



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Ciencias Penales

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

A Propósito de Asevertrans, Vulneración de non bis in ídem o solo un problema de culpabilidad en la responsabilidad penal de la Persona Jurídica

Memorista: Sebastián Eduardo Ortiz Silva

Profesor Guía: Miguel Schurmann Opazo

Santiago, 2019.

A Marilyn y a José, que han estado desde el comienzo y a los que les debo este trabajo y más. A mi familia y mis amigos, quienes me hacen disfrutar de esta maravillosa carrera y de la vida.

A Carla, por acompañarme en este periodo y no dejar que lo dificultoso se sobrepusiera.

A mis padres, familia, pareja y amigos, por todo el apoyo en este largo camino.

*A quienes están y los que ya se han ido.
¡Gracias por tanto y perdón por tan poco!*

ÍNDICE

Abstract	7
Capitulo Uno Caso Asevertrans.....	9
I. Introducción.....	9
II. Caso Asevertrans	10
III. Estado en Chile de la Responsabilidad de la Persona Jurídica	12
Capitulo Dos Principio de Culpabilidad y Modelos de Atribución de Responsabilidad.....	15
I. Cuestiones Previas	15
II. Modelos de Responsabilidad	17
a. Modelo Heterónimo de Culpabilidad	17
b. Modelo Autónomo de Culpabilidad.....	18
c. Modelo Mixto de Culpabilidad	23
III. Modelo de Atribución de Responsabilidad presente en la Ley 20.393	25
Capitulo Tres Principio Ne bis in ídem, aproximación general	31
I. Cuestiones Generales	31
II. Definición del Principio	32
III. Consagración Normativa del Principio	34
IV. Presupuestos de aplicación de la prohibición de Ne bis in ídem	36
a. Identidad en el fundamento de la persecución	37
i. Igualdad del bien jurídico protegido	38
ii. Identidad en la fundamentación	40
b. Identidad en el sujeto de Persecución	40
Capitulo Cuatro Concurrencia de Sanción a la Persona Jurídica y a la Persona Natural	43
I. ¿vulneración al Ne bis in ídem? O solo un criterio de atribución de responsabilidad	43
Capítulo Cinco Conclusiones	53
Bibliografía	55

Abstract

Asevertrans is a case where the juridical person is absolved of bribery offenses, condemning his Administrator for the same facts, we try to answer to what arguments this absolute decision was due, whether it was an application of the Ne bis in idem, or was it a Court decision based on the models of attribution of responsibility. This work seeks to answer this question and establish general criteria as an application of this principle, for subsequent application in similar cases.

Key Words: Criminal Liability Legal Person, Asevertrans, Nen bis in idem, Attribution of Responsibility

Resumen

Asevertrans es un caso donde se absuelve a la persona jurídica de los delitos de cohecho, condenando a su Administrador por los mismos hechos, intentamos responder a que argumentos se debió esta decisión absolutoria, si fue una aplicación del Ne bis in idem, o fue una decisión del tribunal basada en los modelos de atribución de responsabilidad. Este trabajo busca responder esta pregunta y establecer criterios generales en tanto aplicación de este principio, para su posterior aplicación en casos similares.

Palabras Claves: Responsabilidad Penal Persona Jurídica, Asevertrans, Nen bis in idem, Atribución de Responsabilidad.

Capítulo Uno Caso Asevertrans

I. Introducción.

El año 2010, se aprueba en Chile la Ley N° 20.393, denominada ley de responsabilidad penal de la persona jurídica, esto debido principalmente a la intención de nuestro país de ser aceptado como un miembro de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y dado que ésta establecía como requisito para la aceptación plena el tener una normativa con respecto a la responsabilidad penal de la persona jurídica, de este modo, en fecha 16 de marzo de 2009, entra vía mensaje presidencial a la cámara baja, el proyecto de ley, que a la postre sería aprobado siendo promulgado en fecha 25 de noviembre de 2009 y publicada en el diario oficial en fecha 2 de diciembre de 2009, dando inicio de este modo a un cambio profundo en la manera en que entendíamos el Derecho penal, pues en nuestra tradición legal, no existían elementos para sancionar penalmente a las personas que cometían delitos, esto en virtud de la preponderancia del principio “societas delinquere non potest” y reconocido en el artículo 58 de nuestro código procesal penal (CPP), principio que se ha ido dejando atrás poco a poco en la tradición continental.

A partir de la entrada en vigor de la ley 20.393, se tipifican los delitos de cohecho, lavado de activos y financiamiento al terrorismo, ampliándose dicho catálogo inicial, según decisiones de política criminal.¹ Si bien esta norma lleva a la fecha 9 años de vigencia, no existe una tipificación muy amplia de casos donde reciba aplicación la misma, esto debido a la gran especialidad, en cuanto no son casos de común , de esta manera Iván Navas, identifica 7 casos donde recibe aplicación esta normativa (Navas Mondaca Iván, 2018, pág. 1032):

- Caso Maggi: Sentencia condenatoria dictada el día 14 de abril de 2014, causa caratulada “Fisco de Chile con Eadez”, RIT N° 1104-2011, RUC N° 1000854916-3, por Juzgado de Garantía de Chillán, en contra de Sociedad Aridos Maggi Limitada por el delito de cohecho.

¹ “El catálogo de delitos de la Ley 20.393 que hace poco solo contemplaba cuatro tipos penales: soborno a nacionales y extranjeros, lavado de activos, financiamiento del terrorismo y receptación; pasó en noviembre de 2018 a tener ocho delitos que introdujo la Ley 21.121: corrupción entre particulares, negociación incompatible, administración desleal y apropiación indebida y hoy tiene 12 conductas tipificadas, agregando los delitos contemplados en los artículos 136, 139, 139 bis y 139 ter de la Ley General de Pesca y Acuicultura. Los nuevos delitos que generan responsabilidad penal de las empresas a partir del 31 de enero son: delito de contaminación de aguas, pesca ilegal y falta de acreditación del origen legal de recursos hidrobiológicos vedados o sobrexplotados.” <https://www.elmercurio.com/legal/noticias/opinion/2019/02/07/ley-de-pesca-y-nuevos-delitos-que-generan-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas.aspx>

Se interpuso recurso de apelación el cual se tramitó ante la Corte de Apelaciones de Chillán bajo el RIT N° 105-2014.

- Caso Ceresita: caso terminado con suspensión condicional del procedimiento, acordado por Industrias Ceresita S.A. y el Ministerio Público, en causa caratulada “Ministerio Público con Reyes”, RIT 157-2012, RUC 1101272897-4 del Tercer Juzgado de Garantía de Santiago, por el delito de cohecho.
- Caso Colbún: Sentencia condenatoria dictada el día 12 de agosto de 2013, causa caratulada “Ministerio Público con Rojas”, RIT N° 9211-2012, RUC N° 1201092968-5, por el Juzgado de Garantía de Talca, en contra de Salmones Colbún Limitada y Servicios Agrícolas Mecanizados Limitada por el delito de cohecho.
- Caso Asevertrans: Sentencia absolutoria dictada el día 2 de junio de 2015, causa caratulada “Consejo de Defensa del Estado con Asevertrans Limitada”, RIT N° 33-2014, RUC N° 1100770074-3, por el Tribunal De Juicio Oral en lo Penal de Arica, en la cual se acusa a la persona jurídica Asevertrans Limitada por el delito de cohecho para luego absolverla.
- Caso Pehuenche: Sentencia condenatoria dictada el día 19 de agosto de 2015, causa caratulada “Ilustre Municipalidad de Santiago con Droguett”, RIT N° 11862-2014, RUC N° 1400129785-7, por el 7º Juzgado de Garantía de Santiago, en contra de Empresa Constructora Pehuenche por el delito de cohecho.
- Caso Universidad del Mar: Sentencia condenatoria dictada el día 2 de junio de 2016, causa caratulada “Ministerio Público con Luis Eugenio Díaz”, RIT N° 4799-2012, RUC N° 1200084351-0, por el 8º Juzgado de Garantía de Santiago, en contra de La Universidad del Mar por el delito de cohecho.

De este catálogo, es particularmente relevante, el caso Asevertrans esto debido a dos razones, la primera es el único caso de esta lista en que el tribunal conoció del mismo por medio de un juicio oral, en tanto puede extrapolarse un problema de modelo en la atribución de la responsabilidad penal de la persona jurídica o una problemática de aplicación del principio ne bis in ídem.

II. Caso Asevertrans.

El denominado caso Asevertrans, es una acusación de cohecho a la persona jurídica (Asevertrans Limitada), en tanto se produjeron sobornos a concejales de la Ilustre municipalidad de Arica, por parte de Jorge Frías.

