdo con sus principios legales, para establecer la responsabilidad de las personas morales por el cohecho a un servidor público extranjero”.

Art. 3.2 de la Convención: “Si, dentro del sistema jurídico de una de las Partes, la responsabilidad penal no es aplicable a las personas morales, esta Parte deberá asegurar que éstas queden sujetas a sanciones eficaces, proporcionadas y disuasivas de carácter no penal, incluyendo sanciones pecuniarias, en casos de cohecho a servidores públicos extranjeros”.

Estado chileno se viera obligado a postular un mecanismo lo más intenso posible<sup>110</sup>.

Hasta aquí, empero, no se había dicho nada respecto del modelo que predominantemente adoptaría la responsabilidad penal de la empresa.

En lo que respecta al modelo vicarial, su descarte se debió a que se consideraba profundamente contrario a la práctica penal chilena, presentaba problemas procesales y de implementación importantes, y levantaba variadas dudas en su contrariedad con los principios legitimadores del *ius puniendi*<sup>111</sup>.

Por lo mismo, no es fácil ver las razones que llevaron al legislador a concebir el sistema de la ley como mixto. Una breve revisión de la historia de la ley, evidencia que más que la reflexión sobre los defectos del sistema de responsabilidad originaria, lo que motivó la elección de un sistema que se concibe a sí mismo como mixto, fue la consideración de la tendencia dominante en el derecho

---

<sup>110</sup> BOFILL, J. Estructuras de imputación y prevención de delitos al interior de la persona jurídica. Op. Cit. p. 181

<sup>111</sup> *Ibíd.* p. 183; Cfr. *supra*, apartado I, sección 2.1.

comparado y un eclecticismo que maximizara la posibilidad de acuerdo<sup>112</sup>.

Fuera de la autocomprensión del propio parlamento, como vimos, el único sentido dogmático en el que un sistema de responsabilidad penal de la empresa pueda ser concebido legítimamente como mixto, es inaceptable.

Una cosa es sostener que el sistema chileno pose elementos reconducibles en su origen a ambos modelos dogmáticos, y otra muy distinta es sostener que el sistema legitima sancionar a una persona jurídica tanto por su culpabilidad como por la de otro. Porque en este último caso, las mismas razones que llevaron al parlamento a rechazar la opción de un sistema vicarial, fungen como decisivas para rechazar el modelo mixto<sup>113</sup>.

Dado lo anterior, en esta sección se defenderá, de *lege lata*, una comprensión del sistema chileno que no es mixta, si no que de responsabilidad propia o autónoma. El desarrollo de las razones de

---

<sup>112</sup> Al respecto pueden consultarse las opiniones que en la historia fidedigna de la ley, emitieron los señores Fernando Londoño Martínez, y Jean Pierre Matus Acuña. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la ley N° 20.393. Op. Cit. p. 39, 47, 202, *passim*.

<sup>113</sup> VAN WEEZEL, A. Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Op. Cit., p. 123, *passim*. MAÑALICH, J. Organización delictiva. Op. Cit. p. 298, *passim*.

esta propuesta tiene su origen en las críticas entabladas por el profesor Alex van Weezel<sup>114</sup>, y obtiene el núcleo de su fundamentación de las propuestas del profesor Juan Pablo Mañalich y del profesor Hrushka<sup>115</sup>.

Se sostendrá a continuación que el derecho penal chileno de la persona jurídica se debe reconstruir dogmáticamente sobre la base de un modelo de la propia culpabilidad de empresa, en el que los criterios de responsabilidad vicarial se emplean sólo como cedazos de imputación, con el fin de limitar la imputación de la persona jurídica a la identificación de un hecho de referencia cometido por uno de sus agentes.

La necesaria identificación de un agente privilegiado que obre en interés de la sociedad no impondrá nada vicarial al sistema, si no simplemente fungirá como criterio limitativo de aquello que debe contar como responsabilidad de la empresa. El modelo formulado por el legislador chileno puede ser caracterizado entonces, más que como un modelo mixto, como un modelo de responsabilidad autónoma

---

<sup>114</sup> VAN WEEZEL, A. Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Op. Cit., passim.

<sup>115</sup> Particularmente en: MAÑALICH, J. Organización delictiva. Op. Cit., passim. HRUSCHKA, J. 2005. Reglas de comportamiento y reglas de imputación. En: Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación. Madrid, Ed. Thomson Aranzadi. pp. 11-29, passim.

limitado por la intervención de un agente en provecho de la empresa (un sistema de culpabilidad propia por del hecho de referencia, cfr. *supra* apartado I, sección 2.2.1.).

En lo que sigue, y sobre la base del trasfondo reseñado, se examinará dogmáticamente el sistema de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas que establece la ley N° 20.393, con sus peculiaridades más relevantes.

### **3.1. Consideraciones metodológicas**

Según el punto de vista que se defiende en esta monografía, gran parte de los equívocos en el intento de construir un sistema de imputación de personas jurídicas dogmáticamente consistente está dado por el empleo de un nivel de referencia equivocado.

En efecto, la experiencia comparada ha mostrado con creces que resulta un error emplear modelos imputación como el neoclásico con correctivos finalistas, o en ámbito del *common law*, aquel que se basa en la identificación general de un *actus reus* y *mens rea*, y aplicarlos simplemente a la imputación penal de las personas jurídicas.

Ello es así porque la totalidad de las construcciones dogmáticas tradicionales están colmadas conceptualmente por la referencia al paradigma de ‘la persona natural, libre y con agencia política’, que, como hemos visto, no resulta aplicable sin más a las personas jurídicas<sup>116</sup>.

La tesis que se defenderá aquí, es que el punto de partida metodológicamente correcto cuando se trata de imputar responsabilidad a las personas jurídicas es uno más abstracto. La reconstrucción dogmática de los sistemas de imputación de responsabilidad a personas jurídicas no debe estar guiada por la reflexión en torno a los parámetros de imputación que se emplean para responsabilizar a las personas naturales, si no en torno a la consideración de una cuestión más abstracta, a saber, la cuestión por la naturaleza misma del proceso de imputación.

En este sentido, ante la oferta de conceptualizaciones existentes, me parece que aquella que se sitúa en un nivel de referencia adecuado es una abstracción del famoso modelo dogmático de imputación desarrollado por el profesor Hruschka, sobre la base de la distinción entre reglas de comportamiento y reglas de sanción.

---

<sup>116</sup> HEFENDEHL, R. La responsabilidad penal corporativa: Artículo 2.07 del Código Penal modelo y el desarrollo en los sistemas legales occidentales. Op. Cit. p. 429.

Ese modelo, desvinculado de suposiciones psicologistas o antropológicas<sup>117</sup>, es el que servirá aquí de esquema al análisis dogmático de las reglas de imputación que provee la ley N° 20.393.

### **3.2. El modelo de interpretación propuesto**

En varios conocidos artículos el profesor Hruschka establece un modelo escalonado de imputación sobre la base de la consideración escalonada de dos clases de normas, a saber, las normas de comportamiento y las normas de imputación<sup>118</sup>.

En sentido amplio por norma de comportamiento cabe entender aquellas normas que, extraídas de los tipos penales, definen conductas debidas, permitidas o prohibidas. En este sentido desempeñan una función una prospectiva y retrospectiva<sup>119</sup>. En la función prospectiva se encargan de dirigir la acción de los sujetos, mientras que en su función retrospectiva desempeñan el rol de establecer un baremo de medición, mediante el cual un observador

---

<sup>117</sup> Las vicisitudes de los modelos de imputación que buscan encontrar correlatos psicológicos en la empresa se encuentran en toda la literatura especializada de Norteamérica. V. gr. GÓMEZ-JARA, C. La responsabilidad penal de las empresas en los EE.UU. Op. Cit. pp. 107 y ss.; KHANNA, V. 1996. Corporate Criminal Liability: What Purpose does it serve?. Harvard Law Review. V. 109 N° 7 (1996). pp. 408 y ss.

<sup>118</sup> HRUSCHKA, J. Reglas de comportamiento y reglas de imputación. Op. Cit. p. 12.

<sup>119</sup> *Ibíd.* p. 13

puede distinguir entre conductas conforme a derecho y conductas disconformes a derecho.

Desde una perspectiva constructivista, como hemos visto, las normas de comportamiento todavía poseen una importancia adicional, por cuanto deciden el núcleo de aquello que se considera como un agente jurídicamente relevante (cfr. supra, apartado I, sección 1.2). En este sentido el concepto de persona, al menos en parte, se construye sobre la base de la atestación de la relación de una entidad con una determinada norma de conducta.

Las normas de imputación poseen una naturaleza muy diversa. Al contrario de las normas de comportamiento no poseen una función prospectiva, y sirven exclusivamente para dirigir la manera en que considera los hechos la persona que juzga, con el fin de atribuir responsabilidad por su incumplimiento.

Así, las reglas de imputación juegan un rol relevante en dos niveles distintos. En primer lugar, sirven para seleccionar sobre la base de la perspectiva de la regla de comportamiento, aquella acción que debe juzgarse mediante la misma (*imputatio facti*). En segundo lugar sirven para adscribir responsabilidad a una persona sobre la

base de un comportamiento disconforme a la norma (*imputatio legis*)<sup>120</sup>.

En esta medida, el procedimiento de imputación en sentido amplio funciona, primero, mediante la selección de una entidad discreta a la que juzgar, segundo, mediante la comparación de dicha entidad con la norma de comportamiento en cuestión en su dimensión de baremo de medición, y, tercero, mediante la atribución de un correspondiente juicio de merecimiento o reproche.

A continuación desarrollaré sucintamente cada uno de estos momentos de la imputación, y su aplicación a la imputación penal e personas jurídicas en la regulación chilena.

### **3.3. El artículo 3° de la ley 20.393**

El artículo 3 de la ley N° 20.393 establece el criterio legal de imputación penal a las personas jurídicas, y señala:

“Artículo 3 L. 20.393.- Atribución de responsabilidad penal. Las personas jurídicas serán responsables de los delitos señalados en el artículo 1° que fueren cometidos directa e inmediatamente en su interés o para su provecho,

---

<sup>120</sup> *Ibíd.* p. 15.

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.”<sup>121</sup>

### **3.3.1. La identificación de la norma de comportamiento**

El primer escollo que debe superar cualquier esquema de adjudicación de responsabilidad (mérito/demérito) que funcione primariamente sobre la base de la identificación del cumplimiento o infracción de una norma, es el de definir los criterios de selección mediante los cuales se reconocerá la existencia de aquel elemento cuya conformidad con la norma puede ser problematizable.

En términos el profesor Hruschka, lo primero que hay que definir son los criterios mediante los cuales se produce la imputación de primer nivel, o la *imputatio facti*, y que en definitiva llevará a identificar el objeto de valoración que luego se comparará con una norma<sup>122</sup>.

Como recuerda el propio autor, este procedimiento no puede hacerse sin considerar, previamente, la norma de comportamiento

---

<sup>121</sup> CHILE. Ministerio de Hacienda. 2009. 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.

<sup>122</sup> *Ibíd.* p. 19.

que servirá como baremo de la entidad discreta que se imputara primariamente.

En efecto, la “separación de ‘*applicatio legis*’ e ‘*imputatio facti*’ no queda en nada alterada por el hecho de que, como señaló Kant, ya con la indagación de las ‘*cicumstantiarum in facto*’, ‘para encontrar los *momenta in facto*’, sea necesario ‘tomar en consideración la Ley’, ya que la LEY (la *lex de Daries*), ‘contribuye propiamente a la determinación más completo de los *facti*’. Ha de distinguirse por principio entre la cuestión lógica de la diferencia entre los distintos sistemas de reglas a aplicar y la cuestión hermenéutica de si en la constitución el caso jurídico no sería necesario ‘un ir y venir de la mirada’ entre la ‘*lex*’ y el ‘*factum*’...”<sup>123</sup>.

Visto desde cerca, el problema de la *imputatio facti*, es el problema de las condiciones de aplicación de una determinada norma. Estas condiciones en sentido fuerte, dependen de la norma misma. El ejercicio de *imputatio facti*, puede ser concebido ya en sí mismo, como aplicación de la norma<sup>124</sup>.

---

<sup>123</sup> *Ibíd.*

<sup>124</sup> Considerar que el proceso de *imputatio facti* en el contexto de una norma de comportamiento es genuinamente un procedimiento de aplicación de otras reglas, o no ya de la misma regla, conduce potencialmente a un regreso al infinito.

Por eso, antes de continuar con la reconstrucción del sistema de imputación de la ley, es menester definir previamente de qué manera resulta adecuado entender la norma de conducta expresada por el juego recíproco de los artículos 1 y 3 de la ley N° 20.393<sup>125</sup>. El supuesto del que parte esta monografía es que la norma de comportamiento que se espera oriente el desenvolvimiento estructural de las personas jurídicas en nuestro sistema, puede expresarse de la siguiente manera: ‘Las personas jurídicas tienen prohibido contribuir, mediante una configuración estructural defectuosa, a la realización por parte de alguno de sus agentes de algunos de los delitos señalados en el artículo primero de la ley’.

Supuesta esta norma de conducta, las personas jurídicas infringen el derecho penal vigente, cuando uno de sus agentes concreta el riesgo de criminalidad que la propia empresa ha creado al incumplir sus deberes de dirección y supervisión, y no prevenir la conformación de una cultura empresarial criminógena.

No hay transferencia de responsabilidad desde el agente a la sociedad. La sociedad misma no responde de los delitos de sus agentes si no de su propia contribución a crear un clima propicio para que estos se hallen movidos a delinquir, y este clima propicio se concrete en una realización delictiva particular. Así, la imputación penal de las personas jurídicas se construye como una forma

---

<sup>125</sup> CHILE. Ministerio de Hacienda. 2009. Ley N° 20.393. Op. Cit.

accesoria de autoría<sup>126</sup>, sólo que la contribución al hecho realizada por la persona jurídica no es propiamente una acción u omisión, si no un ‘modo de ser’.

De este modo, dada la norma de conducta descrita, la resolución del problema de la *imputatio facti* se resuelve en la identificación del carácter de la empresa.

Aunque esta decisión implica subvertir el modelo planteado por Hruscka – que para la *imputatio facti* estipula la necesidad de constatar una acción humana libre - vista desde cerca, no resulta especialmente problemática. Uno puede imaginar sistemas de reglas en los que la imputación primaria no dice relación con la consideración de un sujeto como “*causa moralis*” de la acción, si no otra clase de fundamentos.

Todo esto ofrece arduas dificultades dogmáticas que requieren de un desarrollo adecuado. Incluso aunque se sostenga que, al contrario de lo que ocurre con las personas naturales, no existe impedimento dogmático o político criminal para hacer responsables a las personas jurídicas por sus ‘modos de ser’<sup>127</sup>, resulta necesarios establecer criterios limitativos generales – equivalentes funcionales

---

<sup>126</sup> Cfr. MAÑALICH, J. Organización delictiva. Op. Cit. p. 303 y ss.

<sup>127</sup> *Ibíd.*

del concepto de “causa moralis” - para restringir aquello que puede contar como objeto de evaluación.

Por de pronto, un camino que resultaría interesante explorar, es la posibilidad de descartar en este nivel, a empresas que no exhiban ningún carácter especial que pueda distinguirse del de sus dueños o administradores (empresas de baja complejidad).

No obstante lo anterior, y si bien la definición de un modelo de imputación de las personas jurídicas es una empresa urgente, dicho desafío es imposible de acometer en esta monografía. La descripción completa de las normas de conducta derivables de la redacción del artículo 3 de la ley N° 20.393, los criterios de imputación primaria y secundaria, y los restantes elementos del sistema, merecen la realización de un trabajo autónomo que excede con creces el que se empleará para estos efectos en este lugar.

En lo que a esta monografía interesa la única definición relevante es la de sentar el hecho de que la persona jurídica responde por la atestación de un rasgo propio, cual es, el de poseer un déficit estructural que se concretiza en la comisión de un ilícito que debió contribuir a evitar.

Sobre la base de lo señalado es claro que el rol de la limitación que establece la ley 20.393 a ciertos delitos no implica la construcción de un sistema de imputación genérico a las personas jurídicas, respecto del cual, se excluye la punibilidad en los casos de delitos no comprendidos en esta lista, si no que un criterio de

limitativo de la *imputatio facti* (*vi. supra*, apartado I, sección 1.1). Lo mismo puede decirse respecto de la referencia al interés de la empresa en la realización del agente, y la posición que en términos de jerarquía el agente debe tener<sup>128</sup>.

Por eso la norma del artículo 3° no es una norma de determinación de pena, si no que establece todo un novedoso sistema de imputación. No es que una persona jurídica pueda considerarse agente relevante respecto del delito de estafa, y sin embargo no pueda ser hecha responsable del mismo por no estar la estafa dentro de las hipótesis que prevé el artículo primero de la ley. Al contrario, la persona jurídica no es destinataria de la norma de conducta que prescribe el delito de estafa, y en esta medida, a sus efectos, no es siquiera ‘persona’.

### **3.3.2. Implicancias para la determinación de la pena**

Concebir al modelo implantado por la ley 20.393 como un modelo de autoresponsabilidad o responsabilidad por la culpabilidad de la propia empresa y no como un modelo mixto, tiene importantes implicancias para la determinación de la pena.

---

<sup>128</sup> C.fr. con el modelo sugerido por el Código Penal Modelo, en su artículo 2.07. HEFENDEHL, R. La responsabilidad penal corporativa: Artículo 2.07 del Código Penal modelo y el desarrollo en los sistemas legales occidentales. Op. Cit. pp. 426 y ss..

En efecto, la consideración de que el eje de lo prohibido es un ‘modo de ser’ de una persona jurídica que contribuye jurídicopenalmente a la realización de un resultado típico, y no la consideración de un agente individual cuya responsabilidad se traspasa, tiene un necesario correlato en la manera en como se entienden los fines de la pena y el principio de culpabilidad.

Esto es crucial bajo la perspectiva de la teoría de la determinación de la pena, cuando tal como se ha señalado, ella se construye principalmente sobre la base de la consideración “cuantitativa” de la teoría del delito y los diversos fines de la pena. Esto se verá especialmente plasmado en las consideraciones que se expresarán en la sección 5 del segundo apartado de esta memoria.

## II. LA DETERMINACIÓN DE LA PENA EN LA LEY 20.393

### 1. Cuestiones generales

Por teoría de la determinación de la pena podemos entender aquella parcela de la teoría del derecho penal que se ocupa del análisis, sistematización y crítica de las reglas que sirven para determinar la naturaleza, la magnitud y el modo de ejecución de una sanción penal<sup>129</sup>.

Como tal, presenta algunas peculiaridades que vale la pena hacer notar. En primer lugar, la teoría de la determinación de la pena corresponde a la última fase en la determinación de la responsabilidad penal que cabe adscribir a un sujeto de derecho<sup>130</sup>. Por ello, como hemos visto, su reconstrucción teórica es dependiente del debate en torno al discurso de imputación, y por ende, de la teoría del delito<sup>131</sup>.

---

<sup>129</sup> MAÑALICH, J. 2010. ¿Discrecionalidad judicial en la determinación de la pena en caso de concurrencia de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal?, Informes en derecho. Doctrina procesal penal 2009. Santiago, , Centro de Documentación Defensoría Penal Pública. p. 41; ROXIN, C. 1997. Derecho Penal Parte General. Tomo I. Madrid, Ed. Civitas. p. 45.

<sup>130</sup> HASSEMER, W. Fundamentos del Derecho Penal. Op. Cit. p. 130

<sup>131</sup> Según los profesores Bustos y Hormazábal, la teoría de la determinación de la pena es el corolario cuantitativo, tanto de la teoría del delito (que se refiere al hecho punible), como de la teoría del sujeto responsable (que se refiere al

Pero el referido a las categorías de la teoría del delito no es el único debate dogmático que influye la teoría de la determinación de la pena. En idéntica situación se encuentra el debate sobre los fines o el sentido de la pena estatal<sup>132</sup>. Siendo la pena una institución social, sólo quien ha emprendido la discusión sobre su sentido, puede esbozar parámetros para definir su cuantificación. “La relación entre la pena y el delito, no puede ser sino consecuencia necesaria de los previos conceptos de delito y de pena”<sup>133</sup>.

En esta sección de la monografía se procederá del siguiente modo: en primer lugar, se desarrollará sucintamente el problema de cual podría ser el fin y sentido de la pena estatal respecto de las personas jurídicas, para, en segundo lugar, analizar sobre el trasfondo construido en la primera sección y el debate sobre los fines de la

---

delincuente), y en este sentido completa el contenido propio de la teoría penal. BUSTOS, J. y HORMAZABAL, H. 1997. Lecciones de Derecho Penal. Volumen I. Madrid, Ed. Trotta. p. 165. En idéntico sentido: JESCHECK, H. 1981. Tratado de Derecho Penal. Parte General. V. 2. Barcelona, Casa editorial Bosch. pp. 1205 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, J. La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo. Op. Cit. p.8. VAN WEEZEL, A. Compensación racional de atenuantes y agravantes en la medición judicial de la pena. Op. Cit. p. 460.

<sup>132</sup> ZIFFER, P. Lineamientos de la determinación de la pena. Op. Cit. pp. 45 y ss.

<sup>133</sup> ROXIN, C. 1981. La determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena. En: ROXIN, C. Culpabilidad y prevención en derecho penal. Madrid, Ed. Reus. pp. 93 y ss. VON LIZST, F. 1917. Tratado de Derecho Penal. Tomo tercero. Madrid, Ed. Hijos de Reus. p. 360.

pena, el sistema de determinación de la sanción penal que impone la ley N° 20.393.

El análisis particular, en cada caso, se abordará a partir de la base de las reglas generales de determinación de la pena que establece el código penal, así como los principios generales de la determinación de la pena respecto de personas naturales, para emprender, desde allí, una reconstrucción consistente de las reglas de determinación de la pena respecto de personas jurídicas que haga justicia a las peculiaridades de su imputación penal.

## **2. Los fines de la pena en el derecho penal colectivo**

En materia penal, resulta un argumento estándar aquel que sostiene que todo el proceso de determinación de la pena tiene que ver con el imperativo de conciliar los requerimientos del principio de igualdad que impone rangos penales idénticos para determinados ‘casos tipo’, y los requerimientos que impone la idea de justicia del caso concreto<sup>134</sup>.

Sin embargo la alusión a la justicia como idea rectora del procedimiento de determinación de la pena es insuficiente por si misma para fundar criterios que ayuden a establecer los límites

---

<sup>134</sup> ZIFFER, P. Lineamientos de la determinación de la pena. Op. Cit. p. 32 y ss., MAURACH, R. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Op. Cit. p. 118.

racionales de la individualización de la pena. Por eso, para definir aquello que quiere significarse con la idea de ‘justicia del caso concreto’, la alusión a los fines de la pena parece obligada.

En efecto, la decisión sobre la individualización de la pena está condicionada en gran medida por la función que se concibe que ella desempeña<sup>135</sup>. Esta consideración es particularmente relevante en sistemas como el nuestro, en que la individualización de la pena esta definida por un juego reciproco de competencias respecto de las cuales se ofrece a los intérpretes diversos grados de discrecionalidad.

En lo que respecta a la responsabilidad penal de las personas naturales, suelen señalarse tres criterios de determinación de la pena, que - vinculados al debate sobre los fines de la pena- la praxis dominante ha concebido bajo una teoría de la unión<sup>136</sup>.

Así se señala como primer criterio de la determinación de la pena, la culpabilidad del autor por el hecho desplegado. Este concepto de culpabilidad se formula sobre la base de la idea de que a efectos de la responsabilidad penal de las personas naturales, solo se pueden considerar los hechos referidos a la acción culpable, y no

---

<sup>135</sup> BUSTOS, J. y HORMAZABAL, H. Lecciones de Derecho Penal. Volumen I. Op. Cit. p. 195; ROXIN, C. 1981. Culpabilidad y prevención en Derecho Penal. Madrid, Ed. Reus. p. 93, ZIFFER, P. Lineamientos de la determinación de la pena. Op. Cit. p. 45

<sup>136</sup> *Ibíd.* p. 48

otros elementos referidos a la personalidad o modo de ser del autor. Este criterio se construye usualmente, aunque no exclusivamente<sup>137</sup>, sobre la base de las concepciones retribucionistas de los fines de la pena, y canónicamente se lo cita como el regulador del límite máximo de la pena a imponer<sup>138</sup>.

El segundo criterio que se cita como rector de la cuantificación de la pena es el denominado criterio preventivo general. Este criterio sobre la base de consideraciones utilitaristas, busca acentuar los efectos de la imposición de una pena en la generalidad de la población. En este sentido se le utiliza tanto para justificar la necesidad de imposición de la pena, como evitar penas que tengan un efecto comunicativo contraproducente en la población<sup>139</sup>.

El tercer y último criterio que puede esbozarse es el denominado criterio preventivo especial. Este criterio, está relacionado con las ideas de resocialización e inocuización. Así, bajo este parámetro, la peligrosidad del delincuente y su nivel de

---

<sup>137</sup> V.gr. ROXIN, C. Culpabilidad y prevención en el derecho penal. Op. Cit. p. 148

<sup>138</sup> BUSTOS, J. y HORMAZABAL, H. Lecciones de Derecho Penal. Volumen I. Op. Cit. p. 196. JAKOBS, G. 1997. Culpabilidad y prevención. En su: Estudios de derecho penal. Madrid, Ed. Civitas. pp. 74

<sup>139</sup> *Ibíd.*; ZIFFER, P. Lineamientos de la determinación de la pena. Op. Cit. p. 45

socialización resultan decisivos para fijar la entidad de la respuesta penal perseguida<sup>140</sup>.

¿Cómo podemos entender en este marco discursivo la sanción a la persona jurídica? La respuesta a esta pregunta plantea enormes perplejidades. En primer lugar, porque pareciera que el clásico debate sobre los fines de la pena resulta, respecto de las personas jurídicas, a lo menos parcialmente fuera de lugar. Los modelos de justificación y sentido de la sanción penal que plantean las modernas teorías de la pena, se basan de uno u otro modo, en consideraciones sobre la naturaleza humana<sup>141</sup>, consideraciones que respecto de las personas jurídicas parecen la mayoría de las veces algo forzadas.

Por ejemplo, el gran punto del retribucionismo contemporáneo contra el utilitarismo, según el cual cualquier comprensión orientada a las consecuencias prácticas de la pena implica tratar a las personas como objetos de táctica social y no como ciudadanos libres, pierde gran parte de su fuerza expresiva. El mismo sistema penal trata a las corporaciones como personas, como entorno y como objeto, sin que

---

<sup>140</sup> *Ibíd.*

<sup>141</sup> NIETO MARTIN, A. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo. Op. Cit. p. 266, GÓMEZ-JARA, C. 2006. El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial. Navarra, Ed. Thomson Aranzadi. pp. 27 y ss. [en línea] <[http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20080521\\_85.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080521_85.pdf)>

por escoger alguno de estos tratamientos se infrinja algún principio moral o jurídico (cfr. *supra*, apartado I sección 1.1.).

Estas razones han llevado a sostener a un sector de la doctrina que “el estudio de la responsabilidad criminal corporativa ha estado demasiado tiempo a la deriva, en razón de los esfuerzos de múltiples autores, que han buscado incansablemente justificaciones retributivas y analogías antropomórficas para esta categoría de responsabilidad. Tales enfoques no sólo unen problemáticamente la personalidad corporativa como ficción legal, con la ficción legal del *mens rea* corporativo, si no que, peor aun, nos oculta el verdadero desafío a resolver en estos ámbitos, y que se relaciona genuinamente, con cómo implementar políticas realmente disuasivas en contra de las organizaciones más criminógenas”<sup>142</sup>.