Asevertrans es una sociedad de responsabilidad limitada, contando como socios a Jorge Frías Esquivel con un 98% de participación de la empresa y a don Jorge Frías Ortega con un 2% de participación², constituida el día 2 de diciembre de 1997, y figura como una sociedad de responsabilidad limitada. En la acusación fiscal, se le imputa al representante legal (Jorge Frías Esquivel), el delito de cohecho activo o soborno, en un carácter de reiterado, en beneficio exclusivo de la sociedad. De este modo, a priori, al haberse vulnerado el artículo 250 del Código Penal, debido a, según la acusación, el incumplimiento por parte de la empresa de los deberes de dirección y supervisión, de acuerdo con lo dispuesto en la ley 20.393.

Los hechos que se le imputan a la empresa es el cohecho activo a diversos funcionarios de la ilustre municipalidad de Arica, todo esto por medio de la actividad del representante legal de la misma.

La defensa por su parte argumenta que es imposible realizar la imputación, en tanto *“el reproche a la persona jurídica es no realizar las acciones para evitar el fraude, por ello las personas jurídicas deben tener cierta complejidad; por ende, las personas jurídicas orientadas a proteger el patrimonio no son posible; y en la empresa de Frías (Asevertrans) la complejidad no existe (...)”*³

De este modo observamos que el debate en el caso en cuestión radica en determinar la complejidad de la persona jurídica Asevertrans y si esta posee una voluntad lo suficientemente autónoma para ser responsable penalmente.

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, a fin de cuentas determina que si existen los hechos constitutivos de cohecho (por lo cual condena a Jorge Frías Esquivel a la pena de 5 años de presidio menor en su grado máximo y a una multa del 40% del monto del perjuicio), pero en consideración a la falta de esta complejidad, el tribunal falla que no se cumplen los criterios de penalidad establecidos en la norma⁴, por lo cual se debe declarar la absolución de la persona jurídica Asevertrans.

Este fallo, es relevante pues es el primero que termina en absolución de la persona jurídica, pero lamentablemente, los argumentos esgrimidos del tribunal quedan cortos, esto en tanto solo se refiere someramente a los requisitos de culpabilidad establecidos en la ley 20.393, estableciendo solamente que la persona jurídica, Asevertrans no cuenta con la capacidad de implementar los planes de control y prevención, en tanto el señor Frías, actuaba en la especie como el único órgano de la

² Tal como consta en la acusación de la fiscalía, citada en la sentencia rol único N° 1100770074-3

³ Página 290 Sentencia Aservertrans

⁴ Considerando 303 de la sentencia

empresa. no identificándose de esta manera cuales son finalmente los motivos subyacentes a la decisión absolutoria, si es una decisión basada en el principio de Ne bis in idem, o se refiere a una decisión basada en el modelo de atribución de responsabilidad.

Ahora bien, corresponde antes de referirnos a los argumentos del tribunal, mencionar el estado de la responsabilidad penal de la persona jurídica en Chile.

III. Estado de la Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica en Chile.

Tal como se mencionó anteriormente, en el año 2010 entra en vigor en Chile la Ley 20.393, llamada Ley sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica, norma que modifica el paradigma de cómo se entendía este elemento. De tal modo que existen detractores, con críticas relativas a la capacidad de acción, a la existencia de culpabilidad y al sentido de la pena (Van Wezeel, 2010).

Críticas aparte, el legislador determina al aprobar dicha norma, que las personas jurídicas son responsables penalmente, al menos en los delitos determinados en este catálogo, y además establece otros criterios de punibilidad a las mismas, esto según lo establecido en el artículo 3 de la norma en cuestión:

“Artículo 1°.- Contenido de la ley. La presente ley regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto de los delitos previstos en los artículos 136, 139, 139 bis y 139 ter de la Ley General de Pesca y Acuicultura, en el artículo 27 de la ley N° 19.913, en el artículo 8° de la ley N°18.314 y en los artículos artículos 240, 250, 251 bis, 287 bis, 287 ter, 456 bis A y 470, numerales 1° y 11, del Código Penal; el procedimiento para la investigación y establecimiento de dicha responsabilidad penal, la determinación de las sanciones procedentes y la ejecución de éstas.

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

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

Artículo 3°.- Atribución de responsabilidad penal. Las personas jurídicas serán responsables de los delitos señalados en el [artículo 1°](#) que fueren cometidos directa e inmediatamente en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere

consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión.

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

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

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

Del contenido de la norma observamos que esta solo recibe aplicación en determinados delitos a saber, soborno a nacionales y extranjeros, lavado de activos, financiamiento del terrorismo y receptación; corrupción entre particulares, negociación incompatible, administración desleal y apropiación indebida, delito de contaminación de aguas, pesca ilegal y falta de acreditación del origen legal de recursos hidrobiológicos vedados o sobrexplotados. De modo que para que reciba aplicación esta norma se hace necesario que el delito cometido sea mencionado en este artículo.

Además se requiere para la aplicación de esta norma de tres requisitos indispensables para imponer la sanción a la persona jurídica, a saber, que el delito sea cometido por una persona natural dotada de capacidad de administración o de una persona que se encuentre bajo dirección o supervisión por parte de uno de ellos. Además de que el delito sea cometido en interés o provecho de la propia persona jurídica y que este se haya cometido por infracción a los deberes de dirección y supervisión que debe tener una persona jurídica.

Ahora bien, corresponde mencionar un elemento que se hace muy relevante, es cómo la dogmática se hace cargo de las problemáticas que este cambio legislativo implica, pues la teoría del delito clásica, no se pone en el lugar de su aplicación a un ente colectivo, si no que más bien se refiere a la idea de que son solo los individuos los capaces de delito, por lo que la estructura que nos entrega, se hace suficiente en tanto se basa en el paradigma de “societas delinquere non potest”.

De tal manera, surgen dos posibilidades, si crear una nueva teoría del delito, en tanto no es posible enmarcar a las personas jurídicas en la teoría clásica, lo que conduce a una tercera o cuarta vía del derecho penal, o por su parte corresponde adaptar la teoría del delito a esta nueva realidad, observando que elementos podemos rescatar y cuales debemos repensar para determinar si estos sujetos colectivos son susceptibles de delito.

Para objetos de esta investigación, consideramos que los elementos relevantes para determinar la responsabilidad penal de la persona jurídica es la discusión respecto si las personas jurídicas son susceptibles de realizar una acción, así como también el llamado principio de culpabilidad, en tanto es esta figura la que nos va a permitir a fin de cuentas atribuir dicha responsabilidad a la empresa.

Con respecto al tema de la susceptibilidad de acción de un sujeto colectivo, debemos mencionar que, bajo el prisma clásico de la teoría del delito, esto es mirando el análisis ontológico del ser humano, esto en tanto es un ser con una voluntad propia y una psiquis que le permite comprender el injusto y evitar el resultado penalmente relevante, la ficción de la persona jurídica no podría a priori ser susceptible de la misma.

No obstante esto se critica este análisis de la acción en tanto la relevancia de la misma no parece ser tan importante hoy en día, esto debido a que la doctrina considera que *“hoy en día las concepciones actuales no centran la discusión de la responsabilidad penal, pues este concepto ha resultado con poco rendimiento para determinar que es relevante penalmente (...) Las posturas teleológico-funcionalistas que hoy son dominantes, centra ese punto de arranque, en el tipo de injusto como expresión valorativa de sentido, la cual está condicionada por los fines político-criminales de la norma, esto es a fin de cuentas la prevención y la protección frente ataques a bienes jurídicos (como se cita en Órtuzar Gjuranovic, 2012, pág. 200)*

Se puede plantear incluso un concepto social de acción a saber “un comportamiento exterior de impacto social, evitable en función de sus efectos razonablemente previsibles, lo que implica que el actor puede determinarse (finalísticamente) a evitarlo y por ello, le es imputable. (Órtuzar Gjuranovic, 2012, pág. 200)

Dicho esto, es que debemos considerar a fin de cuentas un concepto de acción que permita incluir a la persona jurídica, este concepto lo podemos definir como la evitación de un resultado, elemento que no incluye necesariamente en el sujeto de imputación una dualidad cuerpo-psique, si no que puede referir a otros elementos como estatuto y órganos de una persona jurídica, por lo que fuerza concluir que la empresa si puede ser susceptible de realizar una acción.

Capítulo 2 Principio de Culpabilidad y Modelos de Atribución de Responsabilidad.

I. Cuestiones Previas.

Según lo planteado anteriormente, es el principio de culpabilidad, el elemento que mayores problemas nos puede traer con respecto a la aplicación plena de una responsabilidad penal de la persona jurídica, esto en tanto “ninguna categoría penal es tan discutida como las de la culpabilidad y ninguna es tan imprescindible (...) ningún derecho penal moderno puede subsistir sin el principio de culpabilidad”, tanto así como también se ha llegado a sostener que “el principio *societas delinquere non potest* se había impuesto como expresión del principio no hay pena sin culpabilidad”.