A decir verdad, en muchos casos la postulación de un ‘reproche a una persona jurídica’ resulta problemática. “«La naturaleza de las cosas no nos enoja; lo que nos enoja es la mala

---

<sup>142</sup>“The study of corporate criminal responsibility too long has been led astray by commentators seeking to fashion retributive justifications and anthropomorphic analogies. Such an approach not only compounds the legal fiction of corporate personality with the legal fiction of corporate mens rea, but worse yet, it blinds us to the real issue of how to make deterrence work when the offender is an organization” p. 448. COFEE Jr., John.1981. No Soul to Damn: No Body to Kick: An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment. Michigan Law Review, Vol. 79, No. 3 (Ene. 1981), pp. 386-459. [en línea] <<http://www.jstor.org/stable/1288201>>

voluntad.» El criterio de opresión es el papel que yo creo que representan otros hombres en la frustración de mis deseos, lo hagan directa o indirectamente, y con intención de hacerlo o sin ella”<sup>143</sup>.

Por ello, la única manera de postular seriamente que las medidas penales en contra de empresas son verdaderamente penas en contra de ellas, y no tipos especiales de comiso u otras medidas coactivas contra de accionistas o dueños de las mismas, es el considerar un enfoque que permita identificar un reconocimiento comunicativo a lo menos débil en la persona jurídica.

El requerimiento de complejidad estructural como condición de posibilidad de la punición de empresas, podría muy bien cumplir este objetivo<sup>144</sup>. Sólo en los casos de empresas con una configuración interna lo suficientemente compleja, es que puede identificarse un centro de decisión suficientemente denso, como para distinguirlo del de sus dueños. No es lo mismo sancionar a una sociedad con una complejidad estructural que desde la perspectiva operativa imponga un importante nivel de fungibilidad en sus agentes, que una a empresa familiar organizada por motivos tributarios o comerciales

---

<sup>143</sup> BERLIN, I. 1974. Dos conceptos de libertad. En su: Libertad y necesidad en la historia. Madrid, Ed. Revista de occidente. p. 138.

<sup>144</sup> NIETO MARTÍN, A. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo. Op. Cit. pp. 166 y ss.; GÓMEZ-JARA, C. La culpabilidad penal de la empresa. Op. Cit. pp. 242 y ss.

como una persona jurídica, y que en su funcionamiento expresa únicamente las decisiones de sus administradores.

Estas numerosas perplejidades sobre los fines de la pena en el derecho penal colectivo, explican por qué, en el derecho comparado, más que un debate sobre los fines de la punición a las personas jurídicas, se ha emprendido un debate sobre cuáles son las medidas más idóneas para la consecución del fin de la sanción penal a personas jurídicas.

Ejemplo de eso es el famoso debate entre las escuelas del análisis económico del derecho neoclásico (*economic model*), las escuelas estructurales y la justicia restaurativa. En este sentido, al contrario de lo que sostiene por ejemplo el profesor Nieto Martín<sup>145</sup>, ellas no presentan diferencias respecto del fin mediato de la pena, si no sólo respecto de cual sea la mejor estrategia para lograr un fin en el que todas coinciden. Así esta discusión es más un problema de selección de medios, y no uno de identificación de fines.

En lo que sigue presentaré brevemente lo que podría entenderse como el debate de los fines de la pena aplicado a la punición de personas jurídicas, para luego, dedicar un espacio al

---

<sup>145</sup> NIETO MARTÍN, A. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo. Op. Cit. p. 266.

debate sobre el debate norteamericano sobre la sanción adecuada a la empresa.

### **2.1. Auto organización, prevención y teoría de la unión**

El debate de los fines del derecho penal en lo que respecta a las personas jurídicas es entre nosotros un ámbito inexplorado. Enfrascada en la cuestión sobre la necesidad y racionalidad de establecer sanciones penales a las personas jurídicas, no existe en nuestra literatura debate respecto de cuales deberían ser los fines que debería cumplir la punición de las personas jurídicas.

En la literatura comparada, las conceptualizaciones dominantes sobre los fines de la pena de las personas jurídicas, convergen en un enfoque casi completamente utilitarista, con tintes preventivos y restaurativos<sup>146</sup>. La pena de las personas jurídicas existe fundamentalmente para evitar criminalidad futura de la empresa, y la reparación, en la medida de lo posible del daño que la criminalidad de empresa haya creado.

Este punto de partida descansa sobre un sustrato ideológico liberal<sup>147</sup> que si bien resulta bastante plausible sobre la base de la

---

<sup>146</sup> *Ibíd.* pp. 266- 278, *passim*. En idéntico sentido: GÓMEZ-JARA, C. La responsabilidad penal de las empresas en los EE.UU. *Op. Cit.* p. 35

<sup>147</sup> *Ibíd.* pp. 148-154, *passim*.

tendencia legislativa de los modelos comparados y la propia regulación positiva chilena, debe entenderse restringido por una consideración que también es utilitarista. Así, según Laura Zúñiga “pese a las ventajas teóricas que la autorregulación empresarial puede tener, como fomentar los comportamientos éticos dentro de la empresa, disciplinamiento propio, colaboración con la administración de justicia, motivación para autocontenerse, en la práctica los escándalos financieros de 2008, que han llevado a la crisis financiera actual, muestran que los códigos de autorregulación no han sido idóneos para contener las ansias de las empresas por maximizar sus ganancias [...] los códigos ético de autorregulación pueden ser un buen mecanismo de prevención de las conductas antijurídicas, pero no resultan suficientes como límites de la culpabilidad de empresa”<sup>148</sup>.

La consideración anterior se salva cambiando el énfasis desde el ámbito normativo (correcta autorregulación), hacia el conductista (correcta autorganización). El fin último de la punición de las personas jurídicas no puede considerarse exclusivamente el incentivo para la creación de *programas normativos de prevención de delitos*, si no fundamentalmente, la propensión a una cultura empresarial

---

<sup>148</sup> ZÚÑIGA RODRIGUEZ, L. Bases para un modelo de imputación de Responsabilidad Penal a las Personas jurídicas. Op. Cit. p. 315

respetuosa de las reglas básicas que hacen posible un intercambio económico mínimamente justo<sup>149</sup>.

Un ejemplo de este modo de entender el fin de la pena empresarial, son las denominadas escuelas de justicia restaurativas, o de justicia dialogada, que en lo sustancial, prescindiendo de justificaciones retributivas, formulan la justicia criminal en contra de las personas jurídicas sobre la base de un modelo escalonado de medidas, todas las cuales cumplen en último término fines preventivos generales o especiales<sup>150</sup>.

Lo señalado sin embargo no cierra el debate en torno a la cuestión de si son admisibles o detectables componentes de reproche respecto de las sanciones impuestas a personas jurídicas. En este sentido, tal como ha señalado el profesor Hans Joachim Hirsch “Las normas jurídicas dirigidas a la asociación de personas que interesan penalmente, no resultan en modo alguno éticamente indiferentes....Si la corporación es destinataria de normas éticas, de modo tal que, como vimos pueda serle formulado un reproche de culpabilidad por

---

<sup>149</sup> Esta concepción del fin de la pena empresarial, por otra parte, encuentra una sólida base en nuestra regulación, particularmente en el empleo del verbo “implementación” que realiza el artículo 3º de la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

<sup>150</sup> V.gr. el concepto de *enforced self-regulation*, en oposición al modelo de la ‘corregulación privada visada por el Estado’. AYRES, I. BRAITHWAITE, J. 1992. *Responsive Regulation*. New York, Oxford University Press. p. 102

la lesión de la norma, entonces, con esto, ella también es persona en el sentido ético, en forma suficiente como para poder ser destinataria de la punición en caso del no cumplimiento de tales normas”.<sup>151</sup>

Esta conceptualización ha cobrado fuerza en los últimos años en el debate dogmático norteamericano, particularmente en la reacción expresada por la doctrina de los *Just Deserts*, y las concepciones expresivas de la pena, hasta el punto en que se halla reflejada directamente en Estados Unidos de Norteamérica, en las Directrices para imponer sentencias a organizaciones (*Organizational Sentencing Guidelines*)<sup>152</sup>.

La cuestión cobra la mayor relevancia si, como suelen entender las escuelas retribucionistas, el reconocimiento de una actividad del estado como pena depende de la función de reproche que pueda identificarse.

---

<sup>151</sup> HIRSCH, H. La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas. Op. Cit. p. 1114, GÓMEZ-JARA, C. La culpabilidad penal de la empresa. Op. cit. p. 90; FISSE, B. BRAITHWAITE, J. 1988. The allocation of responsibility of Corporate Crime: Individualism, Collectivism and accountability. Sydney L. Rev. N°11.1986-1988 p. 507 [en línea] <<http://heinonline.org>>

<sup>152</sup> GÓMEZ-JARA, C. La responsabilidad penal de la empresa en los EE.UU. Op. Cit. p. 36 y 146, passim.

Llegados a este punto, en el que predomina una teoría de la unión con fines (casi) exclusivamente preventivos, se replica un problema que conocido a propósito de los parámetros de determinación de la pena respecto de las personas naturales, y que tiene que ver con la necesidad de conciliar los variados fines preventivos de la pena de una manera ordenada<sup>153</sup>. Sin embargo este es un punto de partida menos provechoso de lo que parece. El verdadero problema es mucho más práctico que doctrinario y tiene que ver con los efectos que las diversas penas pueden tener respecto de las personas jurídicas en un esquema interpretativo predominantemente preventivo, y que puede sintetizarse como sigue: la pena empresarial busca propender al aseguramiento de una cultura empresarial que sea respetuosa de la bases normativas mínimas que regulan la actividad económica.

Existe poca literatura en nuestra tradición sobre el examen general de esta problemática. En efecto, los principales esfuerzos teóricos al respecto, se han originado en la tradición del *common law*. En lo que sigue, y con el fin de sentar las bases teóricas mínimas de un debate de esta naturaleza, se analizarán las principales contribuciones dogmáticas de esta tradición jurídica a este respecto.

---

<sup>153</sup> ZIFFER, P. Lineamientos de la determinación de la pena. Op. Cit. pp. 49 y ss.; ROXIN, C. La determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena. Op. Cit. pp.96 y ss.

### **3. Sanciones penales respecto de personas jurídicas**

#### **3.1.El debate norteamericano sobre la pena adecuada a la empresa**

En la literatura norteamericana existen, a lo menos, tres escuelas de pensamiento respecto de cual sea la mejor manera de asegurar los intereses perseguidos mediante la sanción de las personas jurídicas.

Estas escuelas pueden agruparse en dos corrientes en atención a la metodología de análisis empleada por cada una. Así, podemos distinguir (a) una corriente que funda su análisis en la escuela del análisis económico del derecho (en esta monografía, la escuela del ‘modelo económico’ y del ‘modelo estructural’), y (b) una corriente que utiliza la teoría de los juegos, u otros esquemas de comportamiento, como modelos explicativo.

No obstante las diferencias, todos estos enfoques comparten un trasfondo común, que es un modelo de racionalidad centrado en un modelo de pensamiento utilitarista. Así, mientras los enfoques economicistas ponen la mirada en el juego de incentivos y desincentivos que poseen los agentes racionales egoístamente interesados, los enfoques centrados en la teoría de los juegos, realizan el análisis sobre la base del presupuesto de que el procedimiento de

decisión en sociedad se encuentra alterado por las expectativas de comportamiento de otros (o el fenómeno que se ha dado en llamar ‘la doble contingencia’<sup>154</sup>), y sus espacios de irracionalidad.

### **3.1.1. Los enfoques economicistas**

El economista británico Lionel Robbins define a la economía como “la ciencia que estudia la conducta humana como una relación entre fines y medios escasos susceptibles de usos alternativos”<sup>155</sup>. De esta manera la economía no es una ciencia definida por su objeto, si no por su método y una particular visión de la racionalidad, que en el marco de la filosofía occidental, se ha dado en denominar racionalidad de fines<sup>156</sup>.

---

<sup>154</sup> Cfr. LUHMANN, N. 1998. *Sistemas Sociales: lineamientos para una teoría general*. Barcelona, Ed. Anthropos. pp. 113 y ss.; PARSONS, T., SHILS, E. 1951. *Toward a General Theory of Action*. Cambridge, MIT Press. pp. 3-29, passim; PARSONS, T. 1968. *Interaction: Social Interaction*. En: *International Encyclopedia of the Social Sciences*, t. 7, Nueva York. pp. 429-441, passim.

<sup>155</sup> ROBBINS, L. 1951. *Ensayo sobre la naturaleza y la importancia de la ciencia económica*. México, Fondo de Cultura Económica. p.16

<sup>156</sup> Siguiendo la tradición de Weber, cfr. HABERMAS, J. *Teoría de la acción comunicativa*. Ed. Taurus. Bogotá, 1998. pp. 233 y ss. APEL, K. 1999. ¿Es posible distinguir la razón ética de la racionalidad estratégico-teleológica?. En su: *Estudios Éticos*. México, Ed. Fontamara. pp. 29 y ss.

De este modo, el análisis económico puede aplicarse a cualquier esfera de la conducta humana, y no solamente a la esfera que concierne al intercambio de bienes y servicios

Pues bien, esta metodología aplicada al derecho es aquello que se ha dado en denominar la tradición del análisis económico del derecho. En este contexto, si bien esta tradición comparte un sustrato común (según la cual la máxima eficiencia de un ámbito organizativo se obtiene mediante la implementación menos costosa de la mayor cantidad de bienes<sup>157</sup>), reconoce en su seno, varias concepciones diferenciadas.

En lo que respecta al análisis de la criminalidad estas concepciones son básicamente dos. Una de raigambre neoliberal que promueve la menor intervención estatal posible y que se encuentra desarrollada particularmente en el trabajo desarrollado por el profesor Gary Becker. Otra de raigambre más bien keynesiana, y que obtiene su inspiración principal, de las diversas aporías a las que se enfrenta la escuela más liberal.

### **3.1.1.1. El modelo neoclásico**

---

<sup>157</sup> I.e. el denominado óptimo de Pareto, o la situación de “máxima eficiencia” HABERMAS, J. Teoría de la acción comunicativa. Op. Cit. pp. 214, passim.

El modelo que propugna la escuela neoclásica de análisis de la criminalidad (*economic model*), lleva implícita una consideración política, y una metodológica particular.

La consideración política esta dada en que resulta mucho más eficaz una política pública que minimice la intervención estatal. De esta manera, la sanción principal para esta escuela debe ser la pena multa. Sanción que provocando un desincentivo eficaz, no interfiere en el normal desarrollo del proceso productivo<sup>158</sup>. Las razones de esto son variadas.

En primer lugar, la imposición de la pena de multa se considera sustancialmente menos costosa que la imposición de cualquier otra pena. “[L]a multa constituye una transferencia pura de renta del sancionado hacia la víctima o hacia el resto de la sociedad [...] al margen de los costes que implica su imposición y recaudación suponen un coste social nulo, permitiendo su utilización, en última instancia, como mecanismo de compensación social por el daño infringido”<sup>159</sup>.

---

<sup>158</sup> BECKER, G. Crime And Punishment: an economic approach. Op. Cit. p. 44

<sup>159</sup> MONTERO, A. y TORRES, J. 1998. La economía del delito y de las penas. Granada, Ed. Comares. p. 95 y p.128; BECKER, G. Crime And Punishment: an economic approach. Op. Cit. p. 27

Por otro lado, sostiene esta concepción, la pena de multa es notablemente más eficiente respecto de las personas jurídicas que respecto de los individuos. Así se supone que diferencia de lo que sucede respecto de las multas a personas naturales “cuyas infracciones pueden estar motivadas por fines irracionales, los delitos que se realizan en las personas jurídicas obedecen a un fin racional, maximizar el beneficio”<sup>160</sup>.

En último término, se sostiene, en lo que respecta a la responsabilidad de las personas jurídicas, en aquellos casos en que el delito se haya cometido en el seno de una organización es más eficiente sancionar directamente a la empresa mediante la multa, pues aquella posee menos costes se oportunidad para establecer procedimientos de transferencia del coste del delito a su causante<sup>161</sup>.

En lo que respecta a su metodología, su aspecto más notable viene dado por la asunción de tres puntos de partida.

El primero, es compartido con la escuela estructural, y dice relación con la idea según la cual la ley debe estipularse de manera

---

<sup>160</sup> *Ibíd.* p 268; POSNER, R. 1980. Optimal Sentences for White Collar Criminals. 17 Am. Crim. L. Rev. 409 (1979-1980) p. 409 y ss. [en línea] <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/amcrimlr17&div=27&id=&page=>>

<sup>161</sup> NIETO MATIN, A. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo. Op. Cit. p. 267

tal que promueva conductas esperadas y desincentive conductas dañinas.

El segundo, que es exclusivo de esta escuela, dice relación con la idea según la cual una persona delinque (o tiene incentivos para delinquir) sólo cuando considera que la utilidad esperada del delito excede a la utilidad que podría obtener empleando su tiempo y recursos en otras actividades alternativas. Algunas personas se convierten en delincuentes no porque sus motivaciones básicas difieran de las de otras personas sino porque sus beneficios y costes difieren.<sup>162</sup> De este modo, el análisis subjetivo del comportamiento criminal se construye sobre la base de la idea de utilidad esperada, mediante la utilización del modelo de la teoría de la elección racional en situaciones de riesgos.

Entonces ¿cómo se evita genuinamente, el delito?. Si la decisión de delinquir depende de dos variables, a saber (i) la de la información a la que tiene acceso el sujeto llamado a cumplir la norma, y (ii) la de la actitud del mismo frente al riesgo que implica la detección el delito<sup>163</sup>, el delito se evita o bien aumentando la entidad

---

<sup>162</sup> MONTERO, A. y TORRES, J. La economía del delito y de las penas. Un análisis crítico. Op. Cit. p. 107 y ss.

<sup>163</sup> Los esquemas explicativos herederos de ésta teoría más sofisticados hacen referencia todavía a otras consideraciones, tales como la variable tiempo dedicado a las actividades legales e ilegales (Ehrlich, Block y Heineke y posteriormente Witte), y otras cualidades subjetivas del sujeto (Sah).

de la pena prevista al delito (sus costes) o bien, aumentando la probabilidad de detección, haciendo de esta manera, menos atractivo el delinquir, comparativamente respecto de actividades menos riesgosas<sup>164</sup>. Siendo la multa mínima a imponer aquella que iguale en su monto los costos sociales del delito además de los costes implicados en aumentar la probabilidad de detección y condena efectiva<sup>165</sup>.

Esta última consideración, según la cual el delito se evita o bien, invirtiendo en prevención o bien aumentando las multas, es el tercer pilar de esta escuela de pensamiento.

---

Acercándose de estas manera a concepciones que podrían encontrarse, al menos metodológicamente, en el límite de la escuela estructural. MONTERO, A. y TORRES, J. La economía del delito y de las penas. Un análisis crítico. Op. Cit. pp. 103-168.

<sup>164</sup> El esquema de Becker respecto a las cuantificación de las ganancias esperadas del delito es el siguiente:  $EU_j = p_j U_j (Y_j - f_j) + (1 - p_j) U_j (Y_j)$   
Donde  $EU_j$  es la utilidad subjetiva esperada para el delincuente tras la comisión del delito;  $p_j$  es la probabilidad subjetiva de ser arrestado;  $f_j$  es e equivalente monetario de la pena;  $Y_j$  son los ingresos o beneficios tanto monetarios como psíquicos derivados del delito;  $U_j$  es su función de utilidad o índice de utilidad individual. MONTERO, A. y TORRES, J. La economía del delito y de las penas. Un análisis crítico. Op. Cit. p. 111.

<sup>165</sup> *Ibíd.* p. 128 y ss.

### 3.1.2. Críticas al modelo

Todos los modelos fundados sobre el trabajo del profesor Becker, comparten un núcleo de sentido común que ha sido muy debatido en derecho comparado. Así, han sufrido fuertes y decisivas críticas, que han minado de manera fundamental su predominio en la explicación de los criterios de selección de sanciones, y que pueden resumirse en cuatro consideraciones paralelas.

La primera, que es una crítica interna a la propia metodología del citado modelo es la denominada trampa de la disuasión (*deterrence trap*). Según esta objeción el empleo de la multa falla en todos aquellos casos en que el sujeto a sancionar sea una corporación que, o bien, es demasiado pequeña para sobrellevar el costo de la sanción, o bien es insolvente por alguna otra razón<sup>166</sup>. Como puede verse esta es una objeción que ataca desde una perspectiva interna el predominio mismo de la multa como sanción privilegiada.

La segunda crítica se opone a uno de los presupuestos del modelo económico, según el cual, las personas no se comportan de un modo racional y transparente a la relación entre incentivos, desincentivos y opciones de conducta. Los agentes son permeables a

---

<sup>166</sup> NIETO MARTIN, A. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo. Op. Cit. pp.269 y ss.

influencias que muchas veces los alejan de las decisiones que un observador externo calificaría como más eficientes<sup>167</sup>.

La tercera crítica al modelo económico, se orienta particularmente a la legitimidad de la multa como sanción y es el fenómeno denominado *overspill*: la multa si bien posee un bajo costo social, genera evidentes externalidades para terceros cuyo perjuicio no se justifica. Muchas veces quien internaliza el costo de la multa aplicada a una persona jurídica, más que sus accionistas, directores y gerentes, es el eslabón más bajo del proceso productivo, a saber, los trabajadores que desempeñan trabajos más humildes, el mercado y el público en general (los consumidores)<sup>168</sup>.

La última crítica, levanta el denominado problema de la nulificación de la sanción o la persecución penal (*nullification*

---

<sup>167</sup> NIETO MARTÍN, A. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo. Op. Cit. p. 269; BERLE, A. y MENS, G. 1948. The modern Corporation and private property. Nueva York, Ed. The Macmillan Company. p. 345 y ss; COFEE Jr., J. No Soul to Damn: No Body to Kick: An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment. Op. Cit. pp. 393 y ss.

<sup>168</sup> SCHUNEMANN, B. 1995. La punibilidad de las personas jurídicas la perspectiva europea. En: V.V. A.A. Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann. Madrid, Boletín Oficial del Estado. pp. 587; NIETO MARTÍN, A. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo. Op. Cit. p. 271.

*problem*)<sup>169</sup>. Sostienen los críticos del modelo neoclásico, que el conocimiento de los jueces sobre los efectos negativos de la sanción económica constituye un fuerte incentivo para no aplicar sanciones en contra de personas jurídicas<sup>170</sup>. De esta manera, en tanto los jueces conciben las sanciones a las personas jurídicas como desproporcionadas, o peligrosas, se muestran reticentes a responsabilizarlas de penalmente<sup>171</sup>.

Todas estas críticas, a decir verdad, pueden reducirse a una crítica política y otra metodológica. Desde la perspectiva política, se trata de negar que una regulación que minimice la intervención estatal sea más eficaz que una que la maximice, y, desde la perspectiva metodológica, se trata de negar que las personas jurídicas actúen exclusivamente sobre la base de consideraciones racionales.

En efecto, tanto el denominado *nullification problem*, *deterrence trap* y el *overspill* son peligros comunes a cualquier sistema sancionatorio. La cuestión crucial, como veremos, es determinar que medidas los provocan menos, y que medidas los

---

<sup>169</sup> COFEE Jr., J. No Soul to Damn: No Body to Kick: An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment. Op. Cit. pp. 405 y ss.

<sup>170</sup> *Ibíd.* p. 406

<sup>171</sup> KENNEDY, C. 1985. Criminal Sentences for Corporations: Alternative Fining Mechanisms. California Law Review. Vol. 73, No. 2 (mar., 1985). p. 456. [en línea] <<http://www.jstor.org/stable/3480315> [visitado el: 0202.02.2012]>.

provocan más, con el fin de establecer respecto de éstas últimas, criterios de procedencia que sean receptivos de estas dificultades.

### **3.1.2.1. El modelo estructural**

El modelo estructural surge como consecuencia de las críticas al modelo neoclásico, aunque se mueve todavía dentro de los márgenes de lo que podríamos denominar el análisis económico del derecho. Comparte en lo fundamental el esquema de análisis, sólo que lo complementa con consideraciones en orden a salir del paso de las críticas señaladas<sup>172</sup>.

Los dos pilares fundamentales de esta escuela de pensamiento están dados por lo tanto en (a) la consideración de la empresa ya no como un agente pura y simplemente racional y (b) la consideración de sanciones diversas a la multa, como mecanismos más idóneos para la prevención de la criminalidad económica.

En este sentido el modelo estructural promueve la generación de mecanismos directos de intervención estatal en los gobiernos corporativos que aseguren genuinamente la eficacia preventiva de las sanciones.

---

<sup>172</sup> Cfr. NIETO MARTÍN, A. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo. Op. Cit. p. 271

En este sentido las dos contribuciones esenciales de esta escuela de pensamiento, son la introducción de la sanción de los *equity fines* y un acentuación del uso de la salida alternativa de la *corporate probation*.

Las *equity fines* especie de multa no monetaria que consiste en la entrega de un cierto paquete accionario a algún agente de mercado, a fin de que se asegure, desde la perspectiva accionaria, un control adecuado de las políticas del directorio y la empresa, con el fin de implementar medidas de control y prevención de delito<sup>173</sup>.

La *corporate probation*, corresponde a una alteración de la clásica institución de la *probation* del derecho norteamericano, que implica la suspensión de la pena impuesta a la persona jurídica, sobre la base del cumplimiento de determinadas condiciones, y que usualmente consisten en cambios reales en la estructura corporativa de la persona jurídica, o intervenciones gubernamentales directas<sup>174</sup>.

Estas sanciones además tendrían la virtud de poseer un potencial preventivo mucho mayor que la sanción de multa, toda vez que ponen en juego algo verdaderamentepreciado para sus

---

<sup>173</sup> COFEE Jr., J. No Soul to Damn: No Body to Kick: An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment. Op. Cit. 413 y ss.

<sup>174</sup> Cfr. Ibíd. 449 y ss.

accionistas y directivos, su nivel de control de la misma<sup>175</sup>, a la vez que implican un potencial infamante que por si mismo, tendría un potencial preventivo mucho mayor<sup>176</sup>.

### **3.1.3. El enfoque en la teoría de los juegos**

El mérito de haber trasladado el esquema ofrecido por de la teoría de los juegos al ámbito de la regulación generalmente se atribuye al profesor John Scholz<sup>177</sup>, quien sobre la base del uso del dilema del prisionero postula motivaciones diversas en sociedad y Estado en el ámbito de la regulación: mientras que la motivación de las sociedades es minimizar los costos que para ellas implica la intervención estatal<sup>178</sup>, el Estado se encuentra orientado a maximizar las instancias de comportamiento conforme a las normas<sup>179</sup>.

Sobre esta base, el Estado refrenará sus políticas de intervención en la compañía si esta coopera manteniendo una

---

<sup>175</sup> NIETO MARTÍN, A. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo. Op. Cit. pp. 283 y ss.

<sup>176</sup> KHANNA, V. Corporate Criminal Liability: What Purpose does it serve?. Op. Cit. pp. 1505 y ss.

<sup>177</sup> SCHOLZ, J. 2008. Voluntary compliance and regulatory enforcement. Revista Law & Policy N° 4. Vol. 9. Jun. 2008. pp. 385 y ss. [en línea] <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1467-9930.1984.tb00334.x/pdf>>

<sup>178</sup> Esto pues, como es obvio, su motivación esencial es el lucro, y bajar los costos es una manera de aumentar su ganancia.

<sup>179</sup> AYRES, I. BRAITHWAITE, J. Responsive Regulation. Op. Cit. pp. 21 y ss.

conducta adecuada. Por el contrario, si el persecutor supone que la compañía intenta aprovecharse de su buena voluntad, se verá obligado a establecer estrategias de regulación más intrusivas, y más costosas para la compañía<sup>180</sup>.

Ante este escenario, tanto la firma como el regulador tienen fuertes incentivos para cooperar, y así obtener la satisfacción de sus intenciones<sup>181</sup>. La legislación, de esta manera, debe ser creativa y abierta en la selección de aquellas herramientas que de modo realista refuercen dicha cooperación.

Para ello debe considerar, por un lado (i) que los motivos económicos no son los únicos que fundamentan la toma de decisiones de los agentes sociales, y los agentes individuales<sup>182</sup>, y que, por otro (ii) hay momentos en los que incluso la estrategia de promover cooperación es, bajo un esquema de teoría de los juegos, ineficiente<sup>183</sup>.