De hecho aún existen voces que plantean que las personas jurídicas no son susceptible de culpabilidad, en tanto ésta se ha definido como “*el reproche personal que se dirige al autor por la realización de un hecho típicamente antijurídico*” (Mario, 2003, pág. 195), así como también se ha entendido a esta misma como la posibilidad de comprender la norma y comportarse de acuerdo a ella.

De este modo bajo un concepto de culpabilidad es evidente que una persona jurídica no podría ser culpable de delito, en tanto se presupone un reproche ético-social para una voluntad libre, pensado en personas naturales. De este modo además la culpabilidad implica un rechazo a la culpabilidad objetiva, dado que una rama del derecho que afecta derechos fundamentales de las personas no puede castigar a un sujeto sin que este haya intervenido libremente en el hecho típico y antijurídico. Este principio choca a priori con el castigo a una persona jurídica, dado que, si se hace responsable a esta por conductas realizadas por directores, gerentes o empleados, se estaría castigando a un sujeto distinto al que materialmente intervino en la conducta típica.

A este problema se ha tratado de dar solución de diversas maneras, la primera es mediante las figuras de la Autoría Mediata, en tanto el hecho típico se comete en nombre de la persona jurídica, donde esta tendría el dominio funcional del hecho, esto en tanto la empresa mediante su autoridad y la posibilidad de reemplazar al autor material por otro si este no cumple las ordenes. Sin embargo, surgen problemas en la configuración de la empresa moderna, dado que en estas la estructura de las mismas ha dejado de ser piramidal donde el órgano de control estaba claramente determinado, actualmente las estructuras de subsistemas empresariales son más complejas, donde existen diversos sistemas de coordinación y delegación, lo que a la larga implica que la cúpula central tiene una menor capacidad de dirección efectiva, producto de una menor información de la misma, por lo que el sistema de autoría mediata se ve complejo de aplicar, también existen intentos de explicar esta culpabilidad

bajo el modelo de la coautoría, donde un autor es la persona jurídica y el otro la persona natural que actúa en beneficio de esta, pero surgen problemas similares a los planteados con la autoría mediata, en tanto se hace muy difícil determinar un grado de simetría entre un subordinado y los órganos de la empresa, así como tampoco se puede hacer cargo de los casos donde la cúpula no posea conocimiento del objetivo delictivo.

Por último, y como solución a este problema se intenta incluir la teoría de sistemas, considerando a la empresa como un sistema autopoiético, que básicamente es un sistema que se produce a sí mismo, es decir que produce y reproduce los elementos a partir de los cuales está constituido (Gomez-Jara Díez, 2006, pág. 153), lo que a fin de cuentas implica la capacidad que tiene una persona jurídica como cualquier sistema psíquico de comunicarse y de darle un valor a dicho acto comunicativo, en tanto puede desconocer la vigencia de una norma, no acatándola por medio de una decisión que se genera en la “Cultura” de la empresa.

La introducción de la teoría de sistemas se traduce en que podemos entender la culpabilidad ya no como un presupuesto del reproche, si no que la consideramos bajo un aspecto funcional relacionado con la teoría de la pena (entendiendo está en un enfoque prevencionista). De modo que *“la pena siempre supone la reacción frente al quebrantamiento de una norma. Esta reacción demuestra en todos los casos que se debe respetar la norma quebrantada. Y esta reacción se manifiesta siempre a costa del competente del quebrantamiento de la norma”* (Citado en Órtuzar Gjuranovic, 2012, pág. 208).

De este modo el concepto de culpabilidad se aleja del libre albedrío, si no que se busca un concepto que rinde un fruto en la regulación, de acuerdo a los principios de la misma para un determinada estructura social, no se trata de la psique del autor o a su intención o no de realizar el hecho, si no que se refiere al acaecimiento y a la existencia de una comunicación contraria a derecho, cuando dicha comunicación pudo ser distinta (esto es reconocer la vigencia de la norma y actuar conforme a ella). De este modo queda claro que las personas jurídicas son sujetos que pueden ser sujetos activos dentro dentro del ambito juridico penal y por lo mismo es razonable pensar que esta rama del derecho debe hacerse cargo de las comunicaciones que estos organos realizan. Esto dado que una persona jurídica puede, al final del dia vulnerar la vigencia de la norma penal, lo que es el fin último del sistema.

Tanto así que también en este punto se genera una problemática, es la persona jurídica culpable individualmente o solo se aplica una sanción a la misma debido a la culpabilidad del sujeto

que comete el injusto, o lo que es decir, la responsabilidad penal de la persona jurídica emana de un reproche de culpabilidad autónomo o solo responde penalmente por una responsabilidad derivada del sujeto directivo o dependiente, estos dos extremos conviven en las distintas legislaciones que reconocen la responsabilidad penal de la persona jurídica, por lo tanto a continuación corresponde referirnos a los mismos y a como los ha entendido la doctrina.

II. Modelos de Atribución de Responsabilidad:

Como lo mencionamos anteriormente se reconocen, a grandes rasgos, tres modelos de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas, un modelo heterónimo o de responsabilidad derivada, que básicamente plantea que la persona jurídica debe hacerse cargo del delito cometido por uno de sus “directivos o dependientes” independientemente de la culpabilidad de la empresa. Un modelo autónomo, donde la empresa responde por una culpabilidad propia, generalmente por una falla en modelos de prevención, y por último un modelo mixto que incluye elementos de ambos.

a. El modelo heterónimo de responsabilidad

El modelo heterónimo de responsabilidad se caracteriza principalmente por atribuirle responsabilidad penal a una persona jurídica por la realización de uno o más delitos por parte de una persona natural dentro de la organización de la empresa, esto en base a ciertos hechos de conexión, que principalmente se refieren al grado de responsabilidad que posee dicho individuo en el marco global del sujeto colectivo.

Por lo general este modelo recibe mayor aplicación en los países de tradición jurídica del *common law*, dado que en estos es posible fundamentar la responsabilidad penal sobre la base de la siempre realización o producción de determinadas conductas peligrosas, lo que equivale a una responsabilidad sin culpa, por lo que en esta tradición no hay mucho problema en atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas. Esto debido a que, en dichos sistemas, la ficción de la persona jurídica en contraposición a la realidad de las personas naturales que la componen, de este modo es posible hablar de una transferencia de culpabilidad de la persona natural a la persona jurídica. Esto debido a que son personas en representación de ese ente moral, las que actúan por su nombre, descartando de este modo una existencia de una voluntad susceptible de delito. (Órtuzar Gjuránovic, 2012)

Siguiendo con este modelo, existen diferencias entre los sistemas, que van en los requisitos exigidos, para esta llamada transferencia de responsabilidad, en tanto en el sistema de los Estados Unidos de Norteamérica (EEUU) amplía el catálogo, en tanto se exige que el delito sea realizado por un agente determinado dentro de la empresa (agente que en un principio era una persona con cierto control en la sociedad, es después del caso “New York Cent. & Hudson River, que se amplía este elemento a las personas contratadas por la empresa y no solo a gerentes y dueños), que este hecho típico sea realizado en directa relación con el giro de la empresa y que dicho hecho típico vaya en beneficio de la misma. Cabe mencionar que en el common law estadounidense, se considera de igual modo a las omisiones, por lo que no solo se castiga un hecho positivo, si no que una omisión, lo que implica la exigencia de una fiscalización más exhaustiva para evitar la comisión de delitos.

Por su parte en el common law británico, se exige que el hecho punible sea ejecutado, omitido o ignorado -conociendo de su existencia- por un órgano superior que tenga facultades de administración dentro de la empresa.

De este modo, en palabras de Elena Nuñez: *“los sistemas de heterorresponsabilidad consideran que, si bien las personas jurídicas no pueden actuar ni ser consideradas culpables de posibles actuaciones delictivas, sí podrán, bajo determinadas condiciones, ser sujetos de imputación de las responsabilidades penales que se pudiesen derivar de las acciones que hayan realizado sus representantes o subordinados. La variedad de criterios o condiciones utilizados por los sistemas incardinados en este grupo para atribuir responsabilidad a las personas jurídicas por los actos de las físicas es enorme, desde sistemas que trasladan a este ámbito criterios de responsabilidad fundamentados en la figura de la representación, hasta aquellos que pretenden establecer un vínculo más estrecho y concreto entre dicha entidad y el acto de la persona física que va a fundamentar su responsabilidad mediante la exigencia de ciertos requisitos adicionales y específicos del Derecho penal, como el de que el acto delictivo que se pretenda imputar a la persona jurídica se hubiese efectuado en su beneficio.”* (Elena, 2008)

b. Modelo autónomo de responsabilidad

Este modelo parte de la base de que la persona jurídica si es susceptible de culpabilidad autónoma, por lo que la sanción penal no es derivada, si no propia. Para ello han existido varias teorías que intentan hacerse cargo de esta autonomía, siendo las más relevantes las siguientes. (Gómez-Jara Diez, 2016, págs. 155-171)

La Primera de estas teorías es la llamada culpabilidad por la conciencia especial de la persona jurídica, planteada por Hafter, la voluntad de la persona jurídica se configura como una voluntad especial, que debe distinguirse de la voluntad de sus miembros y no debe ser entendida como la suma de estas. De este modo la voluntad de la persona jurídica tiene las mismas características de la de un individuo, en tanto se requiere, para actuar culpablemente de una conciencia especial consciente de la culpa de la misma.