Sobre la base de este esquema es que entra a colación el ideal de justicia restaurativa. Este ideal, se presenta a si mismo como una

---

<sup>180</sup> Esto es lo que el profesor Scholz denomina el '*enforcement dilemma*'. SCHOLZ, J. Voluntary compliance and regulatory enforcement. Op. Cit. 388.

<sup>181</sup> *Ibíd.* p. 392; AYRES, I. y BRAITHWAITE, J. Responsive Regulation. Op. Cit. p. 20

<sup>182</sup> *Ibíd.* pp. 21 y ss.

<sup>183</sup> *Ibíd.* pp. 26 y ss.

superación de la situación de *status quo* a la que llegó el debate entre aquellos que promovían una fuerte intervención estatal para el desarrollo correcto de la economía, y aquellos que abogaban por un modelo que minimice la intervención estatal. La cuestión no es decidir entre regulación y no-regulación, si no la de definir modelos en los que, de manera flexible, se provean las soluciones regulativas adecuadas a cada situación y tipo de agente<sup>184</sup>.

La verdadera diferencia entre este esquema y los modelos anteriores por lo tanto, no está dada en el punto de partida, si no en el enriquecimiento del método empleado y cierto predominio del casuismo<sup>185</sup>. El ideal de justicia restaurativa o dialogada, parte de la base de que la mejor manera de enfrentar los problemas de regulación es encontrar soluciones creativas según cada caso, que fomenten la cooperación entre instituciones públicas y privadas, e identifiquen aquellos casos en que una medida más drástica es necesaria. Una simbiosis entre intervención y el incentivo a la autorregulación, que sea satisfactoria para todos<sup>186</sup>.

En este sentido se postula un modelo de intervención escalonado (*enforcement pyramide*) en la que “una infracción debe

---

<sup>184</sup> *Ibíd.* pp. 133 y ss.

<sup>185</sup> SCHOLZ, J. Voluntary compliance and regulatory enforcement. *Op. Cit.* 385.

<sup>186</sup> *Ibíd.* p. 392; AYRES, I. y BRAITHWAITE, J. Responsive Regulation. *Op. Cit.* p. 2

dar lugar en primer término a métodos de persuasión informales y amonestaciones. El segundo escalón lo conformaría la imposición de sanciones administrativas; el tercero la realización, de acuerdo con una autoridad o un tribunal o bajo su supervisión, de investigaciones internas y la imposición de responsabilidades individuales mediante procesos disciplinarios; el cuarto la imposición de sanciones penales [...] el sexto nivel lo conformarían las sanciones penales más graves tales como las interdictivas o la disolución, que sería la sanción a imponer en aquellos casos en los que la prevención general no funciona debido a la incompetencia de los directivos de la entidad de cumplir con la ley”<sup>187</sup>.

La identificación de cada una de esas necesidades es casuística<sup>188</sup>. Por lo que coexistirán espacios de intensa regulación estatal, autorregulación, y desregulación, incluso dentro de la misma empresa o actividad<sup>189</sup>.

---

<sup>187</sup> NIETO MARTIN, A. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo. Op. Cit. p. 275. AYRES, Ian y BRAITHWAITE, J. Responsive Regulation. Op. Cit. p. 35 y ss.

<sup>188</sup> “We do not see our theory as laying the analytical foundations for the design of optimum enforcement pyramids derived from an abstract theory of regulatory effectiveness. Rather we see our work as providing theoretical foundations for why it is important to think responsively” *Ibíd.* p. 161

<sup>189</sup> *Ibíd.* pp. 54 y ss.

### 3.1.4. Balance

La evolución de los esquemas utilitaristas de decisión racional en torno a la cuestión por la mejor manera de enfrentar la criminalidad de empresa, muestra vehementemente una orientación creciente hacia la flexibilización de modelos.

Esta flexibilización, entendida como paradigma, es esencial para las prácticas regulatorias empresariales, y en especial, para la práctica sancionatoria de las corporaciones. Lo cierto es que la práctica de penar a las personas jurídicas implica riesgos distintos según cual sea la medida empleada y la situación que se quiera evitar. Riesgos que pueden afectar gravemente el desarrollo de la economía, la libre competencia, y el mercado laboral de un país<sup>190</sup>.

En este sentido, ninguno de los problemas que impone la sancionabilidad de las conductas de personas jurídicas, y que la escuela económica tiene por virtud sistematizar, resulta por completo ajeno a todo el catalogo de sanciones que se sugiere a su respecto, ni tampoco resultan por completo decisivos a la hora de proscribir toda sanción a personas jurídicas.

---

<sup>190</sup> *Ibíd.* pp. 54 y ss. FISSE, B. BRAITHWAITE, J. The allocation of responsibility of Corporate Crime: Individualism, Collectivism and accountability. *Op. Cit.* p. 511

En efecto, estos problemas, si bien reales, no parecen ser más graves respecto de la punición de corporaciones, que respecto de las personas naturales. Toda sanción penal conlleva ineludiblemente efectos respecto de personas distintas a los sancionados (*overspill*), y toda sanción manifiestamente desproporcionada implica el riesgo de que los jueces opten por ignorar la infracción (*nullification*).

Lo anterior sin embargo, no debería llevarse al extremo de considerar el debate reseñado como inútil. Lo cierto es que diversas sanciones implican costes distintos, según distintos escenarios, y cualquier política criminal consistente debe maximizar espacios de racionalidad, de modo de evitar los efectos adversos de las decisiones políticas. Una tarea ineludible de la dogmática es la de sentar criterios que coadyuven a la consistencia operativa del sistema legal.

De este modo, la gran conclusión a la que nos ayuda a arribar el debate norteamericano, es que en la medida en que la práctica sancionatoria empresarial implica tantos y variados peligros, la precaución que todo sistema de determinación de la pena empresarial debe realizar, es asegurar un casuismo orientado técnicamente en el que se ponderen los diversos intereses de los agentes económicos y la factible pretensión de reproche que se plantee.

En razón de esto, desde la perspectiva legislativa, lo más razonable sea la determinación de un esquema abierto y flexible de sanciones posibles, mientras que en la perspectiva judicial, la maximización de espacios técnicos de debate, en los que el juez pueda ponderar los distintos escenarios a los que se puede arribar

mediante la interposición de las sanciones. Como veremos, entre nosotros este espacio puede asegurarse mediante un desarrollo adecuado de audiencia de deliberación de condena establecida en el artículo 343 del Código Procesal Penal<sup>191</sup>.

En lo que sigue, prevenidos por estas consideraciones, se realizará un examen de cada una de las medidas previstas por la ley N° 20.393, para luego examinar propiamente los problemas de determinación de la pena a que probablemente dará lugar.

#### **4. Las sanciones de la ley N° 20.393**

La ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas, comparada con el Código Penal, propone un sistema particularmente novedoso en lo que respecta al abanico de sanciones que provee.

En primer lugar, a diferencia de lo que ocurre con el derecho penal de las personas naturales, nuestro derecho penal de las personas jurídicas no reconoce una doble vía sancionatoria. La ley N° 20.393 no establece respecto de las personas jurídicas ninguna consecuencia que se presente como medida de seguridad, y todas las sanciones se autodefinen como penas.

---

<sup>191</sup> CHILE. Ministerio de Justicia. 2000. Ley N° 19.696. Op. Cit.

La razón de esto es que la propia concepción de pena que ella impone, se encuentran profundamente marcada por nociones preventivas, y particularmente, a medio camino entre lo que cabría entender por una pena y una medida de seguridad<sup>192</sup>. En términos del profesor Jakobs, todas las consecuencias previstas por el sistema punitivo en contra de las personas jurídicas implican tanto el restablecimiento normativo de la vigencia de la norma, como una intensificación cognitiva de dicho restablecimiento<sup>193</sup>.

Sin embargo, cabe tener presente que no por eso todas las consecuencias jurídicas que impone la legislación penal a las personas jurídicas pueden concebirse como penas. Como hemos visto, el tratamiento dual (sujeto de derecho y objeto de regulación) que nuestro sistema establece respecto de las personas jurídicas, hace que ciertas consecuencias jurídicas que ciertamente la afectan no pueden concebirse plausiblemente como sanciones en contra de ellas, sino como sanciones en contra de sus dueños o accionistas (cfr. *supra*, apartado I, sección 1.1).

El ejemplo paradigmático de esto está dado por la disolución de la persona jurídica en los casos que, tras la reforma introducida

---

<sup>192</sup> NIETO MARTÍN, A. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo. Op. Cit. p. 300, no obstante JAKOBS, G. Derecho penal parte general. Op. Cit. p. 38.

<sup>193</sup> JAKOBS, G. Derecho Penal. Parte general. Op. Cit. pp. 40 y ss.

por la ley N° 20.393, prevén los artículos 294 bis del Código Penal, y el artículo 28 de la ley N° 19.913<sup>194</sup>. En ellos la disolución de la persona jurídica es una suerte de ‘comiso’, que se irroga como sanción en contra de las personas naturales que han utilizado a la persona jurídica como medio para sus fines ilícitos.

En lo que sigue se examinará el catálogo de penas en contra de las personas jurídicas, sin considerar más que tangencialmente el resto de medidas coactivas que se puede tomar en su contra, y que como hemos visto difícilmente pueden calificarse como penas en contra de ellas.

Para ello consideraremos especialmente la ordenación sistemática que prevé la ley 20.393 y que distingue para estos fines, penas principales y accesorias.

Las penas principales, se encuentran reguladas en los artículos 8 y ss. de la citada ley, y son: (a) disolución de la persona jurídica o cancelación de la personalidad jurídica; (b) prohibición temporal o perpetua de celebrar actos y contratos con los organismos del Estado; (c) pérdida parcial o total de beneficios fiscales o prohibición

---

<sup>194</sup> CHILE. Ministerio de Hacienda. 2009. Ley N° 20.393. Op. Cit.; CHILE. Ministerio de Justicia. 2012. Código Penal; CHILE. Ministerio de Hacienda. 2011. Ley N° 19.913. Crea la unidad de análisis financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos.

absoluta de recepción de los mismos por un período determinado; (d) multa a beneficio fiscal<sup>195</sup>.

Por otra parte, el artículo 13 del mismo cuerpo legal, establece como penas accesorias a las de (a) publicación de un extracto de la sentencia; (b) el comiso y (c) la multa especial del artículo 13 número 3<sup>196</sup>.

La importancia de esta distinción viene dada particularmente por razones de determinación de pena. Todas las penas accesorias son de aplicación necesaria. Mientras que la aplicabilidad de las principales depende del juego de los criterios que se expresarán en la sección 5.2. y 5.3. de este apartado.

#### **4.1. Penas principales**

##### **4.1.1. La disolución de la persona jurídica**

“Artículo 8 L. 20.393.- 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.

---

<sup>195</sup> CHILE. Ministerio de Hacienda. 2009. Ley N° 20.393. Op. Cit.

<sup>196</sup> *Ibíd.*

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.

[...]"

“Artículo 9 L. 20.393.- Disolución de la persona jurídica o cancelación de la personalidad jurídica. La disolución o cancelación producirá la pérdida definitiva de la personalidad jurídica.

[...]”<sup>197</sup>

El artículo 8° de la ley N° 20.393 establece en su primer numeral a la sanción más radical del sistema, y la pena más grave conocida en el derecho comparado: la pena de disolución de la persona jurídica o cancelación de la personalidad jurídica.

---

<sup>197</sup> *Ibíd.*

El artículo 9° del mismo cuerpo legal ahonda en su concepto especificando que “La disolución o cancelación producirá la pérdida definitiva de la personalidad jurídica [...]”<sup>198</sup>.

De este modo, según puede colegirse, bajo la vigencia de la actual ley, la disolución de la persona jurídica consiste en la iniciación de un procedimiento de liquidación de la sociedad, que en definitiva culminará con la desaparición total de la misma de la vida del derecho.

Al contrario de lo que podría parecer, la disolución o cancelación de la persona jurídica, no es una medida novedosa que se haya introducido entre nosotros sólo con la promulgación de la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ya el Tribunal para la Defensa de la Libre Competencia, según lo dispuesto en el artículo 26 del D.L N° 211 de 1973<sup>199</sup>, puede ordenar la modificación o disolución de una persona jurídica, lo mismo que antaño el Presidente de la República según el antiguo artículo 559 del Código Civil, así

---

<sup>198</sup> *Ibíd.*

<sup>199</sup> CHILE. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. 2005. Decreto Ley 211. Fija normas para la defensa de la libre competencia.

como la ley de Bancos y la ley de Cultos, la contemplan, en ciertos casos<sup>200</sup>.

No obstante lo anterior, por razones prácticas, la disolución de una persona jurídica entendida como sanción siempre ha sido excepcionalísima en nuestro sistema jurídico. Y no podría ser de otra manera considerando la regulación de nuestra constitución, que conocidamente otorga un status especialmente privilegiado a las asociaciones, y proscribiera a la confiscación como pena legítima (artículo 19 número de 7 de la Constitución Política de la República<sup>201</sup>).

Pero no solo existen razones jurídicas que justifiquen el uso conservador de esta clase de medidas. Existen numerosas razones prácticas que aconsejan restringir el empleo de la pena de disolución

---

<sup>200</sup> Este artículo, señalaba que las corporaciones podían ser disueltas o bien por la autoridad que legitimó su existencia (i.e. el presidente) "...o por disposición de la ley, a pesar de la voluntad de sus miembros, si llegan a comprometer la seguridad o los intereses del Estado, o no corresponden al objeto de su institución.", y fue el artículo en cuya aplicabilidad se fundó una de las aristas del caso colonia dignidad. Dicha norma fue modificada por la Ley 20.500, que entregó una nueva regulación orgánica a las personas jurídicas sin fines de lucro. CHILE. Ministerio Secretaría General de Gobierno. 2011. Ley N° 20.500. Sobre asociaciones y participación ciudadana en la gestión pública.

<sup>201</sup> CHILE. Ministerio Secretaría General de la presidencia. 2011. Decreto 100. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República.

en cuanto sea posible. Todo lo que esto entrega fuertes argumentos en torno a la necesidad de interpretar de manera restrictiva sus criterios de procedencia.

#### **4.1.1.1. Problemas de justificación**

La denunciada dualidad de tratamiento que nuestro derecho penal entrega a las personas jurídicas (cfr. *supra*, apartado I, sección 1.1.), podría hacer pensar en dos esquemas interpretativos diversos a la hora de analizar la medida de disolución de la persona jurídica en el proceso penal.

En el primero de los esquemas interpretativos, la disolución de la persona jurídica se describe como una sanción penal propia, impetrada contra de la persona jurídica *qua* sujeto, equivalente a la pena de muerte en el sistema de derecho penal de las personas naturales. En este sentido, bajo los fines de la pena respecto de entidades colectivas, la disolución expresaría funciones de prevención general e inocuización (prevención especial negativa), que se justificaría sólo en casos de personas jurídicas con un carácter especialmente criminógeno.

Al igual que ocurre respecto de la pena de muerte, la pena de disolución entendida de esta forma presenta importantes problemas de justificación. Por una parte, resulta particularmente discutible que la eliminación de una persona jurídica sea una alternativa eficiente desde la perspectiva de los costos asociados que genera, y los efectos que provoca. Las múltiples consecuencias en el mercado (desempleo,

desequilibrio de la competencia, *overspill*, etc.) que pueden tener sanciones de esta clase, aconsejan ser cautelosos en su aplicación.

Por otra parte, tal consideración inocuizadora, abre el camino a la pregunta respecto de si, al aplicar esta clase de sanciones la persona jurídica recibe en los hechos un trato reactivo-personal o uno meramente objetual.

Esta consideración abre el paso al segundo de los esquemas interpretativos señalados. En este sentido es que, según el profesor Nieto Martín, se trataría de una pena que en razón de sus efectos poseería el status de una ‘pena accesoria’ (en su nomenclatura, especie calificada de comiso) respecto de delitos cometidos por personas naturales que revistan una particular gravedad. Razón por la cual, en definitiva, debería eliminarse del catalogo de las sanciones a las personas jurídicas<sup>202</sup>.

Por otro lado, bajo la perspectiva de justicia restaurativa la aplicación de esta pena resulta especialmente criticable. Nuestro sistema, salvo ciertas hipótesis de suspensión condicional del procedimiento, no prevé penas verdaderamente interdictivas, por lo que bajo un modelo sancionatorio piramidal, la inocuización definitiva que implica la disolución, parece más bien un despropósito

---

<sup>202</sup> NIETO MARTIN, A. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo. Op. Cit. p. 316

(*vid. supra.* apartado II, sección 3.1.2). Otro tanto puede decirse respecto de su aplicabilidad a la sazón de delitos reiterados. En este caso la pena de disolución podría incluso ser la primera intervención estatal a que se enfrenta la persona jurídica, esto, como veremos, es inaceptable.

#### **4.1.1.2. Requisitos de procedencia**

Desde la perspectiva positiva, la ley 20.393 establece la disolución de la persona jurídica en dos casos distintos. Primero la establece como pena a la persona jurídica, en los casos contemplados por la referida ley en el título segundo. Luego, en sus artículos segundo y tercero, la establece como una especie de comiso respecto de las personas naturales condenadas por el artículo 294 bis del Código Penal, (delito de asociación ilícita), y el artículo tercero 28 de la ley N° 19.913 (asociación ilícita para el lavado de activos)<sup>203</sup>.

---

<sup>203</sup> CHILE. Ministerio de Hacienda. 2009. Ley N° 20.393. Op.Cit.; CHILE. Ministerio de Justicia. 2012. Código Penal. Op. Cit. CHILE. Ministerio de Hacienda. 2011. Ley N° 19.913. Op. Cit.

En lo que respecta al primero de los casos, a saber, a la disolución como pena en contra de las personas jurídicas, su aplicabilidad se sujeta a tres constreñimientos muy importantes.

En primer lugar, corresponde exclusivamente a una pena de crimen, por lo que de conformidad a la ley, es aplicable solo en aquellos casos en que la persona jurídica sea imputada por el delito de lavado de activos, establecido en el artículo 27 de la Ley N° 19.913<sup>204</sup>.

En segundo lugar, su aplicación sólo es posible cuando se cumpla alguna de las siguientes condiciones: a) cuando concurra la circunstancia agravante expresada en el artículo 7 de la ley N° 20.393, que corresponde a la agravante de reincidencia propia específica, o b) cuando se trate de crímenes reiterados, en el sentido artículo 351 del Código Procesal Penal. La fundamentación de la pena en ambos casos es idéntica: la aserción de una cultura empresarial particularmente criminógena que da lugar a la generación reiterada de delitos muy graves<sup>205</sup>.

Desde la perspectiva de la escuela de la justicia restaurativa, la homologación que realiza la ley respecto de ambos escenarios es inaceptable. Y es que hay un importante hiato político criminal entre

---

<sup>204</sup> *Ibíd.*

<sup>205</sup> CHILE. Ministerio de Hacienda. 2009. Ley N° 20.393. Op. Cit.

la decisión de sancionar con la disolución a una persona jurídica que tras la intervención del estado reafirma su peligrosidad (empresa reincidente), y a aquella que plausiblemente por primera vez se enfrenta al mismo. Ambos casos de empresas criminógenas, bajo la perspectiva de la justicia restaurativa, no pueden ser tratados de la misma manera.

Lo cierto es que el caso de la disolución en la reiteración de delitos<sup>206</sup> deja un espacio abierto para esta homologación, por cuanto permite disolver a una persona jurídica que no ha recibido siquiera una sanción administrativa. Por eso de *lege lata* conviene al interprete respetar esta diferencia en todo cuanto sea posible, evitando imponer esta clase de sanción a empresas que no hayan sido condenadas al menos administrativamente, mientras que, de *lege ferenda*, incumbe al legislador perfeccionar las causales que darían lugar a su aplicación, de modo que den cuenta de esta diferencia.

En todo caso, y esto no puede obviarse, la de disolución es siempre una sanción que desde la perspectiva de la determinación de la pena es alternativa (este es el sentido que debe otorgarse a la voz “podrá” que emplea el penúltimo inciso del artículo 9 de la ley). De este modo el juez siempre tendrá la prerrogativa de no aplicarla, según sea el caso, y en vez de eso, ceñirse a lo dispuesto en el

---

<sup>206</sup> Fuera del problema que implica formular casos de reiteración en un delito como el de lavado de activos.

artículo 17 de la Ley N° 20.393 junto con lo dispuesto en el artículo 16 de la misma ley, o respectiva y discutiblemente, junto a lo dispuesto en los artículo 74 del Código Penal y 351 del Código Procesal Penal (vid. *infra*, apartado II, sección 7)<sup>207</sup>.

El tercer constreñimiento a la aplicación de la pena de disolución se encuentra en el artículo 8 de la ley en cuestión, el que sostiene que la citada pena no puede aplicarse “a empresas del Estado o a 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”<sup>208</sup>.

Por *empresas del Estado*, cabe entender a las empresas de propiedad del fisco, hayan sido o no creadas por ley. En efecto si bien en un principio se consideró esta exención sólo a las empresas fiscales creadas por ley<sup>209</sup> (en armonía con el inciso segundo del artículo 1° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración, y los artículos 9 y 10 del mismo cuerpo legal<sup>210</sup>) por una propuesta del ministro señor Viera-Gallo que fue acogida por

---

<sup>207</sup> CHILE. Ministerio de Hacienda. 2009. Ley N° 20.393. op. Cit.

<sup>208</sup> *Ibíd.*

<sup>209</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la ley N° 20.393, Op. cit. p. 121

<sup>210</sup> CHILE. Ministerio del Interior. 2000. Ley N° 18.575. Ley Orgánica Constitucional de bases generales de la administración del Estado.

unanimidad por la comisión de Legislación, Constitución y Justicia, la redacción final comprende expresamente a ambas<sup>211</sup>.

Sin embargo, aun queda pendiente la cuestión de qué cabe entender por empresa del estado para los efectos de este artículo. ¿Se trata de toda empresa en que tenga participación el fisco, o es requisito cierto nivel de control o participación fiscal en la misma?.

La historia de la ley N° 20.393 no aclara este problema. Sin embargo, una lectura sistemática de la regulación, así como la revisión de los argumentos que se tuvieron en mente para ampliar la exención a empresas que no hubiesen sido creadas por leyes<sup>212</sup>, permite sostener que se consideran empresas del estado, para estos efectos tanto: (a) las empresas estatales creadas por ley, (b) las empresas de propiedad exclusiva del estado, y (c) las empresas en las que el estado posee más del 50% de la participación accionaria o posee la mayoría del directorio<sup>213</sup>.

---

<sup>211</sup> *Ibíd.* p. 238.

<sup>212</sup> *Ibíd.* pp. 238 y ss; pp. 267 y ss.

<sup>213</sup> Esta determinación se realiza sobre la base de la ley N° 20.285, que regula el acceso a la información pública, y la clasificación que emplea la Superintendencia de Valores y Seguros en su circular 1.954, a propósito de los deberes de información de las sociedades públicas. Sin embargo, esta solución puede considerarse en tensión con el principio de legalidad, particularmente en lo que respecta a la letra c). CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2008. Ley N° 20.285. Sobre acceso a la información pública.

Por *empresas privadas que presten un servicio público*, cabe entender todas aquellas entidades que no obstante su conformación privada desde un punto de vista funcional cumplan una función pública. De este modo, cuenta como servicio público toda actividad que persiga un fin de interés general, perseguido por el estado, o tradicionalmente referido a él mismo, independientemente de su concreta composición orgánica.

Prestan servicios públicos en este sentido, por tanto, las empresas de transporte, eléctricas, de telecomunicaciones, y las diversas concesionarias de los diversos servicios que sirven de base para el desempeño normal de la vida social y económica de un país.

En cuanto a la disolución de la persona jurídica a que se refieren los artículos segundo y tercero de la ley, esta tiene un núcleo de justificación diverso al del caso del artículo 9, por cuanto es propiamente una pena accesoria (comiso) impuesta a personas naturales. En este sentido, su aplicación tiene algunas particularidades que vale la pena describir.

Por un lado, como consecuencia accesoria, la pena de disolución se aplica solamente cuando se considera a la agrupación

---

CHILE. Superintendencia de valores y seguros. 2010. Circular N° 1.954. Información que las empresas públicas deben remitir en conformidad a la ley 20.285 sobre acceso a la información pública.

puramente desde la perspectiva objetiva, como un instrumento para el desarrollo de los planes delictivos de sus miembros, quienes para alguno de los delitos definidos, forman una asociación ilícita. Esto es coherente con la tesis del tratamiento dual que dispensa el derecho penal a las personas jurídicas<sup>214</sup>.

Por otro lado, la redacción de los artículos segundo y tercero, hacen pensar que, a diferencia de cuando se trata de una pena en contra de una persona jurídica, la disolución como medida accesorias es de aplicación necesaria y no alternativa. Esto es congruente con el carácter instrumental de la sociedad.

#### **4.1.1.3. El procedimiento de disolución de la persona jurídica**

“Artículo 9 L. 20.393.- 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

---

<sup>214</sup> MAÑALICH, J. Organización delictiva. Op. Cit. pp. 283, passim.

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.”<sup>215</sup>

Como hemos tenido oportunidad de señalar, la pena de disolución impone en la persona jurídica el inicio de un procedimiento que culminará con su entera desaparición. Dicho procedimiento se encuentra establecido en el artículo 9 de la ley N° 20.393 y contempla dos modelos alternativos.

---

<sup>215</sup> CHILE. Ministerio de Hacienda. 2009. Ley N° 20.393. Op. Cit.

El primero, está establecido como regla general, y consiste en la designación por medio de la sentencia judicial de uno o más liquidadores, quienes de acuerdo al tipo o naturaleza jurídica de la persona jurídica se encargarán de liquidarla. El segundo, que tiene un carácter excepcional, consiste en el remate al mejor postor de todos los activos de la persona jurídica, para su correspondiente disolución.

#### **4.1.1.3.1. La disolución por medio de liquidadores**

La disolución por medio de liquidadores es concebida en el articulado de la Ley N° 20.393 como el procedimiento estándar para la ejecución de la pena de cancelación de la personalidad jurídica. Es la regla general, y procederá en todos aquellos casos en que no existan razones de interés social, que aconsejen la implementación de esta pena por medio del remate de los activos de la sociedad.

Esta clase de disolución se encuentra regulada en el inciso segundo del artículo 9 de la Ley N° 20.393<sup>216</sup>. En este sentido, si bien la disposición referida no establece un procedimiento detallado de liquidación, sí señala ciertas etapas y principios que deben ser cumplidos.

Así especifica que la sentencia que establezca la pena de disolución debe: (a) designar al o los liquidadores encargados de

---

<sup>216</sup> CHILE. Ministerio de Hacienda. 2009. Ley N° 20.393. Op. Cit.

llevar a cabo el procedimiento; (b) encomendar al o los liquidadores, la realización de todos aquellos actos de liquidación que resulten necesarios para asegurar los objetivos de la pena.

Ambas variables, deben ser definidas por el juez al dictar sentencia, considerando copulativamente: (i) la existencia de disposiciones legales expresas al respecto; (ii) el tipo y naturaleza jurídica de la persona de que se trate; y (iii) los objetivos que de conformidad a la misma ley, deben perseguir los liquidadores.

En este sentido, la consideración de los detalles técnicos de cada situación, y las particularidades jurídicas de la sociedad jugarán un rol sobresaliente. Esto será especialmente el caso, como veremos, en el desarrollo de la audiencia de deliberación de condena establecida en el artículo 343 del Código Procesal Penal<sup>217</sup>, en donde podrán ofrecerse argumentos y pruebas, para la definición de si es necesario más de un liquidador, o de si es útil especificar en la misma sentencia, constreñimientos en la ejecución del encargo de él o los liquidadores.

Como veníamos diciendo, si bien el artículo 9 de la ley N° 20.393 no explicita detalladamente el procedimiento que para estos efectos deben seguir los liquidadores, sí señala una serie de etapas que debe llevar a cabo el liquidador, a todo evento. Estas etapas o

---

<sup>217</sup> CHILE. Ministerio de Justicia. 2000. Ley N° 19.696. Op. Cit.

fases, están establecidas en los tres numerales del citado artículo, el que en lo pertinente, dispone que los liquidadores deberán:

“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.”<sup>218</sup>

En lo que sigue se analizarán separadamente las implicancias legales del procedimiento de liquidación en cada una de estas fases. Ello, no obstante la posibilidad del juez de entregar especificaciones procedimentales más detalladas, en la respectiva sentencia.