Otra teoría por mencionar es la llamada culpabilidad por el espíritu normativo de la persona jurídica, propuesta por Busch y básicamente se trata de identificar la culpabilidad de la persona jurídica con la culpabilidad de todos los miembros de la persona jurídica, esto es una culpabilidad colectiva, en tanto todos los miembros del ente colectivo, han fomentado un determinado espíritu normativo de la persona jurídica, que ha causado la comisión por parte del órgano de un delito.

Otro elemento a considerar es la llamada culpabilidad funcional del órgano, planteada por Schroth, que sostiene que *“la especialidad estructural de la culpabilidad de la persona jurídica resulta del hecho de que no se trata de la imputación de una culpabilidad del órgano puramente individual, sino de una culpabilidad funcional del órgano, es decir, se trata de la imputación de una forma de comportamiento culpable que se expresa en la culpabilidad colectiva de la persona jurídica(...) (...)una formación de la voluntad colectiva defectuosa en el plano de la persona jurídica; esto es, una culpabilidad de la persona jurídica. Por lo tanto, el reproche de culpabilidad se va a dirigir contra dichas formas de comportamiento”* (Gómez-Jara Diez, 2016, pág. 157)

Una cuarta teoría se refiere a la culpabilidad por no evitación de los fallos organizativos de la persona jurídica, planteada por Hirsch sosteniendo que *“la culpabilidad de una persona jurídica afirma, no es idéntica a la culpabilidad de sus miembros”*. Sostiene a fin de cuentas que *“La verdadera culpabilidad de la persona jurídica radica en la evitabilidad del hecho por parte de la propia corporación, debiendo entenderse por tal “la evitabilidad de las deficiencias en la selección y supervisión de los representantes, otros fallos organizativos, una política empresarial criminógena”* (Gómez-Jara Diez, 2016, pág. 158)

Ernst J. Lampe, por su parte crea un concepto de culpabilidad por el carácter de la empresa, en tanto *“La Culpabilidad de una persona jurídica -de su management- consiste en que se ha creado o mantenido, cultivado una filosofía criminógena o ciertas deficiencias organizativas (...) la Culpabilidad es siempre la consecuencia de un carácter defectuoso, lo cual resulta perfectamente válido también*

para la persona jurídica, en tanto que la culpabilidad de la persona jurídica es la consecuencia de un defectuoso carácter empresarial". (Gómez-Jara Diez, 2016, pág. 160)

Gehard Dannecker señala que "debe distinguirse entre la culpabilidad individual (individualschuld) y la culpabilidad de la persona jurídica (verbandsschuld), la cual se determina de manera decisiva por la responsabilidad social, debiendo de este modo establecerse el contenido del reproche de culpabilidad de esta última (la persona jurídica), de manera independiente, de modo que nos encontramos ante un reproche "ético-social", en contraposición al reproche "ético-individual", que le cabe al sujeto individual. De tal modo que la culpabilidad de las personas jurídicas, se basa en su responsabilidad por sus prestaciones colectivas defectuosas, *las cuales se fundamentan en déficits de la estructura de la organización o de la ética de la persona jurídica*" de modo que "si el injusto se caracteriza por una organización defectuosa y una ética empresarial insuficiente, afectando ambas al ámbito ético-social, éste debe ser válido también para la culpabilidad, que consiste en no haber creado las condiciones necesarias para la evitación de la realización del injusto y éste elemento es a fin de cuentas el contenido del reproche que implica la imposición de una pena.

Finalmente llegamos a dos teorías que intentan justificar esta autonomía en la culpabilidad y son las más relevantes de las mismas, la primera es la llamada culpabilidad por defecto de organización y la segunda es una culpabilidad de la persona jurídica por su cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad.

La primera de ellas⁵, según lo planteado por Tiedemann, *"el reproche social que permite fundamentar la responsabilidad de la persona jurídica y que debe alzarse contra la misma debe observarse en el fallo organizativo o culpabilidad por defecto de organización (de tal modo que esta deficiencia organizativa es] el fundamento material de que las personas físicas del órgano de la persona jurídica cometan delitos o infracciones administrativas y de que en consecuencia, la persona jurídica sea hecha responsable por ello"* (Gómez-Jara Diez, 2016, pág. 163)

⁵ La culpabilidad por defecto de organización emana del derecho civil alemán, ha sido difundida en mayor medida por Tiedemann, en la doctrina española, por lo que se tomaran sus ideas como las centrales de esta teoría

De este modo los hechos individuales se consideran delitos de la persona jurídica porque y en tanto la persona jurídica – a través de sus órganos o representantes- ha omitido tomar las medidas de seguridad necesarias para asegurar un funcionamiento empresarial no delictivo.

Debemos mencionar que esta teoría puede caer en la problemática de la responsabilidad por el hecho ajeno, en tanto el hecho individual se conecta con el defecto organizacional, de modo que en este punto toma mayor relevancia para justificar la culpabilidad, Tiedemann alude a la omisión, a saber el momento omisivo “la asociación ha omitido tomar las medidas relevantes”, así también se refiere a la institución de la “actio liberae in causa” en tanto, la carencia de una culpabilidad en el hecho propiamente lesivo es irrelevante puesto que este hecho ha sido causado por una culpabilidad antecedente reprochable que sería la específicamente empresarial. Por último se critica esta teoría en tanto Tiedemann *“entiende de que la empresa no puede librarse de la sanción mediante la prueba de una organización suficiente, ni que tampoco debe probarse que el hecho de conexión debe reconducirse causalmente al déficit organizativo”*. (Gómez-Jara Díez, 2016, pág. 164) de manera que entendemos que esta teoría considera a fin de cuentas un caso de responsabilidad objetiva lo que conlleva a la exclusión de las causales de exculpación, lo que a fin de cuentas choca con la idea de establecer una culpabilidad autónoma de la persona jurídica, en tanto no se puede establecer esta culpabilidad para luego presumirla y aplicar las consecuencias de una responsabilidad heterónoma.

Con respecto a la fundamentación en la actio libera in causa de esta teoría se generan críticas en dos vertientes, la primera considera que una persona jurídica no es susceptible de acción, dado que esta institución parte de la premisa de una decisión libre del autor materializada en una acción y dado que dicha acción no puede ser realizada por la empresa como tal no existe una identidad entre empresa y sujeto que la realiza, lo que no cubre la actio libera in causa. La segunda sostiene que para salvar esa incapacidad de acción no se puede recurrir a un tercero.

Por último se plantea como respuesta a esta teoría surge la llamada culpabilidad de la persona jurídica por su cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad, que se sostiene en los aportes de diversas disciplinas sobre la capacidad que generan las personas jurídicas para cuestionar la vigencia de las normas fundantes de nuestra sociedad, o lo que es lo mismo la cuestión de si un comportamiento genera un daño social penalmente relevante, elemento que ya analizamos en profundidad, de este modo se considera que la culpabilidad emana de una falla en una cultura empresarial de fidelidad al derecho y es este elemento en el que se funda la culpabilidad de la empresa.

Dicho esto, este modelo (el de autorresponsabilidad) en base a la teoría de la culpabilidad de la persona jurídica por su cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad, se basa en que la empresa como un sujeto social, es un sistema autopoietico, que se genera a sí mismo, tanto es así que Gómez-Jara⁶ considera que la empresa se encuentra compuesta de decisiones y, por lo tanto, su autopoiesis consiste en una toma constante de decisiones, de una manera hermética y cerrada lo que conlleva a la existencia de un “conocimiento y aprendizaje organizativo”, elementos que permiten a fin de cuentas que la persona jurídica (en tanto sistema autopoietico) adquiera una capacidad autoorganizativa y de autorreflexión que la independiza de su entorno y de los sujetos que la componen.

Esto no es más que adquirir la autonomía necesaria para autodeterminarse, *“La Empresa pasa a ser un verdadero sujeto capa de autoorganizarse a partir de las comunicaciones que se producen dentro de su propio sistema, y sobre las cuales se van generando nuevas comunicaciones, las que se tienen como antecedente, precisamente, la comunicación anterior, formándose así eslabones de comunicación. Bajo ese esquema, la empresa adquiere una autonomía que permite a la postre que el mismo sujeto, se autodetermine.* (Órtuzar Gjuranovic, 2012, pág. 225)

De este modo, se intenta responder a los problemas que trae la complejidad moderna de una empresa, en tanto ya no se hace posible determinar un responsable directo en los órganos de control, debido a que el esquema piramidal fue superado en empresas de mayor tamaño y complejidad. Actualmente podemos hablar de cadenas de decisiones tomadas entre diversas áreas y sujetos de la empresa, y donde no podemos. En caso de delito, determinar con absoluta claridad el sujeto que cometió el mismo, pues estos se difuminan en las diversas áreas.

Dicho esto aún queda el punto de cuáles son las decisiones son las que generan esta cultura de la empresa, aquí Gómez-Jara se refiere a las “Premisas de decisión no decidibles”, dichas premisas no son más que el sustrato de las decisiones que se tomaran en la organización, de modo que dichas decisiones serán conforme o no conformes a las premisas o tenidas en cuenta o no tenidas en cuenta, en otras palabras, las premisas de decisión no son nada más que los planes organizativos de futuras decisiones de la empresa y por lo mismos buscaran delimitar, determinar o encauzar decisiones futuras

⁶ Para mayor abundamiento Gómez-Jara, Carlos “Autoorganización Empresarial y autorresponsabilidad Empresarial” *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2006

dentro de la empresa, de modo que cuando estas decisiones futuras se tomen, se puede mirar hacia atrás y se decida a fin de cuentas de acuerdo a la planificación realizada.

Ahora bien, que una premisa de decisión sea no decidible, implica que esta no puede reconducirse a una decisión específica, en otras palabras, son estas premisas indeterminables en cuanto a su origen, las que constituyen la "Cultura Empresarial", que son básicamente las bases a los que los miembros de una organización recurren, cuando se debe tomar una decisión o solucionar un problema que no se encuentra en los planes o directrices de control de la misma. Es según el autor mencionado que los motivos de dichas decisiones (basadas en esta cultura organizativa), no pueden ser imputados a determinadas decisiones y no están orientados a preparar o ejecutar dichas decisiones, su característica principal es que son vigentes, pero no se encuentran positivadas.

Todo esto nos lleva a la conclusión de que dentro de las personas jurídicas (al menos dentro de las más complejas) existe una cultura organizacional, independiente de los sujetos que la conforman, lo que a fin de cuentas justifica una idea de culpabilidad en la misma, esto en tanto que, a partir de la vigencia de esta cultura, la empresa puede de manera autónoma cuestionar la vigencia de la norma.

De este modo la culpabilidad propia de la empresa no es más que un déficit de fidelidad empresarial al derecho que se materializa en el establecimiento de una cultura empresarial de no cumplimiento con el Derecho. De este modo a diferencia de la teoría anterior, en este caso si la empresa se organiza de una manera que su cultura empresarial es respetuosa al Derecho, lo que es lo mismo a decir que en su organización se busca contener los riesgos que naturalmente se produce o generan, no es posible atribuir responsabilidad penal a esta empresa, respetando de esta manera el principio de culpabilidad.

c. Sistema o teoría mixta de atribución de responsabilidad.

Tal como el nombre lo señala, esta última teoría busca alcanzar soluciones intermedias a la aplicación de ambos modelos anteriormente mencionados, de este modo intenta hacerse cargo de la culpabilidad de la empresa y por otro lado la responsabilidad individual de la persona natural que interviene directamente en el hecho delictual.

Se sostiene, entonces que *"en rigor no son más que una variante más o menos morigerada de las consagraciones históricas emblemáticas del modelo de responsabilidad derivada, en el sentido de no satisfacerse con una conexión meramente formal entre la entidad y la persona natural responsable"*

y exigir en cambio algún tipo de aporte propiamente organizacional al delito” (Hernandez, 2010, pág. 11).

De este modo, Ortuzar ejemplifica el modelo mixto como “aquel en que si bien la responsabilidad de la empresa se gatilla como consecuencia de un actuar ilícito por parte de una persona física dentro de la organización empresarial, la responsabilidad de la empresa no dependerá única y directamente de la del sujeto individual, sino que será necesario que existan ciertos factores acotados de relación entre la persona jurídica y natural, además de algún defecto organizativo, teniendo siempre presente que en el ilícito de la empresa y el de la persona natural se trata de dos injustos distintos, demostrándose entonces que este modelo se diferencia al de la heterorresponsabilidad estricta” (Órtuzar Gjuranovic, 2012, págs. 218-219).

Siguiendo con esta línea de ideas los sistemas mixtos se caracterizaran por la presencia de tres elementos: a) el delito debe ser cometido por un sujeto que forma parte de la persona jurídica, pero debe ser parte de un clase determinada de sujetos generalmente sujeto con capacidad de control o dependiente directo de estos; b) que el ilícito sea cometido en interés de la persona jurídica; c) que el delito cometido sea consecuencia de los superiores o al menos haya sido tolerado por los órganos de la empresa o que se cometa debido a un grado de culpa de la misma.

Con respecto al primer punto, se debe mencionar que no se considera necesario identificar a la persona que comete el delito, ni menos la existencia de una condena al sujeto individual, si no que cada legislación puede determinar hasta qué punto realiza estas exigencias de política criminal.

Con respecto al punto del interés, cabe mencionar que es de los elementos más relevantes en la aplicación de esta responsabilidad penal, en tanto este elemento es el que mayor importancia tiene para concadenar la responsabilidad de la persona jurídica y la de la persona natural que comete el hecho, pues sin este interés no se justifica una sanción a la persona jurídica pues se vulneraría el principio de culpabilidad, pues sin este interés es solo un delito individual cometido por un sujeto de una empresa, de este modo no podríamos condenar a la empresa por las lesiones producidas en una riña por parte del gerente general.

Por último, el exigir este modelo la existencia de un deber o intervención de la persona jurídica para con la conducta realizada por el sujeto individual, creemos que dicha intervención (o culpabilidad en un sentido muy amplio) de la persona jurídica, debe tener un contenido que permita que esta sea considerada como un órgano de control o como un ente autónomo que tenga la capacidad de

imposibilita la actuación del sujeto individual. Es decir, se hace necesario que la persona jurídica pueda implementar estos programas que eviten que el sujeto individual cometa el hecho típico, de este modo se debe atribuir esta actuación ilícita a alguna deficiencia organizativa o a una cultura organizativa de infracción al derecho.

De este modo el modelo mixto “se caracteriza esencialmente por la concurrencia de una especie de culpabilidad funcional, esto es, una culpabilidad compartida entre los diversos miembros que concurren dentro de la organización de la empresa (...) [Existiendo entre ellos] una conexión funcional que permitiría la atribución de responsabilidad.

II. Modelo de Atribución de Responsabilidad presente en la Ley 20.393.

Mencionadas las características de los tres modelos, corresponde referirnos al modelo seguido por la Ley 20.393, ¿este corresponde a algún modelo puro (ya sea de heterorresponsabilidad o de autoresponsabilidad) o más bien se aplica un modelo mixto de responsabilidad?.

Para responder a esta pregunta se debe en primer lugar analizar la norma en cuestión y determinar cuáles son los requisitos que ella se impone para recibir aplicación.

El artículo segundo establece a que sujetos se aplica esta norma:

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

La norma se aplica a todas las personas jurídicas de derecho privado, independiente de su tamaño y forma social, así como a las empresas del estado, excluyendo a organismos estatales que, si bien tienen personalidad jurídica, no se trate de una empresa.

Finalmente, el artículo tercero de la norma en comento establece cuales son los elementos a tener en consideración si se quiere establecer la responsabilidad penal de la persona jurídica, dicha norma establece:

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

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

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

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

De la lectura de estos artículos observamos que los requisitos para atribuir responsabilidad penal a una persona jurídica bajo la legislación chilena son, en primer lugar que el delito cometido sea uno de los mencionados en la norma, así como que la “empresa” cuente con personalidad jurídica, además de que el delito sea cometido en interés de la misma, esto es que el delito cometido favorezca a la persona jurídica sin importar el beneficio que obtenga la persona natural (o su familia o incluso un tercero) que lo comete. También el delito debe ser cometido por una de las personas establecidas en el artículo tercero esto es, dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o personas que realicen funciones de administración y supervisión, así como de las personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de los anteriormente mencionados.

Finalmente los delitos deben ser *“consecuencia del incumplimiento por parte de la persona jurídica de sus deberes de dirección y supervisión, que la ley detalla y delimita, señalando que debe contener al menos las características del artículo 4° de la misma ley, insinuando aquí la ley un defecto organizativo, esto es, los delitos deben ser consecuencia de la falta de adopción por parte de la persona jurídica de un modelo organizativo que tenga por objeto organizar a la empresa conforme a derecho”* (Órtuzar Gjuranovic, 2012, pág. 234).

De tal forma podemos concluir que el sistema chileno, no es sino uno de responsabilidad heterónoma atenuado, en tanto se requiere para la atribución de responsabilidad al menos un incumplimiento en los deberes de dirección y supervisión, ahora a esto debemos agregar de igual

manera que el artículo quinto establece una especie de “Responsabilidad Autónoma de la persona Jurídica” según reza el texto:

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

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

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

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

De este artículo podemos extraer dos conclusiones, la primera de ellas, es la llamada autonomía de las responsabilidades, lo que quiere decir que no es necesario que se condene a la persona natural, para que se puede castigar penalmente a la persona jurídica, tanto es así que el propio artículo se pone en los casos en que la responsabilidad penal individual se extinga o que se utilicen salidas alternativas, de carácter procesal, a la pena.