#### **4.1.1.3.1.1. Primera etapa: la cesación de la actividad económica de la persona jurídica**

El principal encargo realizado al o los liquidadores de la sociedad es concluir toda la actividad económica de la empresa. Este es un presupuesto de su disolución en sentido jurídico, la que se producirá solamente una vez que haya cesado por completo el giro de la persona jurídica.

La restricción a este mandato de cesación viene dada por la segunda parte del numeral, y dice relación con la realización de operaciones económicas que resulten indispensables para el ‘éxito de la liquidación’.

---

<sup>218</sup> CHILE. Ministerio de Hacienda. 2009. Ley N° 20.393. Op. Cit.

Aquello que debe entenderse por ‘éxito de la liquidación’ no está definido en la ley, pero sin duda, desde una perspectiva sistemática, debe comprender algo más que el mero hecho de que la persona jurídica desaparezca. En efecto, tal como se puede colegir de la historia de la ley, y particularmente de las reglas de determinación judicial de la pena establecidas en el artículo 17 de la Ley N° 20.393<sup>219</sup>, sólo será exitosa una liquidación que disminuya al mínimo los impactos de la disolución en el mercado, y en sus restantes agentes. Esa es por lo demás la razón de la redacción actual del citado artículo, el que según consta en la historia de la ley, fue introducido por indicación del ejecutivo con el propósito definido de “[...] proteger los derechos de los trabajadores, de los pequeños accionistas, de los proveedores.”<sup>220</sup>

En este orden de ideas, la implementación de la disolución debe conciliar el interés estatal en la cesación económica de la empresa con los restantes objetivos definidos en el artículo, procurando en todo caso disminuir al mínimo el efecto de *overspill*, y el perjuicio en terceros como los socios, trabajadores y directores no implicados en el delito.

#### **4.1.1.3.1.2. Segunda etapa: el pago del pasivo social**

---

<sup>219</sup> *Ibíd.*

<sup>220</sup> BILIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la ley N° 20.393. Op. Cit. p. 274

Iniciado el procedimiento de cesación de la actividad económica de la empresa, el o los liquidadores deben pagar los pasivos de la persona jurídica. Esto, independientemente de si ellos se han originado en el desarrollo de su giro, o en razón de la perpetración del o los delitos que se imputan a la persona jurídica.

Para estos efectos, por expresa disposición de la ley, todos los pasivos devengados a la época de la sentencia definitiva se entenderán vencidos y por ende su cobro resultará completamente exigible desde aquella oportunidad. Así se replican en este caso los efectos de lo dispuesto en el artículo 67 del Código de Comercio, que dispone el vencimiento legal de todo el pasivo a propósito de la declaración de quiebra<sup>221</sup>.

En este sentido, al no existir una regulación expresa de cómo avaluar las diversas deudas, particularmente aquellas que consideran montos reajustables y/o sometidos a interés, el empleo supletorio por parte del juez de las reglas existentes a propósito de la quiebra puede ser una alternativa particularmente aconsejable.

En lo que respecta a la prelación de créditos, la ley es explícita en señalar que la regulación aplicable es la pertinente en el libro IV

---

<sup>221</sup> CHILE. Ministerio de Justicia. 2011. Código de Comercio.

del Código Civil, particularmente, en lo que respecta al pago del pasivo que consiste en los salarios de los trabajadores<sup>222</sup>.

#### **4.1.1.3.1.3. Tercera etapa: repartición de activos restantes**

El corolario natural de la cesación total de las actividades de la persona jurídica dice relación con la repartición de los créditos existentes tras el pago completo del pasivo de la sociedad, y los costos generados por la comisión de los delitos, ya sean indemnizaciones, multas o comisos.

El artículo 9 N° 3 especifica que esta repartición debe hacerse respetando las participaciones de cada uno de los socios, y no obstante la posibilidad de los afectados de perseguir el resarcimiento de los perjuicios que les ocasionó la comisión del delito, en contra de los ‘responsables del delito’<sup>223</sup>.

Esta última provisión puede dar lugar a variadas interpretaciones. Particularmente, debido a que puede argumentarse que de conformidad a los artículos 2314 y siguientes del Código

---

<sup>222</sup> CHILE. Ministerio de Justicia. 2013. DFL 1. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil.

<sup>223</sup> CHILE. Ministerio de Hacienda. 2009. Ley N° 20.393. Op. Cit.

Civil<sup>224</sup>, y el hecho de que la persona jurídica es sujeto del derecho penal, la propia corporación puede ser (y a menudo será) aquel responsable del delito al que se refiere el artículo, respecto del cual los socios y accionistas perjudicados pueden impetrar acciones indemnizatorias.

Esta interpretación es problemática. Porque sobre esta base - bajo el entendido de que la persona jurídica es uno de los responsables del delito, en los términos del n° 3 del artículo 9 de la ley N° 20.393- los accionistas y demás afectados ocuparían la posición de acreedores generales de la sociedad, y de conformidad a ello, podrían solicitar a la propia persona jurídica sancionada, la indemnización de los daños provocados a ellos, al mismo tiempo que el resto de los acreedores de la sociedad, y según lo dispuesto por el número 2) del artículo 9 de la Ley N° 20.393<sup>225</sup>.

En este punto deben distinguirse tres clases de perjuicios que el hecho delictivo de la empresa puede provocar. Así deben distinguirse: (a) aquellos perjuicios provocados a los accionistas y dueños por el hecho del delito (b) aquellos provocados a los accionistas y dueños por el proceso penal seguido en contra de la persona jurídica, y (c) aquellos provocados a los accionistas y dueños por la cancelación de la personalidad jurídica.

---

<sup>224</sup> CHILE. Ministerio de Justicia. 2013. DFL 1. Op. Cit.

<sup>225</sup> CHILE. Ministerio de Hacienda. 2009. Ley N° 20.393. Op. Cit.

¿Pueden los accionistas perseguir de la sociedad los perjuicios provocados por *el hecho del delito*?. Esta interpretación, aunque posible, parece contrariar el espíritu de la ley, que establece que la repartición de los remanentes entre los socios debe ser posterior al pago de los pasivos de la sociedad. En efecto, los perjuicios provocados a los accionistas por el delito parecen comprendidos necesariamente en el riesgo que implica su propiedad, y en esta medida por disposición de la ley, este riesgo se materializa en la tercera etapa de disolución y no en la segunda.

Otro tanto puede señalarse respecto de los perjuicios provocados por el proceso penal seguido en contra de la persona jurídica. Independientemente de la realidad de los mismos, ellos resultan en una externalidad negativa común a todos los procesos penales, y en esta medida un daño ‘jurídicamente aceptado’ que por lo tanto debe ser internalizado exclusivamente por quien lo padece. Por otro lado, ¿bajo qué perspectiva causal la sociedad debe ser considerada autor culpable de estos daños en los accionistas?.

A la misma conclusión se llega a partir del análisis de los daños provocados por el hecho de la disolución de la persona jurídica. Ellos, además de ser parte del *overspill* esperado (legítimo) de la sanción, sólo se producen una vez que la sociedad ha cesado efectivamente de existir y por ello se encuentran vinculados causalmente sólo indirectamente a una acción de la persona jurídica, y directamente a la conducta del liquidador y juez.

De allí que la interpretación correcta de la disposición en comento, por lo tanto, debe considerar que los ‘responsables del delito’ de los que habla la ley, sólo pueden ser las personas naturales cuyas acciones contribuyeron por negligencia o dolo, a formar la atribución de un delito de la persona jurídica.

#### **4.1.1.3.2. La disolución mediante el remate de activos.**

El inciso tercero del artículo 9 de la ley N° 20.393 establece que cuando lo aconseje el interés social, el tribunal oral en lo penal podrá liquidar a la sociedad mediante la enajenación de todo o parte de su activo, como unidad económica, en una subasta pública al mejor postor<sup>226</sup>.

Se trata en este caso de escindir los aspectos jurídicos y administrativos de la persona a disolver, de los aspectos relativos a su actividad económica. De esta manera, mediante esta forma de disolución, se preserva al menos parcialmente la gestión de los negocios que desempeña la compañía, pero desligándolos de sus antiguos propietarios<sup>227</sup>.

---

<sup>226</sup> *Ibíd.*

<sup>227</sup> En este sentido es que parece claramente una sanción impuesta en contra de los accionistas, más que contra la persona jurídica. Cfr. *Supra*. Apartado II, sección 4.1.1.

Como parece obvio, esta manera de realizar la disolución de la personalidad jurídica, posee como fundamental ventaja la de producir menores externalidades negativas, teniendo un impacto mucho menos agresivo en el mercado. Sin embargo, su uso puede ser preventivamente irrelevante, particularmente si consideramos que la criminogenidad de una empresa en ocasiones depende menos de los accionistas que de los administradores y trabajadores. Resulta contraintuitivo desligar a los accionistas de la empresa, a la vez que se mantiene funcionalmente la estructura empresarial que dio lugar a su criminalidad.

Por descontado lo anterior, la pregunta central que levanta este modelo de disolución, dice relación con los márgenes de la actividad económica que se hará pervivir a los efectos de este inciso. Por ejemplo parece razonable asumir que la enajenación de sectores de la actividad económica de la empresa, como universalidad, implica mantener vigentes los contratos de trabajo de empleados de bajo rango, así como los relativos a proveedores y determinados socios comerciales. Pero ¿qué ocurrirá con los administrativos de medio rango y los puestos gerenciales? Ni la ley, ni la discusión parlamentaria aclaran este extremo, por lo que debería ser carga del tribunal oral en lo penal establecer en su sentencia los límites del mantenimiento de la actividad económica de la persona jurídica.

Por último, este modo de realizar la disolución puede tener implicancias importantes desde la perspectiva de la libre competencia, particularmente en lo que respecta al ingreso de nuevos agentes al mercado, y la posibilidad de que aquél que se haga de la

propiedad de un determinado local comercial, tenga cierta posición de preeminencia. Todas estas cuestiones, por su complejidad y diversidad de implicancias, deben ser consideradas detalladamente en el debate de determinación de pena.

#### **4.1.2. Prohibición de contratar con organismos del estado**

“Artículo 8 L. 20.393.- Penas. Serán aplicables a las personas jurídicas una o más de las siguientes penas:

[...]

2) Prohibición temporal o perpetua de celebrar actos y contratos con los organismos del Estado.

[...]”

“Artículo 10 L. 20.393.- 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.”<sup>228</sup>

De conformidad a lo dispuesto en el artículo 10 de la ley N° 20.393, esta pena consiste en la pérdida del derecho a contratar con el Estado, cuando dicha contratación implique la participación del condenado como proveedor de bienes y servicios de los organismos estatales.

En este sentido, al contrario de lo que sucede con la medida cautelar de prohibición de celebrar actos y contratos dispuesta en el Código Procesal Civil, la prohibición de celebrar actos y contratos

---

<sup>228</sup> *Ibíd.*

establecida en la Ley N° 20.393 no tiene efectos absolutos y comprensivos de cualquier clase de negocio jurídico.

Así, sólo afecta a la persona jurídica en la medida de que ella asuma obligaciones como proveedor de bienes y servicios a organismos del Estado, y no es comprensiva de otra clase de situaciones contractuales, en las que la persona jurídica no asume dicho rol respecto del Estado.

De allí que por principio de legalidad, esta pena no restringe la posibilidad de una empresa de participar de concesiones respecto de servicios públicos, que no se prestan a órganos del Estado, si no directamente a la ciudadanía<sup>229</sup>, ni tampoco a negocios jurídicos en los que es el Estado o algunos de sus organismos, quien actúa como proveedor de la persona jurídica sancionada.

Desde la perspectiva de su regulación legal, puede servir de sanción tanto respecto de crímenes (en su variedad perpetua, y en su variedad temporal en su grado máximo) como de simples delitos (en los casos restantes). Asimismo, puede clasificarse en perpetua y temporal, siendo la temporal además divisible en sus grados mínimo, medio y máximo. En su grado mínimo la prohibición puede comprender un lapso que va desde los dos a los tres años; en su grado

---

<sup>229</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la ley N° 20.393. Op. Cit. p. 271

medio, el término comprendido principia en los tres años y un día, y culmina en los cuatro años; mientras que en su grado máximo, el espacio de tiempo de su vigencia puede ir desde los cuatro años y un día, hasta los cinco años.

#### **4.1.3. Pérdida y prohibición de recibir beneficios fiscales**

“Artículo 8 L. 20.393.- Penas. Serán aplicables a las personas jurídicas una o más de las siguientes penas:

[...]

3) Pérdida parcial o total de beneficios fiscales o prohibición absoluta de recepción de los mismos por un período determinado.

[...]”

“Artículo 11 L. 20.393.- 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

conkursables 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.”<sup>230</sup>

Esta sanción consiste en pérdida de beneficios fiscales por parte de la persona jurídica, o la prohibición absoluta de percibirlos por un periodo de tiempo. En este sentido, el artículo 11 de la ley N° 20.393 contempla dos modalidades de sanción distintas que responden a lógicas diversas y que vale la pena distinguir.

En primer lugar, contempla la pérdida hacia el futuro<sup>231</sup>, parcial o total, de un beneficio que la persona jurídica tiene derecho a utilizar. Se trata de la pérdida de uno o más beneficio otorgados, y que por esta razón debe ser bien individualizado en la sentencia que la imponga.

Impuesta en esta modalidad, esta pena admite su graduación en tres grados: mínimo, medio y máximo. En su grado mínimo implica la pérdida del veinte al cuarenta por ciento del beneficio fiscal en cuestión; en su grado medio, la pérdida del cuarenta y uno al setenta por ciento del beneficio fiscal, y en su grado máximo, la pérdida del setenta y uno al cien por ciento del beneficio fiscal.

---

<sup>230</sup> CHILE. Ministerio de Hacienda. 2009. Ley N° 20.393. Op. Cit.

<sup>231</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la ley N° 20.393. Op. Cit. p. 278.

Por el contrario la pena de prohibición absoluta de recibir beneficios fiscales se dirige a inhibir la posibilidad de obtener cualquier beneficio fiscal dentro de un determinado periodo de tiempo que va desde dos a cinco años, siempre y cuando calce en las definiciones señaladas en el artículo 11 de la ley N° 20.393. Esta sanción por lo tanto, sin ser divisible desde la perspectiva de su intensidad, si es divisible desde la perspectiva de su duración. Así se aplica respecto de simples delitos en el transcurso de 2 a 3 años, y respecto de crímenes desde 3 años y un día a 5 años.

En esta modalidad, la pena señalada posee todavía una peculiaridad adicional, y es que la redacción del artículo 11 descarta su aplicación directa (i.e. no subsidiaria). De esta manera, la prohibición absoluta de percibir beneficios puede ser impuesta *sólo* en el caso en que no pueda aplicarse la pena de pérdida de beneficios, y solamente en la medida en que la persona jurídica no sea acreedora de tales beneficios.

Dando por descontado lo anterior, la pregunta crítica que se plantea a propósito del artículo 11 de la ley, dice relación con la amplitud del concepto de ‘beneficio fiscal’ al que alude. De la redacción de la Ley N° 20.393, parece ser que por beneficio fiscal cabe entender toda prebenda de valor pecuniario consistente en:

- a. subvenciones sin prestación recíproca de bienes o servicios,  
o

- b. subsidios para financiamiento de actividades específicas o programas especiales y gastos inherentes o asociados a la realización de éstos, sea que estos recursos se asignen, a través de fondos concursables, de leyes permanentes, de subsidios, de subvenciones en áreas especiales, de contraprestaciones establecidas en estatutos especiales y de otras de igual naturaleza.

Como puede verse la reglamentación es bastante amplia, y por eso mismo sufrió críticas en el proceso legislativo, particularmente por el incentivo perverso que podría implicar para las empresas cuando la pérdida de beneficios fiscales afecte su potencial generador de empleos<sup>232</sup>. Esta consideración es particularmente relevante en lo que se refiere a la cláusula general empleada por el artículo al finalizar.

No obstante la amplitud de esta cláusula, bajo el imperio del principio de legalidad, resulta a lo menos discutible si el concepto de beneficio fiscal previsto en la ley N° 20.393, comprende a los distintos incentivos tributarios que prevé la legislación del ramo. Por ejemplo, piénsese en las franquicias tributarias que prevé la ley N° 19.518 y que tras un determinado procedimiento permite a empresas contribuyentes de primera categoría de la Ley de Renta deduzcan de sus impuestos los gastos que efectúan por concepto de capacitación.

---

<sup>232</sup> *Ibíd.* p. 218.

#### 4.1.4. Multa

“Artículo 8 L. 20.393.- Penas. Serán aplicables a las personas jurídicas una o más de las siguientes penas:

[...]

4) Multa a beneficio fiscal

[...]”

“Artículo 12 L. 20.393.- 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.”<sup>233</sup>

#### **4.1.4.1. Virtudes y defectos**

Históricamente, la multa corresponde a la sanción penal más importante a efectos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Las razones que explican este predominio son variadas<sup>234</sup>.

En primer lugar la multa es, de todas las sanciones pecuniarias, la de más común aplicación en derecho penal y administrativo sancionatorio. De hecho es la pena residual a todas las escalas de delito dentro de la regulación vigente del Código Penal, y por lo tanto es una pena con la que todos los operadores judiciales se sienten cómodos<sup>235</sup>.

En segundo lugar, la multa se orienta a afectar directamente aquel atributo de la personalidad que en la vida económica resulta

---

<sup>233</sup> CHILE. Ministerio de Hacienda. 2009. Ley N° 20.393. Op. Cit.

<sup>234</sup> TIEDEMAN, K. 1986. Poder económico y delito. Barcelona, Editorial Ariel, S.A. p. 168 y ss.

<sup>235</sup> JESCHEK, H. 1981. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Barcelona, Ed. Bosch. p. 1076

más relevante para las personas jurídicas, a saber, el patrimonio. Por esta razón, podría argumentarse, cuenta con un efecto preventivo mucho mayor que otras sanciones que socavan otros atributos de la empresa: si hay algo que las empresas quieren evitar a toda costa, es precisamente una disminución en su patrimonio.

En tercer lugar, podría sostenerse, corresponde a una de las penas con menos externalidades negativas. No priva de la capacidad productiva al afectado, su imposición no implica muchos costes adicionales para el estado (aparte de los de recaudación y cobro), y minimiza, por su carácter monetario, los costes de oportunidad de todo el sistema penal<sup>236</sup>. En efecto según el profesor Becker, la multa, al implicar una transferencia de renta pura, genera muy pocos costes sociales, que funjan como externalidades de su imposición<sup>237</sup>.

En cuarto lugar la pena de multa ofrece económicamente una ventaja indiscutible, por cuando desde la perspectiva del Estado, implica una suerte de reparación del daño social causado por el delito<sup>238</sup>. Así el Estado se ve resarcido de los recursos que invirtió en sus políticas de prevención y detección del delito, minimizando los

---

<sup>236</sup> NIETO MARTÍN, A. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo. Op. Cit. p. 279

<sup>237</sup> BECKER, G. Crime And Punishment: an economic approach. En: Essays in economics of Crime and Punishment. Op. Cit. p. 13 y ss.

<sup>238</sup> NIETO MARTÍN, A. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo. Op. Cit. p. 268

costos sociales aparejados, e internalizándolos en aquel agente que mejor puede controlarlos.

Por otro lado, la pena de multa, simplifica el debate respecto de la determinación legal de la pena, por cuanto sólo basta fijar multas lo suficientemente altas como para que no resulte racional delinquir<sup>239</sup>. Y también simplifica el debate judicial de la pena a efectos de la determinación de la proporcionalidad de la sanción, en la medida de que pueda construirse el valor monetario como medida de gravedad del ilícito<sup>240</sup>.

Sin embargo, como hemos visto, la pena multa en cuanto pena también plantea importantes dificultades. A los fenómenos de la *deterrence trap*, el *overspill* y la crítica motivacional, que ya han sido desarrollados, se deben sumar importantes cuestionamientos, tanto desde una perspectiva simbólica como desde una perspectiva práctica<sup>241</sup>.

---

<sup>239</sup> BECKER, G. Crime And Punishment: an economic approach. En: Essays in economics of Crime and Punishment. Op. Cit. p. 9 y ss.

<sup>240</sup> TIEDEMAN, K. Poder económico y delito. Op. Cit. 168

<sup>241</sup> JESCHEK, H. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo II, Op. Cit. p. 1076

Desde un punto de vista simbólico la multa es aquella que es más fácilmente minimizable<sup>242</sup>. En efecto, el contenido ético de la aplicación de una multa - su función de prevención general positiva, restableciendo la confianza en la norma trasgredida - puede llegar a ser bajísimo, al punto de llegar a concebirse, bajo las variables riesgo de fiscalización y monto de la pena, como un mero costo probable, que puede ser absorbido eficientemente por la empresa mediante distintos expedientes (al modo de una tasa).

Se puede considerar que este efecto pernicioso (el de la consideración de la multa simplemente como un costo de un proceso productivo que requiere de infracciones) puede evitarse mediante algunos expedientes, como puede ser su aplicación conjunta con una sanción accesoria particularmente simbólica (v.gr. publicación de la sentencia), o la determinación de multas particularmente elevadas.

Pero por otro lado, multas demasiado altas darán lugar a efectos contrarios a los explícitamente buscados por la pena corporativa, por cuanto pueden llegar a implicar la quiebra de una empresa, o la adopción de políticas en las que se afecta genuinamente a inocentes, como podrían ser despidos masivos (*overspill*)<sup>243</sup>, lo que

---

<sup>242</sup> NIETO MARTÍN, A. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo. Op. Cit. p. 271

<sup>243</sup> KENNEDY, C. Criminal Sentences for Corporations: Alternative Fining Mechanisms. Op. Cit. p. 455

en definitiva provocará incentivos para los jueces y el persecutor penal a no hacer efectiva la sanción penal (*nullification problem*)<sup>244</sup>.

Cierta doctrina, y particularmente la vinculada al análisis económico del derecho, sostiene que estos efectos pueden aminorarse de diversas maneras, como por ejemplo dividiendo su recolección en cuotas<sup>245</sup>. Esta medida, admisible según establece el artículo 12 de la ley N° 20.393<sup>246</sup>, si bien puede tener un efecto positivo desde la perspectiva del *overspill*, disminuye el potencial preventivo general (negativo) de la pena.

#### **4.1.4.2. La determinación del monto**

De todos los problemas de implementación a los que da lugar la multa, el que resulta más complejo es el de la determinación adecuada de su monto<sup>247</sup>: Ella no debe ser tan baja como para perder potencial preventivo, ni tan alta como para poner en riesgo la autonomía de la empresa, o su aplicabilidad por parte del tribunal.

Sobre esta base, en la literatura del análisis económico del derecho se sostiene que el monto de la multa debe estar determinado

---

<sup>244</sup> *Ibíd.* 456;

<sup>245</sup> *Ibíd.* 455

<sup>246</sup> CHILE. Ministerio de Hacienda. 2009. Ley N° 20.393. *Op. Cit.*

<sup>247</sup> GÓMEZ-JARA, C. La responsabilidad penal de las empresas en los Estados Unidos. *Op. Cit.* p.70

particularmente tanto por la gravedad de la conducta desplegada, como por la capacidad del pago del condenado<sup>248</sup>. Es evidente que no tiene el mismo potencial simbólico ni disuasivo una multa de 100 millones de pesos para una empresa transnacional y para una cooperativa de agricultores. Esta es, finalmente una de las razones por las que se adoptó en Alemania el sistema de días-multa: poder considerar en la determinación del monto de la multa tanto la culpabilidad por el hecho, como la capacidad económica del imputado<sup>249</sup>.

En este sentido, la regulación establecida por la ley N° 20.393 para la determinación de la pena de multa contempla una gran margen de discrecionalidad. Discrecionalidad que se encuentra restringida por los criterios de determinación de la pena expresados en el artículo 17, entre los que se expresa la capacidad económica de la persona jurídica<sup>250</sup>.

De esta manera la multa establecida en la Ley N° 20.393, dividida en tres grados, puede ser impuesta en un monto que va desde las 200 UTM, hasta las 10.000 UTM. Así, en su grado mínimo la pena de multa comprende desde doscientas a dos mil unidades

---

<sup>248</sup> BECKER, G. Crime And Punishment: an economic approach. En: Essays in economics of Crime and Punishment. Op. Cit. 1974. p. 24 y ss

<sup>249</sup> JESCHEK, H. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo II, Op. Cit. p. 1077

<sup>250</sup> CHILE. Ministerio de Hacienda. 2009. Ley N° 20.393. Op. Cit.

tributarias mensuales; en su grado medio, desde dos mil una a diez mil unidades tributarias mensuales; y en su grado máximo, atribuible sólo respecto de la pena de crimen (lavado de activos), va desde las diez mil una unidades tributarias mensuales a las veinte mil.

Esta enorme amplitud de posibilidades respecto de los montos de la pena multa, se muestra coherente con el sistema general de multas aplicables en sedes extrapenales<sup>251</sup>, pero parece excesiva habida consideración de lo elevado de los montos implicados. Quizás algún sistema o factor de determinación de la pena que opere sobre la base de algún algoritmo algo más predecible, hubiese sido preferible<sup>252</sup>.

Esta consideración también vale, en lo que respecta a la aplicación de la pena respecto de personas jurídicas con patrimonio más exiguo. Así, la introducción de una cláusula legal que restrinja los montos de la multa allí donde implicaría una verdadera confiscación velada de la persona jurídica<sup>253</sup>, o donde provocaría

---

<sup>251</sup> La proporcionalidad entre las multas penales y las extrapenales fue expresamente considerada en la historia de la ley. V.gr. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.393. Op. Cit. p. 53 y ss.

<sup>252</sup> El ejemplo de las Directrices para imponer sentencias a las organizaciones, es paradigmático a éste respecto. GÓMEZ-JARA, C. La responsabilidad penal de las empresas en los Estados Unidos. Op. Cit. pp. 63 y ss.

<sup>253</sup> “[a] aquel que sólo posee quinientos duros, poco le importa que se le confisquen sus haciendas, o que se le exijan esos quinientos duros en que estas

necesariamente su quiebra o disolución, sería particularmente útil en esta constelación de casos. Esto último, no obstante la obligación que impone el artículo 19 número de 7 de la Constitución Política de la República, vinculante para el juez, y que proscribire la confiscación de bienes como pena<sup>254</sup>.

La última dificultad anotada todavía se extrema si consideramos la siguiente problemática. ¿Qué sucede si la persona jurídica sancionada con una multa es parte de un holding, o de un conglomerado de empresas relacionadas, con un enorme patrimonio? ¿Debe considerarse el patrimonio de la filial, del conglomerado, o del holding completo?

Si como se ha venido sosteniendo, la responsabilidad penal de la persona jurídica siempre es propia por un defecto de organización imputable según las reglas de la ley 20.393 (*vid. supra*, apartado I, sección 3.2), la única solución consistente es considerar que el patrimonio relevante a efectos de determinar la pena de multa es precisamente el de la empresa que resulta imputable por el delito. Esto es lo que distingue un sistema de autoresponsabilidad de uno

---

haciendas consisten”. PACHECO, J. 1888. El Código Penal. Comentado y concordado. Tomo I. 6ª ed. Madrid. p. 415

<sup>254</sup> CHILE. Ministerio Secretaría General de la presidencia. 2011. Decreto 100. Op. Cit.

vicario, y es el único que puede servir para legitimar los núcleos justificatorios de la práctica de punición de la persona jurídica<sup>255</sup>.

## **4.2. Penas accesorias**

### **4.2.1. Publicación de la sentencia**

“Artículo 8 L. 20.393.- Penas. Serán aplicables a las personas jurídicas una o más de las siguientes penas:

[...]

5) Las penas accesorias previstas en el artículo 13

[...].”

“Artículo 13 L. 20.393.- 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.

---

<sup>255</sup> SCHÜNEMANN, B. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. Op. Cit. 554.

La persona jurídica sancionada asumirá los costos de esa publicación [...].”<sup>256</sup>

El artículo 13 de la ley N° 20.393 establece como pena accesoria la publicación de un extracto de la sentencia en un diario de circulación nacional. Esta es una pena infamante, y que se orienta fundamentalmente a fines de prevención general negativa.

En el contexto del derecho penal de las personas naturales, y particularmente en la tradición continental, las penas que se orientan a la pérdida de la reputación del imputado son miradas con recelo. Sin embargo, en el derecho norteamericano, y particularmente a partir de las propuesta de la Comisión Brown (*Borwn Commission*) - comisión que en los 70 se encargó de realizar una serie de propuestas respecto del derecho federal de Estados Unidos de Norteamérica - la posibilidad de establecer penas que consistieran en divulgar la infracción penal atribuible a una empresa, es tenida como una solución legítima<sup>257</sup>.

---

<sup>256</sup> CHILE. Ministerio de Hacienda. 2009. Ley N° 20.393. Op. Cit.

<sup>257</sup> AYRES, I. BRAITHWAITE, J. Responsive Regulation. Op. Cit. pp. 22 y ss. En el mismo sentido: COFEE Jr., J. No Soul to Damn: No Body to Kick: An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment. Op. Cit. p. 424

En efecto, se sostiene, que la difusión del hecho de la infracción, entendida como sanción, posee un elevado efecto preventivo general, por cuanto tiene grandes incidencias comerciales, y económicas<sup>258</sup>. Por otro lado, podría señalarse que al contrario de lo que ocurre con las personas naturales, la difamación de personas jurídicas, constitucionalmente es mucho menos cuestionable que la difamación de personas naturales. Las personas jurídicas no tienen una pretensión de dignidad intrínseca a su conformación que se entienda preservada a rango constitucional<sup>259</sup>.

Por otro lado, la pena difamatoria corporativa tendría el potencial de producir otras externalidades positivas. Por ejemplo, en casos en los que el daño provocado por la sociedad ha sido difuso, la pena cumple el rol de informar al público afectado a fin de que las víctimas puedan ejercer sus derechos para perseguir el resarcimiento de sus perjuicios<sup>260</sup>. Otro tanto puede señalarse, respecto de sus efectos en la administración de la empresa. El conocimiento explícito de las causas que dieron lugar a la generación del delito, es un medio

---

<sup>258</sup> *Ibíd.* p. 23

<sup>259</sup> “Así, a diferencia de lo que es el caso tratándose del reproche dirigido a una persona natural, el derecho no se contradice a sí mismo si dirige un reproche a una persona jurídica cuya estructura declarativa sea: “esta persona no debe ser”[...]” MAÑALICH, J. Organización delictiva. Op. Cit. pp. 23 y ss.

<sup>260</sup> NIETO MARTÍN, A. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo. Op. Cit. p. 307

útil para generar un proceso de sinergia regulativa, orientada a promover una cultura de prevención de nuevos delitos<sup>261</sup>.

Sin embargo, dentro de las sanciones difamatorias, la publicación de la sentencia es una clase particular que, compartiendo muchas de las virtudes de las sanciones infamantes, se encuentra sujeta a importantes críticas de implementación<sup>262</sup>.

En primer lugar, su potencial infamante se encuentra restringido gravemente por las barreras de lenguaje legal. Un ciudadano lego tendrá problemas para aprehender el sentido de la misma, y muy posiblemente simplemente la pase por alto. Una sanción infamante verdaderamente efectiva tendría que adoptar formas publicitarias, o de reportaje, en un lenguaje atractivo y que, al final de cuentas, no es compatible con la labor del Estado (*'the government is a relatively poor propagandist'*)<sup>263</sup>.

En segundo lugar, en razón de lo atiborrados de críticas empresariales de los canales de comunicación, la publicidad adversa del gobierno corre el riesgo de perderse dentro de la maraña

---

<sup>261</sup> FISSE, B. BRAITHWAITE, J. The allocation of responsibility of Corporate Crime: Individualism, Collectivism and accountability. Op. Cit. p. 510

<sup>262</sup> COFEE Jr., J. No Soul to Damn: No Body to Kick: An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment. Op. Cit. pp. 426 y ss.

<sup>263</sup> NIETO MARTÍN, A. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo. Op. Cit. p. 308

informativa. Además de que, en tercer lugar, las corporaciones pueden diluir los efectos negativos de la sanción fácilmente, mediante la utilización de publicidad favorable.

No obstante lo señalado, existen todavía buenas razones para prever esta clase de sanción respecto de las personas jurídicas<sup>264</sup>. Particularmente sobre la base de las externalidades positivas que podrían tener respecto de víctimas difusas, y el control estatal de la criminalidad de empresa. Lo cierto es que un modelo comprensivo de una regulación escalonada puede emplear de manera eficiente la publicidad adversa como herramienta de control interno y externo, potenciando el factor simbólico de una condena por responsabilidad penal de la persona jurídica<sup>265</sup>.

#### 4.2.2. Comiso

“Artículo 8.- Penas. Serán aplicables a las personas jurídicas una o más de las siguientes penas:

[...]

---

<sup>264</sup> AYRES, I. BRAITHWAITE, J. Responsive Regulation. Op. Cit. pp. 30 y ss; pp 45 y ss. COFEE Jr., J. No Soul to Damn: No Body to Kick: An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment. Op. Cit. pp. 424 y ss.

<sup>265</sup> AYRES, I. BRAITHWAITE, J. Responsive Regulation. Op. Cit. pp. 30 y ss; pp 22, 45, 54 y ss. passim.

5) Las penas accesorias previstas en el artículo 13.”

Artículo 13.- Penas accesorias. Se aplicarán, accesoriamente a las penas señaladas en los artículos anteriores, las siguientes:

[...]

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.”<sup>266</sup>

El comiso es una de las sanciones que más dificultades ofrece a la ciencia penal. En efecto, a los problemas de su caracterización dogmática comparada (¿se trata de una pena, medida de seguridad, consecuencia accesoria?), se suman numerosos problemas referidos a

---

<sup>266</sup> CHILE. Ministerio de Hacienda. 2009. Ley N° 20.393. Op. Cit.

los límites a los que se sujeta, los fines que persigue, y los bienes que comprende<sup>267</sup>.

Independientemente de estas dificultades, nuestra doctrina y jurisprudencia mayoritaria concibe al comiso como una pena accesoria y copulativa, que se impone al condenado por un delito, y que consiste en la privación de los bienes que constituyeron instrumentos o efectos del mismo<sup>268</sup>.

A este respecto, la discusión que deviene en esencial, para efectos de la regulación del comiso en el Código Penal, es aquella que distingue sobre qué es aquello que debe entenderse, para

---

<sup>267</sup> C.fr. MIR PUIG, S. 1998. Derecho Penal. Parte General. Barcelona, Editorial Reppertor. pp. 790 y ss. LUZON PEÑA, D. 2004. Las consecuencias accesorias como tercera vía de las sanciones penales, en: OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO; SIERRA; CORTÉS BECHIARELLI (coordinadores). Estudios penales en recuerdo del profesor Vives Antón. España, Tirant lo Blanch. pp. 544 y ss. GRACIA MARTÍN, L. 2006. Tratado de las consecuencias jurídicas del delito. España, Tirant lo Blanch. pp. 560 y ss.

<sup>268</sup> C.fr. GARRIDO MONTT, M. 1997. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Santiago, Ed. Jurídica de Chile. pp. 300 y ss. ETCHEBERRY, A. 1997. Derecho Penal Tomo II. 3ra ed. Santiago, Ed. jurídica de Chile. pp. 141 y ss. LABATUT GLENA, G. 1978. Derecho Penal. Tomo I. 8va ed. Santiago, Ed. Jurídica de Chile. p. 293.

propósitos del comiso, como efectos del delito y qué es aquello que debe entenderse por instrumentos del mismo<sup>269</sup>.

La concepción dominante a este respecto, parece ser aquella que sostiene que por instrumento del delito cabe entender todos aquellos objetos necesarios para la ejecución del delito, mientras que por efectos, es menester considerar todos aquellos bienes que se obtienen como consecuencia directa de la realización del hecho punible.

De esta manera, se encontraría excluida la posibilidad de casos comiso, tales como el denominado ‘comiso de ganancias’, que comprende además, los efectos e instrumentos del delito “... las ‘utilidades’ a que den lugar los efectos del mismo y ‘las transformaciones que hubieren experimentado’”<sup>270</sup>, y del comiso ‘sustitutivo’ o ‘de valor’, que permite al juez privar de la propiedad al imputado de un bien que si bien no fue efecto o instrumento del

---

<sup>269</sup> Por todos: COUSIÑO MACIVER, L. 1975. Derecho Penal Chileno. Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. pp. 295 y ss. HERNANDEZ BASUALTO, H. 2011. Comentario al artículo 31 del Código Penal. En: COUSO SALAS, Jaime; HERNÁNDEZ BASUALTO, H. (directores). Código Penal Comentado. Santiago, Ed. Abeledo Perrot. pp. 482 y ss. POLITOFF, S. y MATUS, J. 2002. Comentarios a los artículos 18 a 49 del Código Penal. En: POLITOFF, Sergio y ORTIZ, Luis. (dir.) Texto y comentario del Código Penal chileno. Santiago, Ed. Jurídica de Chile. pp. 285 y ss.

<sup>270</sup> HERNANDEZ BASUALTO, H. Comentario al artículo 31 del Código Penal. Op. Cit. p. 484.

delito, ocupó su lugar en algún sentido relevante (v.gr. el vehículo intercambiado por la joya hurtada).

El comiso dispuesto en el número 2° del artículo 13 de la ley N° 20.393, sin embargo, posee una redacción diversa a la del artículo 31 del Código Penal<sup>271</sup>. En este sentido además de la previsión de los efectos e instrumentos del delito, se prevé la posibilidad de decomisar “el producto y los demás bienes, objetos y documentos del mismo”.

Por lo tanto, el desafío interpretativo a este respecto viene dado por la cuestión de si, el comiso establecido en la regulación debe considerarse con la misma amplitud que el establecido según la doctrina mayoritaria en el artículo 31 del Código Penal, o tiene una amplitud mayor. Por ejemplo, como la que posee el artículo 45 de la ley 20.000.

Desde la perspectiva lingüística, es decir, sobre la base del sentido posible de las expresiones que establece el artículo 13 de la ley N° 20.393, el problema parece irresoluble. En efecto, bajo la exclusiva lectura de los parámetros establecidos en el número 2 del artículo 13 de la citada ley, parece ser que las especies que resultan decomisables son exactamente las mismas que resultarían decomisables según lo dispuesto en el artículo 31 del Código Penal:

---

<sup>271</sup> CHILE. Ministerio de Hacienda. 2009. Ley N° 20.393. Op. Cit. ; CHILE. Ministerio de Justicia. 2012. Código Penal.

la referencia a los ‘productos’ del delito y la cláusula genérica “demás bienes” no añade nada a la discusión sobre la amplitud de los términos “efectos” e ‘instrumentos’. Al contrario, ‘producto’ bajo la perspectiva del lenguaje cotidiano, parece tener una amplitud que incluso es más estrecha que la del vocablo ‘efecto’, mientras que bajo una comprensión técnica penal (*producta sceleris*), posee una amplitud análoga al mismo<sup>272</sup>.

Las consideraciones anteriores, no implican que bajo una perspectiva lingüística deba considerarse, por ejemplo, que la ley N°20.393 no incluye el comiso de ganancias o valores. Lo único que quiere decir es que, así las cosas, el debate a éste respecto está tan abierto como lo está en el caso del comiso establecido en el artículo 31 del Código Penal<sup>273</sup>.

Sin embargo, el panorama cambia radicalmente si consideramos la historia fidedigna del establecimiento de la pena de comiso en ley N° 20.393.

---

<sup>272</sup> C.fr. PUIG PEÑA, F. 1952. Comiso, en: Nueva Enciclopedia Jurídica (Director Carlos E. Mascareñas). Tomo IV. Barcelona, Ed. Francisco Seix. p. 456; y CURY, E. 2005. Derecho Penal. Parte General. 8ª ed. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile. p. 751.

<sup>273</sup> Esta discusión excede con creces el tema de esta monografía, pero se encuentra tratada recientemente en la siguiente memoria de prueba: c.fr. ANANIAS ZAROR, E. 2012. El comiso de ganancias en el Código Penal chileno. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile. pp. 108 y ss.

El comiso, en el proyecto de ley presentado por el ejecutivo se encontraba previsto, como pena accesoria, bajo la siguiente redacción:

“El comiso de las ganancias obtenidas por la persona jurídica como resultado del delito y demás efectos, objetos, documentos e instrumentos del mismo, según lo dispone el Código Penal” (énfasis agregado).<sup>274</sup>

Como puede verse, bajo la perspectiva del debate sobre el comiso en el contexto del Código Penal, la redacción formulada daba lugar a variados conflictos interpretativos. Esto porque, por una parte disponía una definición amplia del comiso (incluyendo expresamente el comiso de ganancias), a la vez que incluía una remisión a lo dispuesto en el Código Penal.

De esta forma, la disposición podía interpretarse como una adición al espectro de bienes decomisables según el Código Penal (ratificando una concepción restringida de los bienes decomisables según el Código Penal), o como una clarificación meramente explicativa, ratificando una concepción de comiso que incluya expresamente las ganancias. Todo esto, según si se interpretare la

---

<sup>274</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.393, Op. cit. p. 16

remisión al Código Penal como comprensiva de toda la oración (i.e. tanto de las ‘ganancias’ como de los ‘efectos’ e ‘instrumentos’), o solamente de su última parte (i.e. sólo de los ‘efectos’ e ‘instrumentos’).

Por otro lado, bajo la perspectiva de la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la señalada redacción tenía como innegable virtud la de clarificar el hecho de que el comiso de la ley N° 20.393 comprendía sin discusión las ganancias derivadas del ilícito. Esto implicaba una ventaja práctica innegable.

Sin embargo, la redacción del proyecto original fue modificada dramáticamente durante el primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados, a propósito de una indicación realizada por los diputados Soto, Araya, Burgos, Ceroni, Harboe y Schilling, dentro del trabajo de la ‘Comisión de Constitución, Legislación y Justicia’. Quedando en aquella sede legislativa, de la siguiente manera:

“Comiso. El comiso de los *ingresos* obtenidos producto del delito y demás bienes, efectos, objetos, documentos e instrumentos del mismo, según lo dispone el Código Penal. 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”<sup>275</sup> (énfasis agregado).

Esta redacción, que fue aquella recomendada por la Comisión, implicó dos novedades. En primer lugar el reemplazo de la expresión ‘ganancias’ por la de ‘ingresos’. En segundo lugar, la introducción de un inciso segundo, en el que se prevé la posibilidad de decomisar no sólo aquellos bienes obtenidos a propósito del delito y que son detentados por la persona jurídica imputada, sino también aquellos que están fuera de su esfera de custodia, en razón de su ‘inversión’, para la generación de futuras ganancias (‘comiso de inversión’)<sup>276</sup>.

Esta redacción, aumentaba las perplejidades que desde la perspectiva del Código Penal levantaba la redacción original, y modificaba el criterio de selección de aquello que podía considerarse decomisible. Esto por cuanto los conceptos de ingreso e inversión, poseen una connotación mucho más monetarizada.

Sin embargo tampoco sería ésta la redacción final que adoptaría el comiso en la ley N° 20.393. La redacción definitiva del artículo 13 eliminó la referencia al Código Penal, y reemplazó el vocablo ‘ingreso’ por el vocablo ‘producto’ tal como hemos visto, y

---

<sup>275</sup> *Ibíd.* pp. 78-79

<sup>276</sup> *Ibíd.* p. 79

desplazó la regulación del ‘comiso de inversión’ a un numeral distinto.

La eliminación de la referencia al Código Penal, se realizó en el segundo trámite constitucional, realizado ante el Senado, tras una indicación del ejecutivo realizada en el seno de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, mediante la cual se proponía reformar la redacción planteada por la Cámara de Diputados por la siguiente:

“Comiso. El comiso de los ingresos obtenidos producto del delito y demás bienes, efectos, objetos, documentos e instrumentos del mismo, en los términos previstos por *el artículo 21 del Código Penal*. 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”<sup>277</sup> (énfasis agregado).

---

<sup>277</sup> *Ibíd.* p. 281

Extrañamente, porque la modificación es menor, y se fundaba en un error de referencia (tendría que haber señalado el artículo 31 del Código Penal), la comisión aprobó la indicación por unanimidad, señalando eso si, que le realizaría una “enmienda de forma”, con el objeto de “precisar mejor el contenido” de la disposición.

Esta “enmienda de forma” consistió en eliminar la referencia al Código Penal (lo que elimina las perplejidades sistemáticas que desde su perspectiva podrían plantearse) y reemplazar el vocablo ‘ingreso’, por el de ‘producto’.

De este modo, una interpretación doctrinal consistente con la intención del legislador (independientemente de sus traspiés) debe considerar que el comiso establecido en los numerales segundo y tercero del artículo 13 de la ley N° 20.393, incluye sin discusión el comiso de las ganancias provocadas hacia el futuro por el delito<sup>278</sup>, el comiso de los efectos e instrumentos del delito, y el comiso de aquellos bienes que no constituyeron ganancias por el hecho de haber sido invertidos en la generación de ulteriores beneficios.

Sin embargo, la cuestión de si debe considerarse comprendido el comiso de ‘substitutivo’ o de ‘valor’ no puede resolverse de la historia de la ley. Técnicamente resulta en una cuestión abierta, que

---

<sup>278</sup> *Ibíd.* p. 278

dependerá, por general, de la interpretación que se otorgue al vocablo producto.

### **4.3. Otras sanciones de derecho comparado**

La comparación del modelo chileno con los modelos de derecho comparado muestra una tendencia a la omisión de sanciones en contra de las personas jurídicas que exhiban rasgos de los modelos estructurales. En este sentido, existe poco espacio dentro del catálogo de penas la ley N° 20.393 para sanciones interdictivas, es decir, que propendan a una intervención estatal que no sea meramente represiva, y para sanciones que tiendan a la reparación del daño causado por el delito empresarial.

Esta consideración, podría hacer pensar, bajo los criterios de la teoría piramidal, o el enfoque en la teoría de los juegos que la regulación nacional es particularmente deficiente. Sin embargo dicha intuición, debe moderarse sobre la base de la regulación propuesta en la ley por la suspensión condicional del procedimiento.

En efecto, el instituto de la suspensión condicional del procedimiento realizada en el artículo 25 de la Ley N° 20.393<sup>279</sup> puede cumplir una importante labor en este sentido, ampliando el rango de respuestas jurídicas a aquellos casos de sancionabilidad

---

<sup>279</sup> CHILE. Ministerio de Hacienda. 2009. Ley N° 20.393. Op. Cit.

penal de la persona jurídica menos grave (en que no exista ni reincidencia ni una suspensión condicional pendiente), justamente de modo coherente con las tesis del denominado modelo piramidal de regulación (*enfocement pyramide*)<sup>280</sup>.

En este sentido la utilización que en definitiva hagan los fiscales y jueces de garantía respecto de las condiciones establecidas en los numerales segundo, tercero, cuarto y quinto del artículo 25 de la Ley N° 20.393, resultará crítica a este respecto. Así, podría imponerse como condición de la suspensión la determinación de un oficial u organismo encargado del control de riesgos de delitos en la empresa (*ethics officer*<sup>281</sup>, o encargado de la prevención de delitos en los términos del artículo 4 de la ley<sup>282</sup>), la implementación de algún mecanismo de supervisión judicial o estatal del cumplimiento de determinados estándares de prevención del delito en la empresa, la implementación de determinados medios de reparación del daño causado por el injusto, o inclusive, el desarrollo de algún trabajo o servicio a favor de la comunidad.

---

<sup>280</sup> NIETO MARTIN, A. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo. Op. Cit. p. 275. AYRES, I. y BRAITHWAITE, J. Responsive Regulation. Op. Cit. p. 35 y ss.

<sup>281</sup> NIETO MARTIN, A. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo. Op. Cit. p. 259

<sup>282</sup> CHILE. Ministerio de Hacienda. 2009. Ley N° 20.393. Op. Cit.

Una de las pocas penas conocidas en derecho comparado cuya inserción dentro del margen de la suspensión condicional del procedimiento podría resultar extremadamente improbable (particularmente porque su ejecución exitosa requiere un sustento institucional que en Chile no existe) es la denominada pena de *equity fines*. Esta pena, como se ha señalado, corresponde a una particular clase de sanción interdictiva, que posibilita al estado a comprometerse de modo activo en la administración de la sociedad y la gestión de sus negocios<sup>283</sup>.

Por ello, el esquema sancionatorio de la Ley N° 20.393 sólo queda completo con la consideración de las reglas de suspensión condicional de procedimiento. Estas reglas, que podrían servir de equivalente funcional a la *corporate probation* del sistema norteamericano<sup>284</sup>, resultarán claves para el combate óptimo en contra de la criminalidad de empresa.

## **5. El procedimiento de determinación de la pena**

El sistema de reglas que establece las maneras en que deben determinarse las penas en nuestro sistema penal se encuentra construido sobre la base de un complejo procedimiento de aplicación

---

<sup>283</sup> COFEE Jr., J. No Soul to Damn: No Body to Kick: An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment. Op. Cit. pp. 416 y ss.

<sup>284</sup> Cfr. Ibíd. pp. 449 y ss.

progresiva y escalonada de normas: se identifica un marco penal *a priori*, establecido en abstracto en un tipo penal, y se va modificando progresivamente mediante la alusión a diversos criterios, hasta arribar a la pena concreta que en definitiva cabe aplicar.

Este sistema es producto de una evolución histórica bien particular, y se inspira en la idea de que todo el proceso de determinación de la pena se encuentra funcionalmente dividido en varias competencias relacionadas<sup>285</sup>.

De esta manera el sistema chileno, sobre la base de su herencia española, se encontraría a medio camino entre los modelos de pena legalmente determinados, y aquellos modelos más discrecionales, en los que el juez tiene un amplio margen decisorio respecto de cual sea la sanción aplicable al caso<sup>286</sup>. En este caso cabría calificar al sistema chileno de determinación de la pena como uno de determinación legal relativa, caracterizado por la idea de “combinar las exigencias del legalismo [...] con las propias del principio de igualdad”<sup>287</sup>.

---

<sup>285</sup> GARRIDO MONTT, M. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Op. Cit. p. 306

<sup>286</sup> *Ibíd.* p. 306; VAN WEEZEL, A. Compensación racional de atenuantes y agravantes en la medición judicial de la pena. Op. Cit. 1997 p. 459.

<sup>287</sup> MUÑOZ CONDE, F. Derecho Penal. Parte General. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2007. p. 523

En doctrina, sobre la base de la distribución de competencias aludidas, se suele distinguir entre la determinación legal de la pena y la determinación judicial de la pena<sup>288</sup>.

En este esquema, la determinación legal de la pena sería resorte del legislador, que señalaría en abstracto un marco penal “que sea el mismo para todos los casos que se subsuman en el precepto penal”<sup>289</sup>. La determinación judicial de la pena estaría manifestada en la labor del juez, “a quien sobre la base de distintos criterios le correspondería escoger entre las distintas alternativas establecidas por la ley, la pena aplicable y su magnitud”<sup>290</sup>, mientras que la determinación administrativa de la pena correspondería a la no despreciable potestad que se otorga a distintas autoridades en el ámbito del cumplimiento de la pena, para modificar la pena que en concreto se ha de aplicar al condenado<sup>291</sup>.

Pues bien, no obstante el acuerdo que existe respecto del empleo de esta distinción (al menos en lo que respecta a la diferencia

---

<sup>288</sup> ZIFFER, P. Lineamientos de la determinación de la pena. Op. Cit. p. 24; BUSTOS, Juan y HORMAZABAL, H. Lecciones de Derecho Penal. Volumen I. Op. Cit. p.193; VAN WEEZEL, A. Compensación racional de atenuantes y agravantes en la medición judicial de la pena. Op. Cit. p. 462.

<sup>289</sup> JESCHEK, H. Tratado de Derecho Penal, Parte General. Volumen Segundo. Op. Cit. p. 1189

<sup>290</sup> GARRIDO MONTT, M. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Op. Cit. p. 306

<sup>291</sup> MUÑOZ CONDE, F. Derecho Penal. Parte General. Op. Cit. p. 526

entre determinación judicial y legal de la pena), no existe verdadero acuerdo sobre los criterios que permiten distinguir entre uno y otro orden<sup>292</sup>.

El primer criterio mediante el cual podría intentarse esbozar la distinción referida, consiste en enfatizar la referencia a la fuente de la decisión que define la pena<sup>293</sup>. Si la fuente de la decisión es propiamente legislativa, será materia de determinación legal de pena, si la fuente es el propio juez, corresponderá a la parcela de la determinación judicial de la pena.

El segundo criterio que puede emplearse es uno heurístico, y dice relación con la manera en que cada una de las normas opera. Así serían reglas de determinación legal de la pena, aquellas que - dentro de nuestro contexto positivo - fijan o alteran el marco penal abstracto determinado en la ley, y serían reglas de determinación judicial de la pena, aquellas que guían al juez en el procedimiento de individualizar la aplicación de una determinada pena dentro de un marco penal<sup>294</sup>.

---

<sup>292</sup> COUSO, J. Comentario al artículo 50 del Código penal. En: COUSO SALAS, J y HERNÁNDEZ BASUALTO, H. (directores). Código Penal Comentado. Op. Cit. pp. 533 y ss.

<sup>293</sup> *Ibíd.*

<sup>294</sup> COUSO, J. Comentario previo a los Arts. 50 a 69 y 76 a 78. El sistema de determinación de penas en el derecho chileno. En: COUSO SALAS, Jaime; HERNÁNDEZ BASUALTO, H.(directores). Código Penal Comentado. Op. Cit. pp. 514 y ss.

De este modo, serían reglas de determinación legal de la pena, algunas de las reglas referidas a la valoración de circunstancias agravantes y atenuantes, o las reglas de determinación de la pena establecidas para los delitos reiterados, tenga o no el juez discrecionalidad para aplicarlas.

El tercer criterio que puede emplearse, corresponde a una revisión del primer criterio aludido, y se concentra en la idea general de 'competencia'. Si bien todas las reglas de determinación de la pena tienen como fuente una decisión legislativa, y su aplicación siempre recae en la persona del juez, algunas implican el otorgamiento de una competencia de definición para el juez, y otras no. Así serán reglas de determinación legal aquellas que de proceder su aplicación implican un resultado motivado por una decisión legislativa concluyente (que el juez debe imponer), y serán reglas de determinación judicial de la pena, aquellas cuya aplicabilidad no implica para el juez una decisión definida de antemano, si no que le entrega una potestad para decidir dentro de los márgenes de una competencia reglada que se le ha otorgado (aquellas que entregan al juez un rango abierto pero acotado de posibilidades).

Para entender bien el enfoque de este criterio, puede ser relevante emplear el modelo del silogismo práctico, desde la perspectiva de la teoría más clásica respecto de la aplicación de reglas. No debe confundirse la cuestión sobre la aplicabilidad al caso concreto de una determinada regla (imputación primaria, que se encuentra sometida a las vicisitudes de la textura abierta del derecho), con la cuestión de si tras la aplicación de la regla, ella misma impone

directamente una sanción (regla primaria), o más bien una potestad (regla secundaria).

Bajo esta conceptualización, reglas de determinación judicial de la pena son aquellas cuya aplicación determina en el juez una potestad discrecional<sup>295</sup> para definir una determinada solución dentro ciertos límites (impone al juez una posibilidad), mientras que serán reglas de determinación legal de la pena, aquellas que definan concluyentemente el resultado de la aplicación de la norma (impone un resultado unívoco).

Ante la oferta de criterios de distinción la doctrina se ha mostrado dubitativa. Todo lo cual, en el marco de las personas naturales, no es demasiado conflictivo para la práctica. Sin embargo, esta distinción, en el marco la ley N° 20.393, constituye un criterio expresamente empleado por el legislador para formular el sistema.