La segunda de ellas, tiene que ver con que el inciso final de este artículo indica que no se hace necesario identificar efectivamente al individuo que cometió el hecho, sino que en estos casos, basta acreditar que el acto ocurre dentro de las funciones y atribuciones de los sujetos capaces de responsabilidad, en otros términos basta una comunicación social o de la empresa, una exteriorización de una conducta, cuyo núcleo son las tareas u operaciones de los sujetos mencionados en el artículo tercero.

De este modo, y tal como lo mencionamos anteriormente, podemos englobar al modelo chileno, como un modelo mixto de atribución de responsabilidad, esto dado a que se presentan las características que establecimos como esenciales en este tipo de modelos, la norma exige que el delito se cometa por un sujeto de determinada categoría dentro de la empresa, con posibilidad de dirección y administración, se establece como condición de imputabilidad además que el delito sea cometido en interés de la persona jurídica y por último que dicho ilícito se haya cometido por consecuencia de una orden de superiores o al menos haya sido “tolerado” o indirectamente impulsado por estos o que sea producto de un déficit en la cultura de fidelidad al derecho de la empresa.

La primera característica está claramente presente en el artículo tercero, pero se ve morigerada por el inciso final del artículo quinto, en tanto podemos extraer de esta indeterminabilidad del autor del hecho ilícito, que el legislador reconoce a la empresa como un sistema autopoietico que se autodetermina y por lo mismo le quita relevancia a la persona natural que comete el acto, esto debido a que se atribuiría responsabilidad a la persona jurídica, a consecuencia de una comunicación que deriva de una organización no conforme a derecho que vulnera el ordenamiento jurídico.

La segunda característica de este tipo de modelo es la exigencia de un interés o provecho de la persona jurídica, en la comisión del delito, dado que si no se cumple esta condición (bajo nuestro punto de vista) objetiva de punibilidad, no sería posible condenar a la persona jurídica. Esto en consideración a que la redacción de la norma tiene un *“sentido negativo, que por lo mismo, no es incompatible con la existencia de otros propósitos que incluso pueden ser principales, conforme a las reglas generales de imputación subjetiva, si el hecho objetivamente tiende a beneficiar a la entidad, dicha imputación debería decaer sólo en hipótesis plausibles de error”* (Hernandez, 2010, pág. 221).

La tercera característica de este modelo en nuestro sistema se presenta morigerada en tanto se requiere de un defecto organizativo, un incumplimiento en los deberes de supervisión elemento que se observa en el “programa de prevención de delitos”, de forma que incluso se habla de que este punto confirma la “vocación” de la norma hacia un sistema de culpa autónoma. En palabras de Ortuzar *“este requisito se consigna con el claro objetivo de fundamentar una suerte de culpabilidad empresarial que puede ser atribuible (...) esto es que aunque la conducta de la persona jurídica siempre se manifestaría a través de la de una persona física, ello no sería óbice para poder considerar la sanción de dicha entidad como una consecuencia derivada de su propia culpabilidad, cuyo fundamento sería la presencia en su seno de un defecto organizativo que hubiese venido a favorecer la comisión de un delito”* (Órtuzar Gjuranovic, 2012, pág. 238).

De tal modo se argumenta que el legislador pudo haber previsto esta responsabilidad más desde una perspectiva autónoma, es decir de una responsabilidad propia de la persona jurídica, más que desde la conducta propiamente tal del sujeto individual miembro de la empresa. Por esto el programa de prevención de delitos es un incentivo a que la empresa se organice conforme a derecho.

Tanto es así que de contar con este programa la persona jurídica se libera de la responsabilidad penal de la empresa, transformando este requisito en una condición objetiva de punibilidad, esto en tanto “se considerara 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”⁷

De este modo la liberación de esta responsabilidad penal, que pareciera ser en primera instancia, una decisión de política criminal no es más que una manifestación de que la norma en su vocación busca considerar a la persona jurídica como un sujeto del derecho penal, reconociéndole una libertad (en tanto sistema autopoiético) y por este motivo, exigiéndole una autoorganización que se manifieste en un ciudadano corporativo fiel al derecho.

De este modo en Chile se intenta proteger el principio de culpabilidad de la persona jurídica con esta vocación de autorresponsabilidad, elemento que tiene que ser tomado en cuenta por los tribunales al momento de aplicar las sanciones, (cosa que analizaremos posteriormente no ocurre en el caso Asevertrans) pero dicho esto nos queda una posible duda en lo que se refiere a la prohibición de bis in idem y como esta se complementa con la sanción penal al sujeto individual y a la persona jurídica.

⁷ Extracto artículo tercero ley 20.393

Capitulo Tres Principio de Ne Bis in idem

I. Cuestiones Generales

Antes que nada, Debemos partir mencionando, que no se conoce a ciencia cierta la fecha de nacimiento de este postulado (que en una traducción rápida versaría como: no dos veces en lo mismo), si podemos seguir con propiedad lo planteado por Jacobo Barja de Quiroga:

“Podemos situarlo en una compilación de Derecho Romano postclásico, del siglo III d.C. (las sentencias de Paulo) y su posterior recepción por los caneistas, en los siglos XII y XIII. Remontarse más allá del siglo III d.C. no parece que sea viable. Entre los oradores latinos, cierto es, se alude a un principio general que impide reclamar dos veces la misma cosa. Quintiliano, a finales del siglo I d.C., afirmaba «suele también discutirse sobre a qué se refiere lo que está escrito como en ‘que no tenga acción dos veces por la misma cosa’, es decir, si ‘dos veces’ se refiere al denunciante o a la acción, y todo esto está oscuro en la ley”. (Barja de Quiroga, 2004, pág. 14)

En sus orígenes este principio estaba enmarcado netamente a un plano procesal, refiriéndose casi exclusivamente al individuo al cual se le había iniciado un procedimiento y luego posteriormente y por los mismos hechos se le iniciaba otro procedimiento.

De esta manera observamos que, en primera instancia, la institución del ne bis in ídem, surge como una manifestación casi evidente de la cosa juzgada, ejemplificadoras son las palabras de Leon Villalba, sosteniendo que *“el carácter preclusivo que caracterizaba el proceso a partir de la fase denominada litis contestatio, que venía a solucionar supuestos de concurrencia de acciones, parece no ofrecer dudas para la mayoría de los autores”*. (Villalba, 1998, pág. 37) Esta institución, por ende no busca la protección de los derechos de los acusados, si no que busca la seguridad y certeza jurídica en general del sistema.

Por ende, en una primera etapa que el principio de ne bis in ídem, se circunscribe no solo al derecho romano, sino que es también recogido por el derecho canónico, el derecho germánico y el italiano, inglés, español. Pero manteniendo este carácter primigenio eminentemente procesal y como manifestación de la cosa juzgada y la litispendencia.

Es debido a un gran salto temporal (y por ende a toda la evolución de este principio) que debemos mencionar que la aplicación del Ne bis in ídem ha ido variando, hacia una ampliación de la aplicación

de este, alcanzando no solo al Derecho penal, sino que tiene un alcance general, en todos aquellos actos que imponen una aplicación del poder sancionador del Estado.

En este sentido es que procederemos a intentar realizar una definición del principio de ne bis in ídem, en la manera que ha sido entendido por nuestra doctrina.

II. Definición del Ne bis in ídem:

En este punto, nos remitiremos a citar al insigne penalista Juan Pablo Mañalich, quien claramente logra esbozar el estado actual de este principio, superando la etapa netamente procesal, pasando a ser también un elemento para considerar dentro del derecho sustantivo, en tal sentido:

“En términos generales, el principio ne bis in ídem está constituido por la prohibición de que una misma persona sea juzgada y/o sancionada dos veces por un mismo hecho. En la tradición del derecho penal europeo-continental, el contenido específico del mismo se identifica con la conjunción de un estándar sustantivo de aplicación jurisdiccional de normas de sanción penal y un estándar de clausura procesal. En tanto estándar de adjudicación, el principio ne bis in ídem se traduce en una prohibición de consideración o valoración múltiple de un mismo “hecho” –o más técnicamente: de una misma circunstancia o aspecto (de uno o más hechos)– en la fundamentación judicial de la sanción a ser impuesta sobre una misma persona. En tanto estándar de clausura procesal, el principio se traduce en una exclusión de la posibilidad de juzgamiento de un hecho ante la existencia de otro juzgamiento (anterior o simultáneo) relativo al mismo hecho.”. (Mañalich, El Principio de Ne Bis in Idem en el Derecho Penal Chileno, 2011, pág. 140)

Observamos de este modo, que el ne bis in ídem, no solo se queda en la arista procesal de prohibición de doble juzgamiento, sino que también alcanza la prohibición de doble valoración de un mismo hecho o circunstancia para por ejemplo la aplicación de agravantes de la responsabilidad penal, de esta manera se plantea que existen dos “prohibiciones” contenidas dentro de este principio, la primera es la llamada prohibición de punición múltiple, mientras que la segunda la llamaremos prohibición de juzgamiento múltiple.:

- Prohibición punición múltiple: Podemos mencionar que la prohibición de punición múltiple consiste básicamente, en la imposibilidad de considerar un mismo hecho para sancionarlo dos veces dentro de un mismo procedimiento (ya sea en la imposición de dos penas, o considerar este hecho como una agravante a la vez que es un elemento considerado dentro de la construcción del tipo). Se plantea que el ámbito de

operatividad paradigmático de esta prohibición es aquel en que “el objeto de juzgamiento satisface dos o más descripciones de formas de comportamiento delictivo, de este modo la prohibición opera como un prohibición de doble valoración de los hechos, orientada a fin de cuentas a evitar que un mismo hecho sea considerado más de una vez en la eventual imposición de la sanción.