Por ello a efectos de realizar una sistematización dogmáticamente consistente de las reglas de la ley, en este lugar se parte del entendido que la diferenciación expresada por ella se deja explicitar de mejor manera mediante el último de los criterios

---

<sup>295</sup> VAN WEEZEL, A. Compensación racional de atenuantes y agravantes en la medición judicial de la pena. Op. Cit. pp. 463 y ss.; JESCHEK, H. 1981. Tratado de Derecho Penal, Parte General. Volumen Segundo. Barcelona, Ed. Bosch. pp. 1191 y ss.

reseñados. La importancia de esta diferenciación, bajo este último criterio no puede minimizarse, y es que en el caso de la determinación legal de la pena, el discurso que debe sobrellevar el juez en su sentencia debe orientarse a justificar la aplicabilidad de una u otra determinada norma legal, mientras que en los casos de determinación judicial de la pena, la argumentación deberá ser más intensa y deberá orientarse a justificar mediante principios y normas, una determinada decisión discrecional.

Por otro lado, según se sostendrá, en base a este criterio, la infracción a las reglas de determinación legal de la pena invariablemente hace anulable la sentencia que las vulnera, sobre la base de la causal de errónea aplicación del derecho, establecida en el artículo 373 del Código Procesal Penal<sup>296</sup>. No puede sostenerse lo mismo, por regla general, respecto de las normas de determinación judicial de la misma en tanto el juez actúe dentro del marco de la potestad que le ha sido conferida<sup>297</sup>.

En lo que sigue, además de la señalada, aludiremos a otra distinción, paralela respecto de la anterior, a saber, aquella que discrimina entre determinación *cualitativa* y *cuantitativa* de la pena.

---

<sup>296</sup> CHILE. Ministerio de Justicia. Ley N° 19.696. Op. Cit.

<sup>297</sup> VAN WEEZEL, A. 2001. Determinación de la Pena Exacta: El Artículo 69 del Código Penal. Ius et Praxis. vol.7, n°2 (2001), p. 406. [en línea] <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122001000200017&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122001000200017&lng=es&nrm=iso)>

Por determinación cualitativa de la pena, se entenderá el procedimiento reglado que concierne a la cuestión de que clase de pena cabe aplicar respecto de un caso concreto. Mientras que por determinación cuantitativa de la pena, se entenderá aquel procedimiento reglado mediante el cual se fija la intensidad de la pena ya definida en un sentido cualitativo<sup>298</sup>.

La importancia de esta última distinción es crucial, por cuanto en el sistema de determinación de la pena establecido por la Ley N° 20.393 se reconoce una potestad general en los jueces a efectos de determinar la naturaleza de la pena a aplicar.

Esta potestad general, es una anomalía respecto del sistema de determinación de la pena que establece el Código Penal. En el Código Penal la potestad de definir el tipo de pena a aplicar es por regla general legislativa (determinación legal de la pena), salvo en los casos en que el tipo penal prevé penas alternativas de diversa naturaleza (como ocurre por ejemplo en el caso del artículo 471 del Código Penal), en cuyo caso la determinación de la naturaleza de la pena es también de resorte judicial (determinación judicial de la pena).

---

<sup>298</sup> MUÑOZ CONDE, F. Derecho Penal. Parte General. Op. Cit. pp. 523 y ss.

## 5.1. Aspectos generales

La ley N° 20.393 establece un sistema de reglas de determinación de la pena que se deja interpretar sobre la base de la referencia a dos etapas: la etapa de determinación legal de la pena, y la de determinación judicial de la misma.

La *determinación legal de la pena*, según la sistematización que se postula en este lugar, comprende cuatro pasos:

En primer lugar debe aplicarse el criterio de determinación legal y cualitativa de la pena, establecido en el artículo 15 de la ley, y mediante el cual se selecciona una de las escalas de penas establecidas en el artículo 14 del mismo cuerpo legal. Esto define el marco de las sanciones posibles que el juez puede atribuir a la persona jurídica sobre la base de su defraudación normativa<sup>299</sup>.

En segundo lugar, una vez realizada la determinación de la escala *prima facie* aplicable al caso, deben definirse la concurrencia de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal.

En tercer lugar, y según la existencia o inexistencia de circunstancias modificatorias, el legislador define directrices sobre la

---

<sup>299</sup> CHILE. Ministerio de Hacienda. 2009. Ley N° 20.393. Op. Cit.

cantidad de penas establecidas en la escala de penas correspondiente que el juez debe aplicar.

En cuarto y último lugar, el juez debe considerar la existencia o inexistencia de circunstancias modificatorias, y aplicar sobre su base las directrices que define el legislador sobre los diversos grados en los que se encuentra habilitado para imponer la pena, y, en el caso de los crímenes, sobre la posible definición del marco cuantitativo de la pena aplicable (determinación cuantitativa y legal, que distingue *mínimum* de *máximum* de un grado de una pena divisible, de conformidad al artículo 67 del Código Penal<sup>300</sup>).

En lo que respecta a la *determinación judicial de la pena*, el procedimiento se puede sistematizar en dos pasos:

En primer lugar, sobre la base de los criterios legales que establece el artículo 17 de la ley N° 20.393, el juez debe escoger que penas a imponer (i.e. *determinación cualitativa y judicial de la pena*) dentro de la escala que resulte aplicable, y los grados que el legislador haya definido<sup>301</sup>.

Luego, en segundo lugar - y sobre la base de los mismos criterios establecidos en el artículo 17 de la referida ley - el juez debe

---

<sup>300</sup> CHILE. Ministerio de Justicia. Código Penal. Op. Cit.

<sup>301</sup> CHILE. Ministerio de Hacienda. 2009. Ley N° 20.393. Op. Cit.

determinar la intensidad de las penas adoptadas (i.e. determinación cuantitativa y judicial de la pena).

## **5.2. Determinación legal de la pena**

Las reglas de determinación legal de la pena, establecidas en la ley N° 20.393 se encuentran previstas en los artículos 15 y 16 de la referida ley, y básicamente dicen relación con la naturaleza del delito cometido por la persona jurídica, su respectivo correlato en la escala de penas, y las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que a su respecto puedan concurrir<sup>302</sup>.

### **5.2.1. La fijación de la escala de penas aplicable**

El artículo 15 de la ley N° 20.393 establece la primera consideración que cabe realizar a efectos de la determinación cualitativa de la pena, y que corresponde a la primera particularidad del sistema de la ley: la pena no se encuentra definida en los tipos penales en concreto, sino que se contempla genéricamente mediante la alusión a escalas de pena, sobre la base de la clasificación de los ilícitos en crímenes y simples delitos<sup>303</sup>.

---

<sup>302</sup> CHILE. Ministerio de Hacienda. 2009. Ley N° 20.393. Op. Cit.

<sup>303</sup> *Ibíd.*

De esta forma, respecto de los delitos previstos en los artículos 250, 251 bis del Código Penal (cohecho activo), y 8 de la ley N° 18.314 (financiamiento del terrorismo), cuando estos han sido cometidos por una persona jurídica, el juez debe aplicar la escala de penas establecida en la escala de los simples delitos dispuesta en la primera parte del artículo 14 de la ley N° 20.393. Por el contrario, cuando el delito cometido por la persona jurídica sea el contemplado en el artículo 27 de la ley N° 19.913 (lavado de activos), el juez debe aplicar una o más de las penas establecida en la escala de crímenes, dispuestas en la segunda parte del artículo 14 de la ley.

Así, al contrario de lo que ocurre en la sistemática del Código Penal en donde el carácter de crimen o simple delito de un ilícito esta determinado por la pena prevista en la parte especial, en lo que respecta a la ley N° 20.393, es la categorización de un ilícito como crimen o simple delito aquello que determina la escala de penas que el juez puede aplicar.

La escala de crímenes establecida en la primera parte del artículo 14, en orden de gravedad comprende las siguientes penas: 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.

Mientras que la escala de simples delitos establecida en la segunda parte del artículo 14 en orden de gravedad comprende las siguientes penas: 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<sup>304</sup>.

Todas las penas establecidas en ambas escalas, por mandato expreso del artículo 14 de la ley, comprenden la aplicación de todas las penas accesorias mencionadas en el artículo 13 (todas las penas accesorias son de aplicación necesaria). Estas penas son: (i) Publicación de un extracto de la sentencia; y (ii) los casos de comiso regulados en los números 1) y 2)<sup>305</sup>.

### **5.2.2. La consideración de las circunstancias modificatorias**

Una vez determinada la escala de penas aplicable al caso, debe fijarse, primero, la cantidad de penas a aplicar dentro de la escala, y luego, en el caso que fuere pertinente, el grado en el que dichas penas deben aplicarse. Para ello la consideración de la existencia de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal es esencial.

---

<sup>304</sup> *Ibíd.*

<sup>305</sup> *Ibíd.*

En esta sección, se examinará, en primer lugar, el catalogo de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, su procedencia y las reglas para su ponderación, para después, examinar en concreto su operatividad bajo la perspectiva de la determinación legal de la pena.

#### **5.2.2.1. El catalogo de circunstancias modificatorias**

El artículo 6 de la ley 20.393 establece la aplicabilidad de tres atenuantes a los casos de responsabilidad penal de las personas jurídicas, a saber: (i) la atenuante de reparación con celo del mal causado por el delito, prevista en el número 7° del artículo 11 del Código Penal; (ii) la atenuante de colaboración sustancial con el esclarecimiento de los hechos, prevista en el número 9° del artículo 11 del Código Penal; y, (iii) la atenuante de 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<sup>306</sup>.

Por su parte, el artículo 7 de la citada ley establece la agravante única de reincidencia en el mismo delito dentro de los cinco años anteriores a la condena (reincidencia propia específica calificada).

---

<sup>306</sup> *Ibíd.*

### **5.2.2.1.1.Reparación con celo del mal causado por el delito**

Esta atenuante, que en la regulación de nuestro Código Penal, procede del artículo 39 Código Penal Austriaco de 1803<sup>307</sup> es una atenuante que, en la concepción tradicional de la doctrina, está vinculada con el comportamiento del imputado posterior al delito.

En lo que respecta a la responsabilidad penal de las personas naturales, esta atenuante ha dado lugar a variadas discusiones doctrinales, muchas de las cuales carecen de sentido bajo la reconstrucción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas que aquí se defiende.

Así, en primer lugar, si la responsabilidad penal de las personas jurídicas se formula sobre la base de un modelo de responsabilidad propia (C.fr *supra*, apartado I, sección 3) no tiene sentido la discusión sobre si para su procedencia es o no necesario identificar un determinado móvil en el autor<sup>308</sup>, ni tampoco si aquella que discurre sobre si la reparación del mal causado debe realizarse

---

<sup>307</sup> En la Sesión 8va de 17 de mayo de 1870. DE RIVACOBIA, M. (dir.). 1974. Código Penal de la república de Chile, y actas de las sesiones de la comisión redactora del Código Penal chileno. Santiago, Ed. Edeval. p. 258.

<sup>308</sup> MERA, J. Comentario al artículo 11 del Código Penal. En: En: COUSO SALAS, Jaime; HERNÁNDEZ BASUALTO, H. (directores). Código Penal Comentado. Op. Cit. p. 299.

directamente por el propio imputado, o puede ser realizada por terceros a su nombre<sup>309</sup>. Salvo de un modo muy forzado, no pueden atribuirse estados mentales a la persona jurídica, y en todo caso, ella necesitará actuar a través de sus representantes para reparar el mal causado por el delito.

Tampoco tiene sentido la discusión sobre la clase de delitos acerca de los que procedería<sup>310</sup>. El escueto catalogo de delitos y la redacción del artículo 16 de la ley N° 20.393, hacen evidente que esta atenuante procede respecto de cada uno de los delitos de perseguibles en contra de las personas jurídicas.

Sin embargo, si resulta problemática el estándar de diligencia que debe observar el juez, para valorar como ‘celosa’ la reparación del daño. Es evidente que este requisito no puede interpretarse respecto de las personas jurídicas de manera psicologista, y debe preferirse una interpretación que lo conciba sobre una base normativa. Así cabe entender que la reparación ha sido realizada con celo, cuando implica hechos que, vistos globalmente, dan cuenta de una conducta seriamente orientada a la reparación.

Fuera de lo dicho, al igual que en el caso de su aplicabilidad respecto de personas naturales, la atenuante del número 7 del artículo

---

<sup>309</sup> MERA, J. Comentario al artículo 11 del Código Penal. Op. Cit. pp. 299 y ss.

<sup>310</sup> *Ibíd.* pp. 300 y ss.

11 del Código Penal admite dos modos alternativos de concreción<sup>311</sup>: (i) procurar reparar con celo el mal causado por el delito y (ii) procurar con celo impedir las ulteriores perniciosas consecuencias del mal causado.

En su primera modalidad la atenuante se satisface cuando la conducta desplegada por el imputado tras la comisión del delito *tiende* a reparar o aminorar de alguna manera el mal causado por el ilícito. En este sentido “la ley no exige que efectivamente se haya llegado a reparar el daño, lo que muchas veces puede estar fuera de las posibilidades del procesado, sino que éste haya procurado hacerlo dentro de sus facultades”<sup>312</sup>.

En su segunda modalidad, la atenuante se satisface por la constatación, por parte del tribunal, de conductas en el imputado que se orientan a evitar aquellas externalidades negativas del delito, que excedan el rango de aquellas que razonablemente quedan cubiertas por el tipo.

---

<sup>311</sup> Son alternativos en el sentido de que la atestación de ambos en un proceso cuenta como una sola atenuante, y no como dos atenuantes, al modo de un tipo alternativo mixto. Esto, independientemente de que dichas circunstancias requieran ser valoradas ulteriormente en sede de determinación judicial de la pena.

<sup>312</sup> ETCHEBERRY, A. Derecho Penal Tomo II. Editorial jurídica de Chile, 3ra ed. Op. Cit. p. 25.

En ambos casos la doctrina señala que no se exige que efectivamente se repare el mal causado por el delito, o que de hecho se impidan sus ulteriores consecuencias: basta con que se procure evitarlas<sup>313</sup>.

#### **5.2.2.1.2. Colaboración sustancial con el esclarecimiento de los hechos**

Esta atenuante fue introducida por la ley N° 19.806 en reemplazo de la atenuante de la ‘confesión espontánea’ sobre la base de la idea, de que, en un proceso penal acusatorio respetuoso del principio de la no autoincriminación, dicha atenuante era inadmisibile<sup>314</sup>.

En términos generales esta atenuante se configura en aquellos casos en que la conducta desplegada por la empresa imputada exhibe una colaboración relevante en el complejo proceso de determinación de los responsables por el delito. La cuestión crucial, por lo tanto, está en la definición del carácter ‘sustancial’ o ‘no sustancial’ de la ayuda prestada.

En lo que respecta a su regulación dentro de la ley N° 20.393 se introdujo un párrafo explicativo que determina un caso calificado

---

<sup>313</sup> *Ibíd.*

<sup>314</sup> MERA, J. Comentario al artículo 11 del Código Penal. Op Cit. p. 304.

(interpretación legal) de aquello que cuenta como colaboración sustancial en el contexto de la investigación e responsabilidad penal de las personas jurídicas. Así señala el número segundo del artículo 6 de la referida ley que:

“[...] 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.”<sup>315</sup>

Este párrafo, que en el proyecto del ejecutivo constituía una atenuante distinta y específica, fue adosado a la de colaboración sustancial durante el segundo trámite constitucional en el senado, por indicación del ejecutivo. Quedando expresa mención en la historia de la ley que su introducción no pretendía innovar en materia procesal penal estableciendo una suerte de ‘delación compensada’, y que por

---

<sup>315</sup> CHILE. Ministerio de Hacienda. 2009. Ley N° 20.393. Op. Cit.

ende, se limitaba a aclarar el sentido de una forma de colaboración sustancial<sup>316</sup>.

Sin embargo la cuestión de definir mecanismos de delación compensada en materia de criminalidad de empresa debe considerarse lejos de estar zanjada, y *lege ferenda* no parece una mala idea establecer disposiciones que la posibiliten<sup>317</sup>.

### **5.2.2.1.3. Adopción de medidas preventivas eficaces**

La última atenuante prevista en el sistema de circunstancias modificatorias empleado por la ley N° 20.393 es una innovación dentro del catálogo de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal aplicable a personas jurídicas, que se introdujo en el proyecto de ley originalmente presentado por el ejecutivo, y se aprobó casi exactamente en su redacción original, sin mayores cambios.

Su establecimiento como atenuante por parte de la ley es congruente tanto con los parámetros establecidos en la escuela

---

<sup>316</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.393, Op. cit. p. 263

<sup>317</sup> Sobre la importancia de esta clase de herramienta en estos contextos DISKANT, E. Comparative corporate criminal liability: Exploring the Uniquely American Doctrine through comparative criminal procedure. Op. Cit. pp. 159 y ss.

restaurativa, como la conceptualización de la culpabilidad de la empresa como ‘culpabilidad duradera’<sup>318</sup>, o por el carácter<sup>319</sup>, en el sentido de incorporar como parámetro para definir la pena, un juicio de merecimiento que se orienta no sólo retrospectivamente (hasta el momento del hecho), sino también, prospectivamente.

En términos operativos la atenuante exige que la empresa tienda a realizar cambios estructurales en su funcionamiento con el fin de prevenir la reiteración de la clase de delitos que justifica la intervención punitiva.

En lo que respecta al vocablo ‘reiteración’ la discusión parlamentaria dejó suficientemente claro que no debe interpretarse como un requisito de procedencia de la atenuante. No se requiere que la empresa haya sido reincidente, sino solamente que manifiesta seriamente una conducta tendiente a evitar que el delito en cuestión se produzca otra vez<sup>320</sup>.

Mientras que, se diferencia de la señalada en el número 7 del artículo 11 del Código Penal<sup>321</sup>, en el hecho de que exige que las

---

<sup>318</sup> NIETO MARTÍN, A. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo. Op. Cit. p.137.

<sup>319</sup> MAÑALICH, J. Organización delictiva. Op. Cit. p. 303.

<sup>320</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.393, Op. cit. p. 364

<sup>321</sup> CHILE. Ministerio de Justicia. Código Penal. Op. Cit.

medidas de prevención se adopten antes del comienzo del juicio. En este sentido, podría plantearse la cuestión de cuando debe considerarse, para estos efectos, iniciado el juicio ¿con el inicio de la investigación, con su formalización, con el auto de apertura?

La cuestión parece de difícil solución. Desde una perspectiva sistemática a favor del hito de la formalización juega el que es precisamente este hecho es el que da lugar a la interrupción de la prescripción en el Código Procesal Penal, y manifiesta en el sistema parámetro que da lugar sin lugar a dudas a la judicialización del conflicto punitivo.

Otras razones pueden darse para considerar que el inicio del juicio debe considerarse determinado por la notificación de la acusación o requerimiento de juicio oral simplificado. En efecto la acusación o requerimiento es un hito fundamental para el inicio del juicio y da cuenta inequívocamente del arribo del procedimiento a instancias definitivas, al nivel que se ha señalado que constituiría en su mera formulación, una actuación apta para “privar, perturbar o restringir el ejercicio de los derechos constitucionales de una persona<sup>322</sup>.”

---

<sup>322</sup> HORVITZ, M. y LÓPEZ, J. Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2004. p. 18.

Sin embargo, por razones de legalidad, la solución sistemáticamente correcta debe ceñirse al vocablo “juicio” que emplea la redacción de la atenuante, de un modo que evite interpretaciones que excediendo el sentido posible del término, se formulen contra el imputado.

Así, parece ser que lo más apropiado sea asumir que el inicio del ‘juicio’ al que alude la atenuante, se produce en el momento en que se realiza la constitución del tribunal, realizada por el órgano que en definitiva conocerá el fondo del asunto, ya sea en un procedimiento de juicio simplificado (art. 325 del Código Procesal Penal), abreviado (art. 394 del Código Procesal Penal) u oral (art. 325 del Código Procesal Penal)<sup>323</sup>.

#### **5.2.2.2. La agravante de reincidencia propia específica calificada**

El artículo 7 de la Ley 20.393 establece como única agravante la de haber sido condenada la persona jurídica por el mismo delito, dentro de los cinco años anteriores a la condena actual.

Por su claridad esta circunstancia no amerita mayor análisis, basta con señalar que se trata de una agravante coincidente con un

---

<sup>323</sup> *Ibíd.* pp. 261.

modelo de responsabilidad penal autónomo en donde hay un superávit de culpabilidad por el carácter expresado por el tiempo.

Su importancia en el marco de la regulación de la ley 20.393 además de la referida al procedimiento de selección punitiva, viene dada por el hecho de que es uno de los casos que autorizan al juez penal a aplicar la pena de disolución de la persona jurídica o cancelación de la personalidad jurídica.

### **5.2.2.3. La compensación racional de las circunstancias modificatorias**

La determinación de cómo debe interpretarse el criterio de la compensación racional de las atenuantes y la agravante, excede el cometido de este trabajo. Desde ya, existe de base - en lo que concierne a la penalización de personas naturales - un arduo debate al respecto, que a propósito de las personas jurídicas, y su innovativo sistema de determinación de la pena, se vislumbra aún más complejo.

No obstante lo anterior, y ante la inexistencia de voluntad legislativa real de innovar en este punto, resulta apropiado recordar uno de los criterios o principios pragmáticos ofrecidos por la doctrina para perfilar el método de la compensación racional.

Así, en tanto principio básico de la compensación racional de atenuantes y agravantes en la responsabilidad penal de las personas jurídicas, debe tenerse en cuenta que, por razones sistemáticas, y al menos en principio: “...las circunstancias atenuantes de

responsabilidad surten un efecto más intenso que las agravantes, situación que el juez debe tener en cuenta al efectuar la compensación.”<sup>324</sup>

La referencia a otros criterios (tales como el de preeminencia de las circunstancias basadas en elementos subjetivos) <sup>325</sup> parece tropezar con la consideración de persona jurídica como un agente sin estados mentales reconocibles, y la existencia de tan sólo una agravante<sup>326</sup>.

En lo que respecta a su operatividad, la compensación racional, debe considerar de manera razonada, particularmente las variables de cuantificación de pena (¿Cuántas penas imponer?), y de calidad de pena (allí donde sea relevante ¿en qué grado imponerla?) e intensidad (en su mínimo, máximo, etc.). Para ello la figura propuesta en el punto 5.2.6 de esta sección puede servir como un buen punto de partida al adjudicador.

---

<sup>324</sup> VAN WEEZEL, A. Compensación racional de atenuantes y agravantes en la medición judicial de la pena. Op. Cit. pp. 481 y ss.

<sup>325</sup> *Ibíd.*

<sup>326</sup> *Ibíd.* p. 492

### **5.2.3. La determinación del número de penas a imponer**

Una vez definida la existencia o inexistencia de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, el juez necesita determinar la cantidad de penas que la defraudación de la norma penal debe implicar para la persona jurídica. Para ello, deberá estarse a los criterios legales establecidos en los artículos 15 y 16 de la ley referida, que establecen una serie de directrices para estos efectos<sup>327</sup>.

Sin embargo, el juego recíproco de estas directrices puede implicar una serie de problemas interpretativos, que como veremos, hacen urgente una clarificación legislativa.

Esto, particularmente, debido a la vaguedad de la regla establecida en el artículo 15 de la ley, y que señala genéricamente, que a los diversos delitos se les aplicarán “las penas” señaladas en las respectivas escalas de pena, sin especificar si la regla ordena aplicar al caso normal - i.e. al caso en que el delito concurre sin circunstancias modificatorias - todas las penas señaladas en la escala respectiva, o una o más, según algún criterio específico.

Esta vaguedad tampoco encuentra solución si se considera la redacción del artículo 14 y las directrices que ofrece a este respecto, el artículo 16 de la ley.

---

<sup>327</sup> CHILE. Ministerio de Hacienda. 2009. Ley N° 20.393. Op. Cit.

En lo que sigue, se analizarán los problemas referidos y se propondrá una solución interpretativa. Lo anterior, sin embargo, no excluye la evidente necesidad de una reforma *lege ferenda*.

### **5.2.3.1. ¿Cuántas penas imponer ante la ausencia de circunstancias modificatorias?**

“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 1º, de conformidad a la siguiente escala [...]”

“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 8º 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.”<sup>328</sup>

---

<sup>328</sup> *Ibíd.*

Ante este panorama legislativo existen dos alternativas interpretativas plausibles: o bien, el artículo 15 prevé que ante la ausencia de circunstancias modificatorias se deben aplicar cada una de las penas que prevea la escala señalada de acuerdo al delito en cuestión, o bien, el artículo 15 no realiza ninguna definición a este respecto, y por ende el juez puede imponer una o varias de sus penas, discrecionalmente<sup>329</sup>.

Ambas interpretaciones exhiben diversos problemas.

La primera interpretación es conflictiva por tres razones. En primer lugar es conflictiva porque la remisión final que realiza el artículo 15 al artículo 14, que como vimos emplea la expresión singular ‘la pena’, parece indicar que en el caso normal (i.e. el caso donde no existan circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal) debe aplicarse solamente una de las penas establecidas en la escala de pena respectiva.

En segundo lugar es conflictiva porque muchas veces será pragmáticamente imposible imponer todas las penas señaladas en una misma escala. Esto es evidente en el caso de la escala de crímenes, en

---

<sup>329</sup> A favor de esta postura parece estar HERNÁNDEZ, H. La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile. Op. Cit. p. 229.

que no tiene sentido la imposición de la pena de disolución conjuntamente con la de prohibición de celebrar actos y contratos, como sería el caso, por ejemplo si no concurre la agravante de la ley (por lo que no cabe aplicar la regla del artículo 16), pero hay presencia de delitos reiterados.

En tercer lugar es conflictiva por razones de política criminal. Asumir que el artículo 15 de la ley N° 20.393 mandata, en el caso normal (sin atenuantes o agravantes), la aplicación de todas las penas de la escala respectiva, será en muchos casos desproporcionado. Parece excesivo condenar en todo caso, y a toda persona jurídica que se considere autor de un simple delito, a todas las penas de la escala respectiva.

Por su parte la segunda interpretación (i.e. aquella que sostiene que ante la ausencia de circunstancias modificatorias el juez puede determinar discrecionalmente la cantidad de penas a aplicar), tropieza con la regulación de los efectos de las atenuantes que establece el artículo 16. En efecto, la existencia de dicho artículo implica para la segunda interpretación serios problemas sistemáticos que sólo pueden solucionarse, subvirtiendo el tenor literal del artículo 16.

Así, para que la segunda interpretación sea plausible, debe considerarse que los vocablos ‘sólo’ que emplea el artículo 16, son

verdaderamente sinónimos del vocablo ‘hasta’<sup>330</sup>. Esta es la única manera de evitar el absurdo de que en concurrencia de una atenuante (en que se prevé que el juez aplicará “sólo dos penas”), se establezca una pena mayor que respecto de muchos casos sin atenuantes (en que bajo la segunda interpretación, el juez puede aplicar hasta tres penas).

Este problema no se presenta en la primera interpretación, que sostiene que respecto de cada infracción deben aplicarse todas las penas que resulten compatibles según la escala, y por lo tanto no hay ningún problema sistemático en sostener que ‘sólo’ en el artículo 16 quiere decir, ‘única y exclusivamente’, según su sentido natural y obvio. Mientras que permite interpretar el vocablo ‘las penas’, como ‘todas las penas compatibles’, según la usanza común del código penal<sup>331</sup>.

A desenmarañar en algo estos problemas interpretativos, dedicaré las siguientes secciones.

#### **5.2.3.1.1. La evolución de sistema de determinación de la pena en la discusión de la ley N° 20.393**

El proyecto de ley ingresado por el ejecutivo que culminaría con la promulgación de la ley N° 20.393 tenía en lo que respecta al

---

<sup>330</sup> CHILE. Ministerio de Hacienda. 2009. Ley N° 20.393. Op. Cit.

<sup>331</sup> C.fr. los artículos 398, 461, 468, 471 del Código Penal.

sistema de determinación de la pena, una fisonomía muy diversa a la que tuvo el texto finalmente promulgado. En lo fundamental, dicho sistema se establecía en los artículos 15, 16 y 17, los que establecían lo siguiente:

“Artículo 15.- Reglas de determinación de la naturaleza de la sanción.

Si el delito por el cual se responsabiliza a la persona jurídica, en caso de comisión por persona natural, contempla una sanción de presidio o reclusión menor, se le podrá aplicar sólo las sanciones de multa, pérdida de beneficios y sanciones prohibitorias. Sin perjuicio de lo anterior, tratándose del delito contemplado en el artículo 250 bis A del Código Penal, atendidas las circunstancias y la entidad de los montos de dinero involucrados, el juez podrá aplicar cualquiera de las sanciones señaladas en el artículo 9 de esta ley.

Si el delito por el cual se responsabiliza a la persona jurídica, en caso de comisión por persona natural, contempla una pena de presidio o reclusión mayor, se le aplicará con preferencia las sanciones de disolución o cancelación, y prohibitorias, sin perjuicio de la imposición de cualquiera de las sanciones que esta ley dispone.

En caso de concurrir una circunstancia atenuante y ninguna agravante, no se podrá aplicar la sanción más gravosa de aquellas que se contemplan conforme a esta disposición. En caso de concurrir una circunstancia agravante y ninguna atenuante, no se podrá aplicar únicamente la sanción de multa.”

“Artículo 16.- Reglas de determinación judicial de la sanción. Para regular la cantidad y naturaleza de las sanciones a imponer, la extensión de las sanciones temporales y la cuantía de la multa, el Tribunal deberá atender, dejando constancia de ello en su fallo, a los siguientes criterios [...].”

“Artículo 17.- Imposición conjunta de más de una sanción. El Tribunal podrá imponer de manera conjunta dos o más de las sanciones señaladas en el artículo 9, siempre que la naturaleza de éstas permita su cumplimiento simultáneo.”<sup>332</sup>

---

<sup>332</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.393, Op. cit. pp. 16-17

De este modo, el proyecto original contemplaba una amplia discrecionalidad en el juez respecto del número de penas a imponer, además de la sugerencia implícita, como regla general, de que en el caso sin atenuantes o agravantes, la sanción indicada era la una única pena principal. Previendo la facultad para el juez de imponer más de una sanción, siempre y cuando la naturaleza de las penas impuestas permitiera su cumplimiento simultáneo<sup>333</sup>.

Este precisamente era el sentido del artículo 17 del proyecto original el que contemplaba expresamente esta posibilidad, estableciendo, *contrario sensu*, que en la normalidad de los casos, la determinación de la cantidad de sanciones a imponer iba a quedar sujeta al marco de la determinación judicial de la pena.

La amplitud de facultades que se aseguraban al juez, fue ampliamente criticada por alguna de las posiciones vertidas en el trabajo de la Comisión durante el primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados. Particularmente se mostraron recelosos de esta amplitud los profesores Miguel Soto Piñeiro<sup>334</sup> y Jorge Bofill Genzsch<sup>335</sup>, quienes adujeron razones de constitucionalidad y técnica legislativa, y propusieron establecer mecanismos que restringieran la discrecionalidad judicial. Por el contrario el profesor Gonzalo

---

<sup>333</sup> *Ibíd.* pp. 16 y ss.

<sup>334</sup> *Ibíd.* p. 43

<sup>335</sup> *Ibíd.* p. 53

Medina enfatizó la necesidad de otorgar a los jueces facultades relativamente amplias al respecto<sup>336</sup>.

Esta discusión, y cierta tendencia a favorecer la posición de los profesores Soto Piñeiro y Bofill, fue determinante para aquellos que manifestaron oposición política respecto del proyecto<sup>337</sup>, y redundó, finalmente, en la modificación completa del sistema de determinación de penas.

(a) En el segundo trámite constitucional y por indicación del ejecutivo, se decidió derogar la disposición del artículo 17 original<sup>338</sup>.

(b) También en el segundo trámite constitucional, a raíz del informe de la comisión de Constitución<sup>339</sup> se modificó la redacción del artículo 16, reemplazando el vocablo ‘cantidad’, por el de ‘cuantía’, quedando la redacción definitiva del artículo de la siguiente manera:

“Artículo 17 L. 20.393.- Reglas de determinación judicial de la pena. Para regular la cuantía y

---

<sup>336</sup> *Ibíd.* p. 55

<sup>337</sup> *Ibíd.* p.140

<sup>338</sup> *Ibíd.* pp. 284-286

<sup>339</sup> *Ibíd.* pp. 322-323

naturaleza de las penas a imponer, el tribunal deberá atender, dejando constancia pormenorizada de sus razonamientos en su fallo, a los siguientes criterios [...]"<sup>340</sup>

(c) Se mantuvo, sin modificación alguna, el primer inciso del artículo 14 (que habla de “la pena”, en singular), permaneciendo hasta la actualidad, en la redacción del proyecto original.

¿Qué consecuencias debe otorgarse a este cambio de panorama legislativo?

Resulta evidente que a la derogación del artículo 17, en la parte que proscribe sanciones incompatibles, no debe otorgársele ninguna consecuencia interpretativa distinta que la de omitir una obviedad: bajo la ley N° 20.393, aún sin artículo 17, no se pueden imponer conjuntamente sanciones incompatibles.

¿Pero qué sucede con la derogación del artículo 17, y el cambio de redacción del 16, en lo que respecta a la discrecionalidad judicial respecto de la cantidad de las penas?

---

<sup>340</sup> CHILE. Ministerio de Hacienda. 2009. Ley N° 20.393. Op. Cit.

Tanto la derogación del artículo 17, como el cambio del vocablo ‘cantidad’ por el vocablo ‘cuantía’ parecen expresar una decisión política definida orientada a disminuir la discrecionalidad judicial al momento de definir la cantidad de penas, de un modo de sustraer en la mayor medida posible las facultades del juez para definir la cantidad de penas a aplicar.

En efecto, dentro del léxico usual de la determinación de la pena, por ‘cuantía’ no cabe entender una definición “cuantitativa” (una, dos o tres penas), si no, una definición de su intensidad respecto de una cantidad de penas definidas legislativamente<sup>341</sup>.

Sobre la base de lo dicho, y particularmente por referencia al tenor literal del artículo 16 y la historia fidedigna del establecimiento de la ley N° 20.393, todo parece indicar que la regla de determinación de la cantidad de penas a imponer en el caso de no concurrir circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal debe concebirse según la primera interpretación propuesta: el juez debe imponer todas y cada una de las clases de penas compatibles establecidas en la escala respectiva.

---

<sup>341</sup> V.gr. GARRIDO MONTT, M. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Op. Cit. pp. 256 y ss.

No obstante ello, y a pesar de que la interpretación propuesta tiene la ventaja de ser ordinalmente proporcional<sup>342</sup> - por cuanto expresa una valoración que agrava progresivamente la penalidad en presencia de agravantes, y la hace menos severa en presencia de atenuantes – el problema político criminal subsiste. Imponer en todo caso a una persona jurídica infractora todas las penas del catálogo respectivo pueda ser excesivo, o incluso pueda atentar contra los fines de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

#### **5.2.3.2. ¿Cuántas penas imponer ante la existencia de circunstancias modificatorias?**

“Artículo 16 L. 20.393.- 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 *mínimum*, si procediere.

En caso de concurrir la circunstancia agravante contemplada en esta ley y ninguna atenuante, tratándose de simples delitos el tribunal aplicará

---

<sup>342</sup> VON HIRSCH, A. 1998. *Censurar y Castigar*. Madrid, Ed. Trotta. pp. 66 y ss.

todas las penas en su grado máximo. Tratándose de crímenes deberá aplicar las penas en su máximo, 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.”<sup>343</sup>

Las reglas reseñadas en el artículo 16 de la ley N° 20.393, interpretadas bajo las consideraciones antedichas, pueden sistematizarse mediante la siguiente tabla demostrativa (Cuadro N°1).

Cuadro N° 1 – Esquema interpretativo circunstancias modificatorias

---

<sup>343</sup> CHILE. Ministerio de Hacienda. 2009. Ley N° 20.393. Op. Cit.

<b>N° de circunstancias modificatorias</b>	<b>Simple delitos</b>	<b>Crímenes</b>
Una atenuante (sin la presencia de la agravante).	Sólo dos penas dentro de la escala de simples delitos.	Sólo dos penas dentro de la escala de crímenes.
La agravante (sin presencia de atenuantes).	Todas las penas de la escala en su grado máximo.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Todas las penas de la escala de crimen, o bien,</li> <li>• la disolución de la persona jurídica o la cancelación de la personalidad jurídica.</li> </ul>
Dos o más atenuantes (sin presencia de la agravante)	Sólo una pena de la escala de simples delitos.	Sólo dos penas de la escala de simples delitos.
Varias atenuantes y la agravante.	Compensación racional según las reglas anteriores.	

Tal como se mostró al examinar la historia de la ley, en razón de la voluntad legislativa en torno a restringir las atribuciones de los jueces las expresiones “sólo” y “todas” debe interpretarse en sentido estricto, como mandatos precisos y no como fijación de permisiones, ni establecimiento de límites.

Así, en el caso de que sean reconocibles dos atenuantes y ninguna agravante, el juez se encuentra obligado a aplicar una y solo una de las penas señaladas, según los criterios definidos por el actual artículo 17, y cuando sea reconocible la agravante sin presencia de atenuante el juez se encuentra obligado a aplicar todas las penas de la escala que resulten compatibles entre sí.

Lo anterior no es baladí por cuanto la infracción a estas normas imperativas de determinación legal, hace a la sentencia anulable por infracción de derecho, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal<sup>344</sup>.

### **5.2.3.3. Esquema interpretativo propuesto respecto de la determinación cuantitativa de la pena**

---

<sup>344</sup> CHILE. Ministerio de Justicia. 2000. Ley N° 19.696. Op. Cit.

Desde una perspectiva que coordina las reglas desde el caso más grave al menos grave, y que considere las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal corporativa, la selección de la cantidad de penas posibles puede organizarse, mediante el siguiente esquema interpretativo.

Cuadro N° 2 – Esquema interpretativo determinación cualitativa

<b>N° de circunstancias modificatorias</b>	<b>Simples delitos</b>	<b>Crímenes</b>
Dos o más atenuantes (sin presencia de la agravante)	Sólo una pena de la escala de simples delitos.	Sólo dos penas de la escala de simples delitos.
Una atenuante (sin la presencia de la agravante).	Sólo dos penas dentro de la escala de simples delitos.	Sólo dos penas dentro de la escala de crímenes.
Ninguna atenuante ni agravante.	Cada una de las clases de penas señaladas en la escala de simples delitos que resulten compatibles (tres penas), en	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Cada una de las penas señaladas en la escala de crímenes que resulten compatibles, con</li> </ul>

	cualquiera de sus grados.	<p>excepción de la pena de disolución (tres penas), o bien;</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• La disolución de la persona jurídica o cancelación de la personalidad jurídica.</li> </ul>
La agravante (sin presencia de atenuantes).	Todas las penas de la escala en su grado máximo.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Todas las penas de la escala de crimen, con excepción; o bien,</li> <li>• la disolución de la persona jurídica o la cancelación de la personalidad jurídica.</li> </ul>

#### **5.2.4. La determinación legal cualitativa**

Una vez definida la cantidad de penas a imponer, la ley prevé en ciertos casos, reglas de determinación legal y cualitativa de las mismas.

Esto lo hace de dos modos distintos. Lo hace, o bien estableciendo ciertos requisitos de procedencia respecto de algunas de las penas que prevé (como en el caso de la pena de disolución, o de prohibición absoluta de recepción de beneficios fiscales) o estableciendo reglas para determinar el grado en que cabe imponer alguna de las penas que prevé<sup>345</sup>.

##### **5.2.4.1. Reglas de determinación legal cualitativa específicas**

En el sistema de penas de la ley N° 20.393 existen dos penas cuya aplicación está sujeta a ciertos constreñimientos especiales. Estas penas son la de disolución de la persona jurídica o cancelación de la persona jurídica y la pena de prohibición absoluta de recepción de beneficios fiscales por un determinado periodo de tiempo.

---

<sup>345</sup> Esto último concierne a la teoría de la determinación cualitativa de la pena por cuanto de conformidad al artículo 57 del Código Penal, cada grado de una pena divisible constituye una pena distinta.

La primera sólo puede aplicarse respecto de crímenes en casos de delitos reiterados o reincidencia. La segunda sólo puede aplicarse cuando no pueda aplicarse la de pena de pérdida de beneficios fiscales en razón de no existir beneficio alguno que privar.

#### **5.2.4.2. Reglas de determinación del grado**

El artículo 16 de la ley N° 20.393 impone algunas reglas de determinación legal respecto del grado en que puede aplicarse cada una de las penas atribuibles por la defraudación penal corporativa.

Estas reglas están particularmente referidas al caso en que concurra una agravante y ninguna atenuante, o para el caso en que concurra sólo una atenuante y ninguna agravante, siempre respecto de los simples delitos. Esto, por cuanto en lo que respecta a los crímenes las reglas citadas no fijan penas distintitas (grados aplicables), sino intensidades de pena (mínimums, o máximums).

#### **5.2.5. La determinación legal cuantitativa**

Las reglas de determinación legal cuantitativa de la pena están referidas al caso en que respecto de un crimen, concurra una agravante y ninguna atenuante (caso en el que el legislador prevé la imposición de las penas en su máximum), o una atenuante y ninguna agravante (caso en el que el legislador prevé la imposición de las penas en su mínimum).

Para estos efectos, debe entenderse que la alusión al máximo y al mínimo dice relación con el modo de división que establece el artículo 67 del Código Penal, y que consiste en dividir la extensión de la pena por la mitad, y considerar la mayor de las partes como el mínimo y la mayor como el máximo.

De lo contrario, de considerar que terminológicamente la regla se refiere a la imposición por el grado máximo, tendrían el mismo marco penal los crímenes cometidos con la agravante y aquellos cometidos sin circunstancias modificatorias<sup>346</sup>. Esto es, desde luego, insostenible.

### **5.2.6. Esquema interpretativo final**

Complementado con todas las variables establecidas por la ley, el esquema analítico de determinación legal de la pena y que sirve de base para el proceso de determinación judicial de la misma, puede expresarse adecuadamente por medio de la siguiente tabla demostrativa (Cuadro N° 3):

Cuadro N° 3 – Esquema interpretativo final

<b>N° de circunstancias</b>	<b>Delitos sancionados en</b>	<b>Delito contemplado en</b>
-----------------------------	-------------------------------	------------------------------

---

<sup>346</sup> Esto es así, porque todas las penas de crímenes establecidas en la ley, desde ya, consideran exclusivamente sanciones en su grado máximo.

<b>modificadorias</b>	<b>los artículos 250 y 251 bis del Código Penal, y en el artículo 8° de la ley N° 18.314</b>	<b>el artículo 27 de la ley N° 19.913</b>
<p>Dos o más atenuantes (sin presencia de la agravante)</p>	<p>Sólo una pena de la escala de simples delitos, en su grado mínimo a medio<sup>347</sup>.</p> <p><u>Ejemplo 1:</u> Multa en su grado mínimo.</p> <p><u>Ejemplo 2:</u> Pérdida de beneficios fiscales en su grado medio.</p>	<p>Sólo dos penas de la escala de simples delitos, en su grado mínimo a medio.</p> <p><u>Ejemplo 1:</u> Multa en su grado mínimo, y pérdida de beneficios fiscales en su grado medio.</p> <p><u>Ejemplo 2:</u> Pérdida de beneficios fiscales en su grado medio y prohibición temporal de celebrar actos y contratos con organismos del Estado</p>

---

<sup>347</sup> Se interpreta la expresión “pudiendo recorrerla en toda su extensión” asumiendo la referencia a las penas de la escala de simples delitos, por estimarse como sistemáticamente correcta, además de más proporcionada frente al imputado.

		en su grado medio.
Una atenuante (sin la presencia de la agravante).	<p>Sólo dos penas dentro de la escala de simples delitos, una de las cuales debe imponerse en su grado mínimo, mientras la otra puede imponerse en su grado mínimo o medio.</p> <p><u>Ejemplo 1:</u> Multa en su grado mínimo, además de pérdida de beneficios fiscales en su grado medio.</p> <p><u>Ejemplo 2:</u> Multa en su grado mínimo, además de prohibición temporal de celebrar actos y contratos con organismos del Estado</p>	<p>Sólo dos penas dentro de la escala de crímenes (en su grado máximo), en su <u>mínimum</u><sup>348</sup>.</p> <p><u>Ejemplo 1:</u> Multa en su grado máximo, en su <u>mínimum</u>. Además de pérdida de beneficios fiscales en su grado máximo, en su <u>mínimum</u>.</p> <p><u>Ejemplo 2:</u> Pérdida de beneficios fiscales en su grado máximo, en su <u>mínimum</u> y prohibición temporal de celebrar actos y contratos con organismos del Estado en su grado máximo, en</p>

---

<sup>348</sup> Se interpreta la expresión “si procediere”, como inocua. Haciendo alusión simplemente al caso de única pena indivisible del sistema, respecto de la cual la división entre mínimum y máximum es irrelevante: la de disolución de la persona jurídica o cancelación de la personalidad jurídica.

	en su grado mínimo.	su minimum.
<p>Ninguna atenuante ni agravante.</p>	<p>Cada una de las clases de penas señaladas en la escala de simples delitos (tres penas), en sus grados mínimos a medio.</p> <p><u>Ejemplo 1:</u> Multa en su grado mínimo, pérdida de beneficios fiscales en su grado medio y prohibición temporal de celebrar actos y contratos con organismos del Estado en su grado medio.</p> <p><u>Ejemplo 2:</u> Multa en su grado mínimo, pérdida de beneficios fiscales en su grado mínimo y prohibición temporal de celebrar actos y contratos con organismos del Estado en su grado mínimo.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Todas las penas señaladas en la escala de crímenes, con excepción de la pena de disolución (tres penas), en su grado máximo, o bien;</li> </ul> <p><u>Ejemplo:</u> Multa en su grado máximo, pérdida de beneficios fiscales en su grado máximo y prohibición temporal de celebrar actos y contratos con organismos del Estado en su grado máximo.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• La disolución de la persona jurídica o cancelación de la personalidad jurídica.</li> </ul>

<p>La agravante (sin presencia de atenuantes).</p>	<p>Todas las penas de la escala de crimen, con excepción de la pena de disolución de la persona jurídica o la cancelación de la personalidad jurídica en su grado máximo (tres penas de crimen).</p> <p><u>Ejemplo:</u> Multa en su grado máximo, pérdida de beneficios fiscales en su grado máximo y prohibición temporal de celebrar actos y contratos con organismos del Estado en su grado máximo.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Todas las penas de la escala de crimen, con excepción de la pena de disolución de la persona jurídica o la cancelación de la personalidad jurídica (tres penas) en su máximo, o bien,</li> </ul> <p><u>Ejemplo:</u> Multa en su grado máximo (en su máximo), pérdida de beneficios fiscales en su grado máximo (en su máximo) y prohibición temporal de celebrar actos y contratos con organismos del Estado en su grado máximo (en su máximo).</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• la disolución de la persona jurídica o la cancelación de la</li> </ul>
--	--	--

		personalidad jurídica.
--	--	---------------------------

### **5.3. Determinación judicial de la pena**

La determinación judicial de la pena, entendida esta como el procedimiento de discrecionalidad reglada conferido al juez para la determinación precisa de las sanciones a aplicar respecto de las personas jurídicas, se encuentra circunscrito por tres tipos de constreñimientos.

En primer lugar se encuentra limitado por las reglas constitucionales, tales como aquella que en el artículo 19 número de 7 de la Constitución Política de la República, proscribire la confiscación como pena imponible.

En segundo lugar se encuentra limitado por las reglas de determinación legal de la pena que como hemos visto, determinan el espacio de juego que puede emplear el juez para imponer las sanciones a las personas jurídicas.

En tercer lugar, se encuentra limitado por las directrices generales que impone el artículo 17 de la ley N° 20.393. Estas reglas que corresponden específicamente a las limitaciones que impone el legislador a la decisión discrecional del juez en torno a la selección de la pena, guardan la mayor importancia habida consideración que al contrario de lo que sucede en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas naturales, en materia de la responsabilidad penal de

las personas jurídicas, el juez como cuenta con mayores espacios para determinar la pena.

Así mientras en materia de responsabilidad penal de las personas naturales la sanción por excelencia es privativa de libertad, y al juez corresponde simplemente la determinación de su intensidad (salvo casos excepcionales), en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, además de establecer la intensidad de la pena, en muchos casos debe determinar su clase<sup>349</sup>.

### **5.3.1. Los criterios legales**

“Artículo 17 L. 20.393.- 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.

---

<sup>349</sup> En este sentido: VAN WEEZEL, A. Compensación racional de atenuantes y agravantes en la medición judicial de la pena. Op. Cit. p. 463

- 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.”<sup>350</sup>

El artículo 17 de la ley 20.393 establece seis criterios legales, a continuación analizaré brevemente cada uno de ellos.

#### **5.3.1.1. Los montos de dinero involucrados**

La referencia a los montos de dinero involucrados como parámetro restrictivo de la determinación de la pena, es uno de los indicadores más transparentes de la gravedad del ilícito cometido. Siendo el dinero una medida común de valor, e involucrando todos los delitos de la ley acciones que consideran para alguno de sus

---

<sup>350</sup> CHILE. Ministerio de Hacienda. 2009. Ley N° 20.393. Op. Cit.

propósitos montos dinerarios, el empleo de aquello resulta por completo natural.

En este sentido la comisión de ilícitos que involucren mayores cantidades de dineros, resultan mucho más fáciles de detectar y prevenir para la empresa, en relación a aquellos delitos que involucran cantidades menores. De esta manera, una persona jurídica que se vea involucrada en delitos que involucren grandes sumas de dinero, da cuenta de defectos de organización mucho mayores.

#### **5.3.1.2. El tamaño y la naturaleza de la persona jurídica**

Este criterio tiene una doble importancia. Por un lado es relevante como parámetro para distinguir los casos de verdadera criminalidad de empresa, y por otro, es relevante para determinar, allí donde según las reglas de determinación legal de la pena quepa elegir, la clase de sanción que resulta más eficaz según el tipo de persona jurídica de que se trate.

En lo que se refiere al primer asunto, tal como señala la doctrina, sólo empresas con una complejidad operativa suficientemente asentada pueden considerarse como personas

diferenciadas de sus dueños o agentes<sup>351</sup>. En este sentido, no tiene sentido castigar como sujeto a una persona jurídica que no posea una complejidad tal, que sus decisiones puedan ser distinguibles de las de sus miembros.

Por ello, ante la criticable ausencia de una cláusula de exclusión de responsabilidad de la empresa en estos casos, debe valorarse especialmente el asunto en sede de determinación de pena. Empresas con menor complejidad, poseen menor capacidad de culpabilidad, y viceversa.

En lo que se refiere al segundo asunto, también la naturaleza de la persona jurídica es una variable que el juez debe considerar a la hora de seleccionar cuantía y naturaleza de las sanciones a imponer. Esto es particularmente cierto respecto del imperativo de intentar minimizar los efectos de *overspill*, sin restar eficacia al fenómeno sancionatorio.

En este sentido la interpretación del vocablo “naturaleza” para asegurar una correcta implementación de los fines de la ley, debe estar orientado a comprender tanto los aspectos jurídicos de la sociedad como los económicos. Evidentemente no es lo mismo

---

<sup>351</sup> NIETO MARTÍN, A. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo. Op. Cit. pp. 166 y ss.; GÓMEZ-JARA, C. La culpabilidad penal de la empresa. Op. Cit. pp. 242 y ss.

castigar a una corporación que se dedica a administrar asilos de ancianos que a una multinacional encargada de realizar operaciones en bolsa.

### **5.3.1.3. La capacidad económica de la persona jurídica**

Esta variable es extraordinariamente relevante en lo que respecta a las sanciones de las personas jurídicas, en tanto todas ellas, corresponden a sanciones propiamente pecuniarias, y en este sentido, su potencial preventivo se ve determinado particularmente por el impacto que puedan llegar a tener considerando los patrimonios de las personas sancionadas.

Esto, que resulta tan evidente respecto de la pena de multa, es también cierto respecto de las restantes sanciones, especialmente habida consideración de las restricciones que cabe imponer a este respecto sobre la base de lo señalado en el artículo 19 número de 7 de la Constitución Política de la República. En este sentido, salvo en el caso en que resulte procedente la pena de disolución, el juez debe evitar aplicar penas que en los hechos impliquen la quiebra o desaparición de la empresa.

Dando por descontado lo anterior, esta directriz podría dar lugar a un interesante problema interpretativo, especialmente en el caso de que la empresa a sancionar sea miembro de un *holding*, o una cascada de control. ¿Debe considerarse el patrimonio total del holdig o grupo empresarial, o solamente el de la concreta persona jurídica involucrada?.

Sobre la base del criterio seguido en este trabajo, según el cual la persona jurídica responde por un defecto en su organización, parece que la única respuesta plausible es la segunda. Toda otra interpretación violenta el sistema de imputación establecido en la ley, e infringe las bases justificatorias mismas del sistema de imputación de personas jurídicas.

Esta solución no implica, sin embargo, una solución de privilegio para estos modelos de organización. En primer lugar porque en tanto sean identificables defectos de organización a todas las empresas del grupo empresarial, cada una de ellas será responsabilizada por su propia culpabilidad, considerando su patrimonio. En segundo lugar, porque cuando el patrimonio declarado de una sociedad sea menor al efectivo, el problema es fácilmente solucionable mediante las reglas de comiso establecidas en la ley. Y en tercer lugar, porque en todos los casos no cubiertos por estas consideraciones, más que una persona jurídica penalmente imputable por su propia culpabilidad, habrá presencia de personas naturales que instrumentalizan a una determinada estructura societaria. Caso, este último, que debe resolverse mediante el expediente del tradicional derecho penal de las personas naturales.

#### **5.3.1.4. El grado de sujeción y cumplimiento normativo**

Este criterio, que dice relación con “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” plasma en la ley los efectos del ideal del ‘buen

ciudadano corporativo' como criterio definitorio de la culpabilidad de empresa, y ratifica en una medida importante la toma de postura adoptada en la primera sección de esta monografía.

El presupuesto del criterio es bajo esta perspectiva obvio: poseen una mayor culpabilidad aquellas empresas que en su carácter se muestran menos respetuosas de la normativa legal y reglamentaria vigente.

Dentro de este criterio, por lo tanto, debe considerarse lo expresado en la sección 2.1.1.1, del primer apartado de esta memoria: demuestran un menor grado de sujeción y cumplimiento normativo aquellas empresas en las que la generación del ilícito, se cometió en razón de las acciones de sus directivos que poseen institucionalmente poderes más amplios<sup>352</sup>. Esto por cuanto son ellos los forjadores esenciales de la personalidad de la empresa.

Otro tanto puede señalarse respecto de lo expuesto en la sección 2.1.1.3 del primer apartado de esta memoria. Es la cultura empresarial de la empresa encarnada en sus prácticas usuales aquello que debe considerarse para efectos de la determinación del grado de

---

<sup>352</sup> BRICKEY, K. Rethinking corporate liability under de model penal code. Op. Cit. pp. 601 y ss.

cumplimiento o sujeción normativa<sup>353</sup>. En este sentido la mera declaración interna que realiza la empresa, en torno a sus políticas de evitación de los delitos son irrelevantes.

Fuera de lo reseñado, esta directriz cumple una función preventiva especial esencial: incentivar a las empresas a implementar modelos de organización que promuevan una cultura empresarial de respeto por la normativa vigente, y no simplemente una que promueva la obtención de utilidades a cualquier costo.

#### **5.3.1.5. La extensión del mal causado por el delito**

Este criterio, extraído de la regulación del artículo 69 del Código Penal es uno de los que, dada su ambigüedad, ofrece más dificultades interpretativas. Particularmente sobre la base de su comparación con el numeral siguiente, y que prevé la consideración de la gravedad de las consecuencias sociales y económicas del delito.