Para la realización de un único hecho punible, es necesario por una parte que sea realizado un único tipo (evidentemente si se cometen dos tipos distintos, no existiría prohibición de punición múltiple) esto implica que se deben imponer la acumulación de las sanciones correspondiente, a menos que entre estos tipos realizados sea posible realizar una superposición de sus respectivos contenidos de relevancia delictiva, es necesario además que este tipo de hecho se haya realizado una única vez. Dado que, si un mismo hecho punible es realizado varias veces, nos encontramos que hay que reconocer este hecho punible tantas veces como se haya realizado.

En términos de Mañalich, “para que estemos ante una eventual punición múltiple, “por un mismo hecho”, proscrita bajo el principio de ne bis in ídem, es necesario que un único contenido de significación delictiva se haya visto ejemplificado una sola vez por la conjunción de los fragmentos de comportamiento, imputables a una misma persona, que fungen como el respectivo objeto de subsunción. Ello muestra que, en este preciso contexto, la expresión hecho designa un objeto intencional, esto es un objeto cuya identidad es relativa a determinada descripción. (Mañalich, El Principio de Ne Bis in Idem en el Derecho Penal Chileno, 2011)

- Prohibición de juzgamiento múltiple: Con respecto a esta arista del principio en comento, podemos mencionar que este corresponde a un estándar de clausura procesal. Esto se trata de la proscripción de la posibilidad de que una persona sea sometida a juzgamientos múltiples por un mismo hecho, ya sea por juzgamientos simultáneos o por juicios sucesivos entre sí.

De esta manera, esta prohibición se vuelve en la forma de excepción de litispendencia por una parte (juicios simultáneos) y de excepción de cosa juzgada en el caso de los juzgamientos sucesivos.

El fundamento de esta prohibición se encuentra en las condiciones inmanentes a la legitimación de las potestades persecutorias del Estado, en palabras del profesor Juan Pablo Mañalich: *“En términos generales, de cualquier diseño más o menos sofisticado de un modelo de proceso penal cabe predicar tres funciones elementales: una función de verdad, una función de justicia procedimental y una función*

de seguridad jurídica. De estas, son las dos últimas las que tienen inmediata relevancia para la fundamentación de la prohibición de juzgamiento múltiple. Por una parte, la radical asimetría en las posiciones correspondientes al órgano persecutor y a la persona del imputado (...) (...) se ve compensada por desiderátum de justicia procedimental, a través del reconocimiento de una única oportunidad para que el primero haga efectiva la eventual pretensión punitiva estatal a través del ejercicio de la acción penal Y es claro, que por otra parte, que la seguridad jurídica se ve favorecida por la exigencia de que el establecimiento institucionalmente concluyente de la existencia o inexistencia de uno o más hechos punibles imputables a una misma persona, en referencia a un determinado conjunto de circunstancias, tenga lugar a través de un único y definitivo pronunciamiento jurisdiccional.” (Mañalich, El principio ne bis in idem frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio, 2014, pág. 552)

De esta manera, ambas aristas del principio ne bis in ídem, son relevantes para el tema en cuestión, pero antes de realizar el análisis particular de estas aristas, debemos detenernos en la consagración que este principio tiene dentro de nuestro ordenamiento jurídico

III. Consagración normativa del Principio.

Debemos mencionar, que nuestra constitución no reconoce explícitamente el principio de Ne bis in ídem, aunque esto no obsta a que nuestra doctrina considere que dicho principio puede derivarse de la garantía del artículo 19 numeral 3° inciso 7 de la constitución política de la república.

Una interpretación del artículo 19 N° 3 inc 6 y 7: “Ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que la nueva ley favorezca al afectado.

Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona este expresamente descrita en ella”

Por esto la norma constitucional citada, hace referencia a la expresión delito vinculándolo solo con una pena, por lo que podemos entender que el constituyente, siempre contemplo que un delito solo podemos comunicarlo con una única pena. Esto es que el ne bis in ídem emanaría del principio de legalidad y de proporcionalidad. Entendiéndolos como una garantía de los ciudadanos, frente a los excesos que puede cometer el estado en la aplicación del ius puniendi estatal.

En todos los estados modernos, se considera al principio de legalidad como un instrumento base de la estructura punitiva de corte liberal, por lo que es impensado actualmente que este principio no sea considerado. Es por esta razón, que podemos considerar a la prohibición de Ne bis in ídem, como un pilar base de todos los sistemas jurídicos liberales.

Es por esta razón, que dicho principio recibe tratamiento en tratados internacionales de derechos humanos, podemos mencionar por ejemplo que el artículo 8° en su inciso 4° del pacto de San José de Costa Rica, establece la prohibición de doble juzgamiento, en los siguientes términos:

“Artículo 8. Garantías Judiciales (...)

(...) 4. El inculgado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.”

De esta manera, podemos considerar que en virtud del artículo quinto de nuestra constitución dicha norma forma parte de nuestro ordenamiento interno, con a lo menos un rango legal.⁸

Además, a nivel legal podemos mencionar la consagración en el artículo primero del código Procesal Penal donde se establece el principio de juicio previo y única persecución, recogiendo de esta manera la prohibición de doble juzgamiento por el mismo hecho, como una norma expresa, en el sistema normativo penal.

Ahora de lo mencionado anteriormente, creo que es posible sostener que la prohibición de bis in ídem, es un principio general del Derecho, esto implica la existencia de 3 grandes consecuencias o funciones. La primera es que podemos considerar a los principios generales de derecho como preceptos normativos, que suponen la existencia de otras normas, debido a que la existencia de estos (los principios), no van en su aplicación directa en forma de normas de conductas, o en definir posiciones jurídicas; sino que en discurrir en la aplicación de las normas específicas de las que suponen su existencia.

Esto implica que existe una cierta indiferencia de contenido por parte de los principios generales, debido a que no se aplican a un área específica del derecho, si no que tienen pretensiones de aplicación general a todo el sistema.

⁸ Omitiremos, la discusión que se genera con respecto a este punto, por no ser relevante para efectos de este trabajo. Aun así, recomendamos: NASH R, Claudio Derecho internacional de los derechos humanos en Chile Recepción y aplicación en el ámbito interno, consulta en línea el 23/03/2019 <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/142503/Derecho-internacional-de-los-derechos-humanos-en-Chile.pdf?sequence=1>

La segunda función es aquella función interpretativa y se refiere a la capacidad de dirección u orientación, en el sentido de cómo deben ser aplicadas las normas específicas. Es a fin de cuentas un criterio hermenéutico, ya que le sirven al intérprete para seleccionar entre todos los *“sentidos posibles que pueda tener un acto jurídico (normativo o no), aquel que sea más acorde con los principios generales del Derecho; obligación que, si no es cumplida, podrá ser exigida jurídicamente por quien se vea afectado por el acto incorrectamente interpretado”*. (Beladiez R, 1994, pág. 110)

Por último, debemos mencionar la función supletoria, que es la que comúnmente se le otorga a los principios, esta función radica en que, en caso de lagunas, donde ni la ley ni la costumbre (donde esta última sea aplicable), son los principios los llamados a llenar este vacío.

De esta manera, el considerar al *ne bis in ídem* como un principio general del derecho acarrea varias consecuencias, la primera y más relevante de ella, es que nos permite separar a este principio de las consideraciones netamente penales del mismo, de esta manera es irrelevante la discusión de si esta rama del derecho (el derecho administrativo sancionador) pertenece a un único *ius puniendi* estatal, y que principios deben ser aplicados al mismo, ahora lo relevante de la discusión, es en qué medida se aplica este principio a esta rama del Derecho y las consecuencias que se derivan de esto.