Respecto de su contenido en el ámbito de las personas naturales, el profesor Pacheco estima que se encuentra asociado a consideraciones principalmente preventivas: "[...] Este mal de que habla la ley, y al que da la importancia que vemos dentro de cada grado de penalidad, no es sólo el mal material y físico que resulta del

---

<sup>353</sup> GÓMEZ-JARA, C. La responsabilidad penal de la empresa en los EE. UU. Op. Cit. p. 54

crimen, sino también el mal de alarma que se difunde por su consecuencia. El legislador no puede prescindir de este origen de penalidades; y después de tenerlo en consideración para sus disposiciones, en cuanto alcanza á estimarlo preventiva ente, tiene que encargar esta estimación de un modo más minucioso los tribunales, únicos que alcanzarán con su prudencia á calificar como sea oportuno sus pequeñas y prácticas gradaciones." <sup>354</sup>

Esta conceptualización algo vaga, tiene importantes correcciones, en la propuesta del profesor van Weezel, quien sostiene que el mal causado por el delito debe comprender:

"i) los resultados típicos no asociados por sí solos en el tipo a incrementos vinculantes de penalidad (Por ejemplo: el grado de deformidad siempre dentro de lo "notable" causado por las lesiones del Art. 397 N° 1); ii) las repercusiones, que necesariamente serán extratípicas, derivadas de la tentativa y del delito frustrado; iii) las demás repercusiones extratípicas del hecho, tanto en los delitos de resultado como en los de mera acción (Por ejemplo: la magnitud del perjuicio económico que sufre el tenedor de un cheque sin fondos, en el delito del Art. 22 del DFL 707 sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques). En todos estos casos, el Art. 69 sólo alcanza a las repercusiones del hecho que sean, al menos, objetivamente

---

<sup>354</sup> PACHECO, J. El Código Penal. Comentado y concordado. Tomo I. Op. Cit. pp. 443

imputables al comportamiento típico. Es discutible si además debe existir dolo o culpa respecto de ellas, y si debe tratarse de repercusiones culpables. De todas formas, la barrera de la imputación objetiva puede bastar para dejar al margen consecuencias insatisfactorias como, por ejemplo, la imputación en todo caso de la muerte del bombero al autor del incendio (Art. 474)”<sup>355</sup>.

En lo que respecta a la pena de las personas jurídicas, el cariz prospectivo (preventivo) del empleo del concepto del ‘mal causado por el delito’, resulta difícilmente soslayable<sup>356</sup>. Si bien una interpretación ‘culpabilista’ del mismo todavía se muestra plausible, los conceptos de culpabilidad prospectiva, y los fines declarados de la pena en contra de la persona jurídica, hacen difícil sostener seriamente la consideración de esta variable de otro modo.

Siendo esto así, la importancia de este factor no puede obviarse. En tanto servirá de parámetro prospectivo, y pauta general, para delimitar los criterios imposición de la pena corporativa<sup>357</sup>. Habría que incluir dentro de su contenido, la idoneidad de la acción punible para favorecer política o económicamente a la posición de la

---

<sup>355</sup> VAN WEEZEL, A. Determinación de la Pena Exacta: El Artículo 69 del Código Penal. Op. Cit. p. 403.

<sup>356</sup> *Ibíd.* pp. 401-406, *passim*.

<sup>357</sup> *Ibíd.* p. 406.

empresa (vid. *supra*, apartado I, sección 2.1.2), entre otros factores, expresamente no comprendidos en la ley.

#### **5.3.1.6. La gravedad de las consecuencias sociales y económicas**

Este criterio, que fue incluido en el segundo trámite constitucional en el Senado<sup>358</sup>, está establecido por la ley de la siguiente manera: “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.”

En este sentido, cumple como fin preciso el de servir de limitación a las intervenciones punitivas del estado para aquellos casos en que la punición de las personas jurídicas pueda implicar un grave daño al funcionamiento de la sociedad.

De esta manera cuentan como empresa del estado: (a) las empresas estatales creadas por ley, (b) las empresas de propiedad exclusiva del estado, y (c) las empresas en las que el estado posee más del 50% de la participación accionaria o posee la mayoría del directorio (C.fr. segundo apartado, sección 4.1.3). Mientras que

---

<sup>358</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la ley N° 20.393. Op. Cit. p. 323

empresa particular que preste un servicio de utilidad pública cabe entender, cualquier empresa de conformación privada que preste un servicio de interés general (C.fr. segundo apartado, sección 4.1.3).

Fuera de lo consignado, es necesario tener en cuenta que bajo la intención del legislador el mero hecho de ser una empresa del estado o privada que preste un servicio público, no implicará *per se* una pena menor que en casos de empresas que no cumplan estas características. El criterio, que se encuentra orientado prospectivamente, solo fungirá como limitante cuando la punición de estas empresas pueda considerarse, pone en un riesgo sobre el aceptable las estructuras económicas o sociales del país.

## CONSIDERACIONES FINALES

Tal como ha podido verse a lo largo de esta monografía, los criterios dogmáticos para adjudicar sanciones a las personas jurídicas se encuentran entre nosotros muy necesitados de desarrollo doctrinario y jurisprudencial. La ley misma, tanto en lo que respecta al sistema de imputación que propone, como en lo que respecta a los mecanismos de determinación de la pena que postula, conlleva múltiples y graves problemas interpretativos, propios de una acelerada técnica legislativa, que hacen necesario instancias de replanteamiento de varias de sus instituciones.

Además de esto, bajo una perspectiva político criminal existen muchas materias tratadas por la presente ley, que se encuentran necesitadas de mayor debate. Esto ya es evidente en la decisión legislativa de implementarla se produjo en un contexto en el cual la doctrina ni siquiera había comenzado a debatir al respecto.

De ahí, que por de pronto, sea necesario profundizar en el debate sobre los márgenes de discrecionalidad con los que cuenta el juez al determinar la pena a aplicar, y la profundidad de las herramientas con que contarán jueces y fiscales, bajo un esquema interpretativo que promueva soluciones óptimas. Esta última consideración, bajo la perspectiva de la escuela restaurativa y el modelo estructural, parecen verdaderamente urgentes.

En razón de ello, al final del día, todo parece indicar que el cariz definitivo del sistema sancionatorio de las personas jurídicas,

será definido en la práctica, por los niveles de laxitud con que jueces y fiscales promuevan suspensiones condicionales del procedimiento, e interpreten la procedencia de las distintas atenuantes y la agravante establecida en la ley.

Sin embargo y fuera de las consideraciones críticas referidas, no puede negarse que las bases del sistema establecido por la ley poseen una lógica interna, que la reconstrucción realizada en este trabajo se propuso desentrañar.

En este sentido, tal como se postuló en la primera sección de este trabajo, el sistema de imputación establecido por la ley se deja reconstruir de un modo más consistente mediante la alusión a un sistema de propia responsabilidad de la empresa, limitado por la intervención de un sujeto calificado, y no como un sistema mixto.

Esta consideración, de ‘culpabilidad de empresa’ expresa limitaciones a la determinación de la pena, y criterios interpretativos que resultan funcionalmente imprescindibles a la hora de solucionar problemas normativos tales como los planteados al considerar las sanciones establecidas en la ley.

Por otro lado, además de una imputación centrada en la empresa, el modelo de responsabilidad penal de la empresa descansa, como hemos visto, principalmente sobre la base de parámetros preventivos (prospectivos). Estos parámetros, que pueden reconstruirse de un modo razonable mediante la alusión al debate

regulatorio norteamericano, entregan soluciones que la teoría de la determinación de la pena corporativa no puede dejar de observar.

De este modo, la determinación corporativa de la pena no puede ser ciega a dos circunstancias que a esta altura debiesen ser evidentes (i) toda sanción penal implica elevadas externalidades negativas para la sociedad y la economía de un país, (ii) no existe una pena corporativa óptima: distintas penas suponen según las circunstancias concretas del caso, distintas clases de incentivos y costos, que un adjudicador informado, tiene por deber considerar. Por ello la ley debe asegurar un espacio relativamente flexible de selección de las penas a aplicar - tanto en cantidad como en naturaleza - a la vez que debe asegurar una institucionalidad que promueva cierto anclaje técnico en las decisiones de determinación de la pena – por ejemplo sobre la base del desarrollo razonado del debate de determinación de la pena.

Fuera de lo reseñado, y sin perjuicio de los temas tratados en esta monografía, subsisten grandes espacios que inciden en la determinación de la pena de las personas jurídicas, que no se encuentran regulados en la ley, y que difícilmente se pueden colmar con las soluciones establecidas para la responsabilidad penal de las personas naturales. Estos espacios no fueron objeto de análisis en esta memoria, por cuanto la excedían enormemente.

Particularmente llamativo en este sentido es el caso de la omisión de reglas para solucionar problemas sobre concursos, y la

falta de reglas precisas en lo que respecta a los problemas de autoría y de fases imperfectas del desarrollo del delito.

Así, por ejemplo bajo la perspectiva adoptada en esta monografía, el último de los ámbitos no requeriría solución legislativa expresa, por cuanto bajo un modelo de la responsabilidad de la propia persona jurídica por un defecto de su organización, la consideración de reglas sobre incriminación de hipótesis de realización imperfecta del delito, o incriminación sobre modos imperfectos o mancomunados de autoría, carece de sentido. Ellas se encuentran fuera de la lógica del sistema de imputación propuesto: una persona jurídica siempre responde de su propia culpabilidad, y respecto de los delitos que han llegado a concretarse (consumarse) en virtud del riesgo que sus defectos de organización genera. Su autoría es siempre accesoria, y siempre depende de la consumación de los riesgos que ella genera.

Sin embargo, este no sería necesariamente el caso si se interpreta el modelo mediante un esquema interpretativo mixto o vicarial. Esto, que sin duda, es una razón práctica de peso para preferir la conceptualización defendida en este trabajo respecto de las restantes, podría indicar la necesidad de una declaración expresa de la ley en este sentido.

Por su parte, la solución a los problemas concursales en este ámbito, es uno de los temas que se encuentran sometidos a mayores interrogantes. Esto porque, salvo en el caso de la determinación de la

pena respecto del caso de la reiteración y la pena de disolución de la persona jurídica, la ley no expresa ninguna regla al respecto.

Esta cuestión es crítica si consideramos lo extraordinariamente diverso del sistema de determinación de penas establecido en la ley N° 20.393 respecto del establecido en el Código Penal. Así, por de pronto, resulta por varias razones desaconsejable - bajo la perspectiva de los fines de la pena empresarial esbozados - la aplicación de las reglas de los artículos 74 y 75 del Código Penal a casos de concurso real o ideal entre los diversos delitos que se pueden imputar a las personas jurídicas.

Esta intuición se ve reforzada por el tratamiento especial que dispensa el artículo 9 de la ley, a los casos de reiteración de crímenes. Estas cuestiones sin embargo no pueden resolverse razonablemente de manera interpretativa, y requieren urgentemente de una solución legal expresa. De lo contrario la coherencia interna del sistema, al aplicar las reglas del Código Penal, se pone en entredicho.

## BIBLIOGRAFÍA

ANANIAS, E. 2012. El comiso de ganancias en el Código Penal chileno. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile.

APEL, K. 1999. ¿Es posible distinguir la razón ética de la racionalidad estratégico-teleológica?. En su: Estudios Éticos. México, Ed. Fontamara.

AYRES, I. BRAITHWAITE, J. 1992. *Responsive Regulation*. New York, Oxford University Press.

BERLE, A. y MENS, G. 1948. *The Modern Corporation and private property*. Nueva York, Ed. The Macmillan Company.

BERLIN, I. 1974. Dos conceptos de libertad. En su: Libertad y necesidad en la historia. Madrid, Ed. Revista de occidente.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2009. Historia de la ley N° 20.393. Santiago, Chile. [en línea] <<http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/3894/1/HL20393.pdf>>.

BLACKBURN, S. y GIBBARD, A. 1992. *Morality and Thick Concepts*. Proceedings of the Aristotelian Society. vol. 66 (1992), pp. 285-99.

BRICKEY, K. 1988. *Rethinking corporate liability under de model penal code*. Rutgers N° 19 L.J. 593 (1987-1988). [en línea] <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/rutlj19&div=33&id=&page=>>>

BOFILL, J. 2011. Estructuras de imputación y prevención de delitos al interior de la persona jurídica. En: V.V.A.A. Gobiernos corporativos. Aspectos esenciales de su regulación. Santiago, Ed. Abeledo Perrot.

BUSTOS, J. y HORMAZABAL, H. 1997. Lecciones de Derecho Penal. Volumen I. Madrid, Ed. Trotta.

CANCIO, M. 2006 ¿Responsabilidad Penal de las personas jurídicas? Algunas consideraciones sobre el significado político criminal del establecimiento de responsabilidad criminal de la empresa. En: V.V.A.A. Nuevas tendencias de política criminal. Madrid, Ed. Reus.

CHILE. Ministerio de Justicia. 2000. Ley N° 19.696. Establece Código Procesal Penal.

— Ministerio del Interior. 2000. Ley N° 18.575. Ley Orgánica Constitucional de bases generales de la administración del Estado.

— Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. 2005. Decreto Ley 211. Fija normas para la defensa de la libre competencia.

— Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2008. Ley N° 20.285. Sobre acceso a la información pública.

— Ministerio de Hacienda. 2009. 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

— Superintendencia de valores y seguros. 2010. Circular N° 1.954. Información que las empresas públicas deben remitir en conformidad a la ley 20.285 sobre acceso a la información pública.

- Ministerio de Justicia. 2011. Código de Comercio.
- Ministerio de Hacienda. 2011. Ley N° 19.913. Crea la unidad de análisis financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos.
- Ministerio Secretaría General de Gobierno. 2011. Ley N° 20.500. Sobre asociaciones y participación ciudadana en la gestión pública.
- Ministerio Secretaría General de la presidencia. 2011. Decreto 100. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República.
- Ministerio de Justicia. 2012. Código Penal.
- Ministerio de Justicia. 2013. DFL 1. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil

COFEE Jr., John. 1981. No Soul to Damn: No Body to Kick: An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment. *Michigan Law Review*, Vol. 79, No. 3 (Ene. 1981) [en línea] <<http://www.jstor.org/stable/1288201>>

- 1983. *Corporate Criminal Responsibility*, en: KADISH, S. 1983. (ed.) *Encyclopedia of Crime and Justice*, Vol. 1. New York, The Free Press.

COMISIÓN DE ESTUDIOS DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE. 1975. Actas oficiales de la comisión constituyente. Sesión 156va. martes 7 de octubre de 1975. Tomo V. [en línea] <[http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/actas\\_oficiales-r](http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/actas_oficiales-r)>

— 1975. Actas oficiales de la comisión constituyente. Sesión 127va. jueves 5 de junio de 1975. Tomo IV. [en línea] <[http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/actas\\_oficiales-r](http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/actas_oficiales-r)>.

REINO UNIDO. 2007. Corporate manslaughter and corporate homicide act. [en línea] <[http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2007/ukpga\\_20070019\\_en\\_1](http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2007/ukpga_20070019_en_1) >

COUSIÑO, L. 1975. Derecho Penal Chileno. Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

COUSO, J. Comentario al artículo 50 del Código penal. En: COUSO SALAS, J y HERNÁNDEZ BASUALTO, H. (directores). Código Penal Comentado. Santiago, Ed. Abeledo Perrot.

CURY, E. 2005. Derecho Penal. Parte General. 8ª ed. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile.

DEL ROSAL, B. y SIMONS, R. 2001. La responsabilidad penal de las personas jurídicas y consecuencias accesorias en el Código Penal Español, en: V.V.A.A. 2001. La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada. Valencia, Tirant lo Blanch.

DISKANT, E. 2008. *Comparative corporate criminal liability: Exploring the Uniquely American Doctrine through comparative criminal procedure*. En: The Yale Law Journal. [en línea] <[http://www.law.yale.edu/documents/pdf/cbl/Diskant\\_paper.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/cbl/Diskant_paper.pdf)>

ETCHEBERRY, A. 1997. Derecho Penal. Tomo II. 3ra ed. Santiago, Ed. jurídica de Chile.

— 1997. Derecho Penal. Tomo IV. 3ra ed. Santiago, Ed. Jurídica de Chile.

FEIJOO, B. 2008. La responsabilidad penal de las personas jurídicas, ¿un medio eficaz de protección del medio ambiente?, en: RPCP, N°9, año 5. Lima.

FISSE, B. y BRAITHWAITE, J. 1988. *The allocation of responsibility of Corporate Crime: Individualism, Collectivism and accountability*. Sydney L. Rev. N°11.1986-1988 p. 507 [en línea] <<http://heinonline.org>>

GARRIDO, M. 1997. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Santiago, Ed. Jurídica de Chile.

GÓMEZ-JARA, C. 2005. La culpabilidad penal de la empresa. Madrid, Ed. Marcial Pons. pp.

— 2006. El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial. Navarra, Ed. Thomson Aranzadi. [en línea] <[http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20080521\\_85.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080521_85.pdf)>

— 2008. La responsabilidad penal de las empresas en los Estados Unidos. Madrid, Editorial universitaria Ramón Areces.

GRACIA, L. 2006. Tratado de las consecuencias jurídicas del delito. España, Tirant lo Blanch.

GRUNER, R. 2004. Corporate Criminal Liability and prevention. Nueva York, Law Journal Press.

GUARDIOLA, M. 2004. Responsabilidad Penal de las personas jurídicas y alcance del art. 129 del Código Penal. Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch.

HABERMAS, J. 1998. Teoría de la acción comunicativa. Ed. Taurus. Bogotá,

HEFENDEHL, R. 2005. La responsabilidad penal corporative: Artículo 2.07 del Código Penal modelo y el desarrollo en los sistemas legales occidentales. En: V.V.A.A., Nuevas tendencias del derecho penal económico y de la empresa. Perú, Ara Editores.

HEINE, G. 1996. La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales. En: Anuario de Derecho Penal Université de Fribourg (1996). Friburgo. [[http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an\\_1996\\_04.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1996_04.pdf)].

— 2006. La responsabilidad colectiva: una tarea pendiente a la luz de la reciente evolución europea. En: GÓMEZ-JARA (ed.). Modelos de autoresponsabilidad penal empresarial. Navarra, Ed. Thomson/Aranzadi.

HERNÁNDEZ, H. 2010. La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile. En: revista Polít. crim. Vol. 5, N° 9 (Julio 2010). Santiago. p. 213. [en línea] <[http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_05/n\\_09/Vol5N9A5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A5.pdf)>

— 2011. Comentario al artículo 31 del Código Penal. En: COUSO SALAS, Jaime; HERNÁNDEZ BASUALTO, H. (directores). Código Penal Comentado. Santiago, Ed. Abeledo Perrot.

HIRSCH, H. 1993. La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas. Tomo 46, Fasc/Mes 3 (1993) pp. 1106.

HORVITZ, M.I. y LÓPEZ, J. 2004. Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago.

HRUSCHKA, J. 2005. Reglas de comportamiento y reglas de imputación. En: Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación. Madrid, Ed. Thomson Aranzadi.

JAKOBS, G. 1996. Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional. Madrid, Ed. Civitas.

— 1997. Culpabilidad y prevención. En su: Estudios de derecho penal. Madrid, Ed. Civitas.

— 1997. Derecho Penal. Parte general. Madrid, Ed. Marcial Pons.

— 1997. El concepto jurídico-penal de acción. En su: JAKOBS, Estudios de Derecho Penal, Madrid, Ed. Universidad Autónoma de Madrid.

— 2002. ¿punibilidad de las personas jurídicas? (trad. de Suárez González), en: V.V.A.A. La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes. Lima, Ed. Ara.

— 2004. Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad. Madrid, Ed. Civitas.

JESCHECK, H. 1981. Tratado de Derecho Penal. Parte General. V. 1. Barcelona, Bosch.

— 1981. Tratado de Derecho Penal. Parte General. V. 2. Barcelona, Casa editorial Bosch.

KAUFMANN, A. 2006. Dogmática de los delitos de omisión. Madrid, Ed. Marcial Pons.

KELSEN, H. 1960. Teoría pura del Derecho. Buenos Aires, Ed. Eudeba.

KENNEDY, C. 1985. *Criminal Sentences for Corporations: Alternative Fining Mechanisms*. California Law Review. Vol. 73, No. 2 (mar., 1985). p. 456. [en línea] <<http://www.jstor.org/stable/3480315>>

KHANNA, V. 1996. *Corporate Criminal Liability: What Purpose does it serve?*. Harvard Law Review. V. 109 N° 7 (1996).

— 1999. *Is the notion of corporate fault a faulty notion?: the case of corporate mens rea*. Boston University law review. Vol. 79:355 (1999).

LABATUT, G. 1978. Derecho Penal. Tomo I. 8va ed. Santiago, Ed. Jurídica de Chile.

LAMPE, E. 2003. Injusto y sistema de injusto. En: LAMPE, Ernst-J. La dogmática jurídico penal entre la ontología social y el funcionalismo. Lima, Ed. Grijley.

LÓPEZ, D. y GARCÍA M. 1996. El Cp/1995 y la voluntad del legislador. Comentarios al texto y al debate parlamentario. Madrid, Eurojuris

LUHMANN, N. 1998. Sistemas Sociales: lineamientos para una teoría general. Barcelona, Ed. Anthropos.

LUZON, D. 2004. Las consecuencias accesorias como tercera vía de las sanciones penales, en: OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO; SIERRA; CORTÉS BECHIARELLI (coordinadores). Estudios penales en recuerdo del profesor Vives Antón. España, Tirant lo Blanch.

MAÑALICH, J. 2007. Pena y ciudadanía, en Estudios Públicos, Santiago, Chile, N°. 108 (2007)

— 2010. ¿Discrecionalidad judicial en la determinación de la pena en caso de concurrencia de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal?, Informes en derecho. Doctrina procesal penal 2009. Santiago, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública.

— 2011. Organización delictiva. Revista Chilena de Derecho, vol. 38 N°2 (2010). Santiago.

MAURACH, R. 1994. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Buenos Aires, Ed. Astrea

MERA, J. 2011. Comentario al artículo 11 del Código Penal. En: En: COUSO SALAS, Jaime; HERNÁNDEZ BASUALTO, H. (directores). Código Penal Comentado. Santiago, Ed. Abeledo Perrot.

MIR PUIG, S. 1998. Derecho Penal. Parte General. Barcelona, Editorial Reppertor.

— 2004. Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología núm. 06-01 (2004), [en línea] <<http://criminet.ugr.es/recpc06-01.pdf>, p. 4>.

MONTERO, A. y TORRES, J. 1998. La economía del delito y de las penas. Granada, Ed. Comares

NIETO MARTIN, A. 2008. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo. Madrid, Ed. Iustel.

PACHECO, J. 1888. El Código Penal. Comentado y concordado. Tomo I. 6ª ed. Madrid.

PARSONS, T. y SHILS, E. 1951. Toward a General Theory of Action. Cambridge, MIT Press.

PARSONS, T. 1968. Interaction: Social Interaction. En: International Encyclopedia of the Social Sciences, t. 7, Nueva York.

PIÑA, J. 2005. Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del derecho penal. Barcelona, Ed. Bosch.

POLITOFF, S., MATUS, J. y RAMÍREZ, C.. 2001. Lecciones de derecho penal chileno. Parte especial. Santiago, Ed. Jurídica de Chile.

POLITOFF, S. y MATUS, J. 2002. Comentarios a los artículos 18 a 49 del Código Penal. En: POLITOFF, Sergio y ORTIZ, Luis. (dir.) Texto y comentario del Código Penal chileno. Santiago, Ed. Jurídica de Chile.

POSNER, R. 1980. *Optimal Sentences for White Collar Criminals*. 17 Am. Crim. L. Rev. 409 (1979-1980) p. 409 y ss. [en línea] <

PUIG, F. 1952. Comiso. En: Nueva Enciclopedia Jurídica (Director Carlos E. Mascareñas). Tomo IV. Barcelona, Ed. Francisco Seix.

QUINE, W. 2005. Dos dogmas del empirismo. En: VALDES, L. La búsqueda del significado: lecturas de filosofía del lenguaje. Madrid, Ed. Tecnos.

RAWLS, J. 1971. *A Theory of Justice*. Cambridge, Harvard University press.

ROBBINS, L. 1951. *Ensayo sobre la naturaleza y la importancia de la ciencia económica*. México, Fondo de Cultura Económica.

ROBLES PLANAS. 2006. *Delitos de personas jurídicas*. Indret: Revista para el Análisis del Derecho. N° 2 (2006). Barcelona.

ROXIN, C. 1981. *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*. Madrid, Ed. Reus.

— 1981. La determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena. En: ROXIN, C. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Madrid, Ed. Reus.

— 1997. *Derecho Penal Parte General*. Tomo I. Madrid, Ed. Civitas.

SCHOLZ, J. 2008. *Voluntary compliance and regulatory enforcement*. Revista Law & Policy N° 4. Vol. 9. Jun. 2008. pp. 385 y ss. [en línea] <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1467-9930.1984.tb00334.x/pdf>>

SCHÜNEMANN, B. 1988. *Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa*. En: GIMBERNAT, Enrique (dir.) *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo XLI, Fascículo II. Mayo-Agosto (1988). Madrid, Ed. Ministerio de Justicia.

— 1995. La punibilidad de las personas jurídicas la perspectiva europea. En: V.V. A.A. *Hacia un derecho penal económico europeo*. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann. Madrid, Boletín Oficial del Estado.

SILVA SÁNCHEZ, J. 2006. La aplicación judicial de las consecuencias accesorias para las empresas, InDret, N°2 (2006)

— 2007. La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo. InDret N°2-2007. Barcelona. [en línea] <[www.indret.com/pdf/426\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/426_es.pdf)>

STRAWSON, P. 2000. Libertad y resentimiento. En su: Libertad y resentimiento y otros ensayos. Barcelona, Ed. Paidós.

TIEDEMAN, K. 1986. Poder económico y delito. Barcelona, Editorial Ariel, S.A.

— 1996. Responsabilidad Penal de las personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en derecho comparado. En: GÓMEZ, J.; GÓNZALEZ, J. (coord.). La reforma de la justicia Penal. Barcelona, Ed. Universitat Jaume I. Castelló de la Plana.

TODARELLO, V. 2003. *Corporations Don't Kill People-People Do: Exploring the Goals of the United Kingdom's Corporate Homicide Bill*. en: N. Y. L. Sch. L. Rev. 46 (2003) [en línea] <[http://www.nyls.edu/user\\_files/1/3/4/17/49/v46n3-4p851-865.pdf](http://www.nyls.edu/user_files/1/3/4/17/49/v46n3-4p851-865.pdf)>

VAN WEEZEL, A. 2001. Determinación de la Pena Exacta: El Artículo 69 del Código Penal. Ius et Praxis. vol.7, n°2 (2001), p. 406. [en línea] <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122001000200017&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122001000200017&lng=es&nrm=iso)>

— 2010. Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Revista electrónica Política Criminal Vol. 5, N° 9 (Julio 2010), p. 116 [en línea] <[http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_05/n\\_09/Vol5N9A3.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A3.pdf)>

— 2010. Persona como sujeto de imputación y dignidad humana. Revista derecho y Humanidades. no 16 vol. 1. Santiago. pp. 75 y ss. [en línea] <<http://www.derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/rdh/article/download/16005/16520>>

VON HIRSCH, A. 1998. Censurar y Castigar. Madrid, Ed. Trotta.

VON LIZST, F. 1917. Tratado de Derecho Penal. Tomo tercero. Madrid, Ed. Hijos de Reus. p. 360.

WITTGENSTEIN, L. 2007. *Philosophical Investigations*. Oxford, Ed. Blackwell.

ZIFFER, P. 1999. Lineamientos de la determinación de la pena. Buenos Aires, Ed. Ad-hoc.

ZUGALDIA, J. 2008. La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones. Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch.

ZÚÑIGA, L. 2009. Bases para un modelo de imputación de Responsabilidad Penal a las Personas jurídicas. Navarra, Ed. Thomson Reuters.