Pero primero, esto corresponde analizar los presupuestos de aplicación del principio del *Ne bis in ídem*, en general para posteriormente referirnos a la relación que se genera entre la persona jurídica y la persona natural.

IV. Presupuestos de aplicación de la prohibición de *Ne bis in ídem*:

Si bien la enunciación de este principio parece clara (no dos veces en lo mismo), es necesario realizar un esfuerzo interpretativo para no abusar de este principio, de tal manera es que podemos considerar como elementos definidores de la aplicación de este principio, la llamada triple identidad: identidad del hecho, del sujeto y de los fundamentos de la persecución.

Con respecto a la identidad del sujeto, debemos mencionar que esta corresponde a una garantía de seguridad individual, por lo tanto, sólo ampara a la persona que castigada o procesada por un hecho, haya o no recaído sentencia basada en autoridad de cosa juzgada, vuelve a ser castigada o procesada en otro procedimiento, que tiene por objeto la imputación del mismo hecho.

Se discute además la posibilidad de acumular sanciones contra una persona jurídica (multa administrativa o propiamente una sanción penal) y una persona natural (pena de multa) cuando entre

ambas existe una relación de gestión, representación o propiedad. y la sanción obedece al mismo hecho y fundamento. Frente a esta interrogante observamos que la postura mayoritaria radica en que al aceptar que no existe igualdad en la persona, no se considera que se ha vulnerado el *Ne bis in ídem*.

Esto mientras la sanción se encuentre dirigida a las personas distintas, es decir que la sanción administrativa (veremos que con respecto a la sanción penal puede discutirse) este dirigida contra la persona jurídica y la sanción penal contra la persona natural representante de esta persona jurídica, si las sanciones están dirigidas ambas a la persona natural podemos observar que existe identidad en el sujeto. En este caso, la identidad subjetiva se dará independientemente de la calidad especial que se requiera por el tipo. Así por ejemplo la calidad de contador del art 100 del CT, puede perfectamente identificarse con la calidad de funcionario de una institución sometida a la fiscalización de la SVS.

Con respecto a la identidad del hecho, la discusión radica en que se entiende por hecho, si es el tipo descrito por la norma, por lo que correspondería a un criterio normativo o más bien corresponde a criterios facticos. Quien escribe plantea que una adecuada protección de los ciudadanos requiere que se entienda por igualdad de hecho a los hechos que se requieren para la realización del tipo, puesto que, si no se realiza una conducta típica, esta es irrelevante para efectos sancionatorios.

Por último, corresponde mencionar que, por unidad de fundamento en la persecución, entenderemos que este se refiere a identidad en el bien o en el interés jurídico protegido (también parte de la doctrina considera que la identidad del fundamento de la persecución se base en la identidad de la función de la rama del Derecho que aplica esta norma), por la norma vulnerada.

Esta constatación permite aseverar que lo decisivo en casos particularmente conflictivos, en lo que ya concurre la identidad de sujeto y hecho, es conocer si se sanciona o persigue al sujeto bajo el mismo fundamento. Así lo destaca el Tribunal Constitucional español cuando señala que *“el elemento consistente en la igualdad de fundamento es la clave que define el sentido del principio: no cabe la doble sanción del mismo sujeto por un mismo hecho cuando la punición se fundamenta en un mismo contenido injusto, esto es, en la lesión de en un mismo bien jurídico o un mismo interés protegido”* (Caro Coria, 2019, pág. 4).

a. Identidad en el fundamento de la persecución:

En este punto, si bien se discute a que se refiere la identidad en el fundamento de la persecución, en tanto pueden existir fundamentos más amplios de persecución que exceden a los bienes jurídicos propiamente tales, es el caso por ejemplo de las sanciones administrativas, que si bien

no corresponden a sanciones propiamente penales, no cabe duda de que son manifestaciones del ius puniendi estatal y puede generar el conflicto de una superposición de este tipo de sanciones y las sanciones penales⁹. Por esto se hace necesario referirnos igualmente a un fundamento de persecución referido a la identidad en la fundamentación de la sanción (esto es, a fin de cuentas, donde lo relevante a fin de determinar la triple identidad es el fundamento de la rama que impone la sanción).

- i. Igualdad del bien jurídico protegido: Analizaremos de esta manera la identidad de fundamento en la persecución con identidad de bien jurídico protegido (con la salvedad antes mencionada, que en el Derecho administrativo sancionador no se requiere de que se proteja un bien jurídico relevante, si no que debido a que no se basa en el principio de lesividad, las sanciones administrativas pueden recaer en incumplimientos objetivos de normas de dirección que no necesariamente ponen en peligro bienes jurídicos), de esta manera debemos definir qué es lo que entendemos por bien jurídico. Para de esta manera descubrir en que se basa el fundamento de la persecución estatal para determinadas conductas.

El término bien jurídico, corresponde a todos aquellos bienes que son efectivamente protegidos por el Derecho, ya sea por que poseen un valor intrínseco y debido al desarrollo social de los mismos, de esta manera es el derecho penal, la última ratio de defensa y aquella más lesiva de los derechos fundamentales de los infractores, pero entremedio existen otros sistemas de defensa de “bienes jurídicos”, es en este punto intermedio donde encontramos al derecho administrativo sancionador.

El derecho administrativo sancionador, no protege necesariamente bienes jurídicos, sino que también protege intereses relevantes o incluso el genérico bien social, por ende, debemos mencionar que el fundamento de la persecución no puede basarse en la protección de bienes jurídicos individuales, sino que debe entenderse de una manera más amplia, que integre todos estos conceptos, para una adecuada defensa del principio.

Ahora esta amplitud del concepto de bien jurídico nos lleva al problema de que, ante la indeterminación existente en relación con la denominación de este elemento, se suscita la cuestión de determinar cuál es el bien jurídico que le interesa realmente al legislador como elemento integrante del principio en cuestión: ¿será acaso el que protege las infracciones independientemente

⁹ Especialmente ahora, que se incluye dentro del catálogo de la ley 20.323, el delito de contaminación de aguas, que evidentemente puede acarrear responsabilidad administrativa por vulneraciones a nuestra legislación medioambiental.

consideradas o, por el contrario, será aquel que se encuentra comprendido en una norma en su conjunto? La primera opción está orientada a analizar cada uno de los elementos normativos que constituyen la infracción pues en la medida que dichos elementos queden definidos claramente en la descripción típica, el legislador asegurará la protección del bien jurídico.

De esta manera podemos enfrentarnos a dos o más infracciones que a simple vista tienden a proteger el mismo bien jurídico, pero que contienen elementos normativos que las diferencian lo que habilitaría a la imposición de una doble sanción. De aplicar este método el trabajo del operador jurídico es la revisión de estos elementos normativos, para determinar si se trata del mismo bien jurídico o si por el contrario se refiere a bienes distintos. Puesto que de esta manera podemos establecer que no se vulnera el *Ne bis in ídem*, si existen elementos diferenciadores que permitan concluir que las normas si bien son similares, buscan salvaguardar intereses diversos para la sociedad.

La segunda lectura implica el análisis de los bienes jurídicos protegidos, no individualmente, sino que se deben analizar en conjunto de tal manera que:

“En este caso de lo que se trata es de dos normas que contienen una descripción típica muy semejante y que a primera vista pareciera proteger el mismo bien jurídico. En este sentido, se impone la lectura del texto normativa en su conjunto para a partir de ahí desentrañar la verdadera intención del legislador y con ello precisar el bien jurídico que buscaba proteger.

Para lograr este objetivo, nos debemos remitir a los antecedentes que motivaron la norma o los debates parlamentarios que se dieron durante su proceso de elaboración o a su exposición de motivos, con el fin de indagar por el bien jurídico que el legislador intentó preservar en la ley.”
(Torrado Ramírez, 2009, pág. 285)

De esta manera para determinar cuál es el bien jurídico protegido, tenemos dos caminos, el primero es realizar el análisis individual de cada norma, mientras que el segundo camino es realizar un análisis conjunto de la normativa. Quien escribe sostiene que cada norma sancionatoria debe bastarse a sí misma, de tal manera que el bien jurídico protegido debe emanar de la norma individualmente. De tal manera que una norma penal sin un bien jurídico protegido que emane claramente de ella, no cumple con el principio de legalidad y en simple si se desprende de dos normas que protegen el mismo bien jurídico, operaría la prohibición de *Ne bis in ídem*, debiendo aplicarse solamente una de estas sanciones.

- ii. Identidad en la fundamentación: Esta arista del principio del ne bis in ídem, es una manifestación de la prohibición de la doble persecución y toma como base que tanto el Derecho penal, como el Derecho administrativo sancionador, son ramas autónomas e independientes entre sí.

De esta manera la acumulación de sanciones penales y administrativas no incumpliría la prohibición de Ne bis in ídem.

Dicha postura, se fundamenta en que el Derecho penal y el Derecho administrativo poseen fundamentos y funciones diversas, de esta manera se argumenta que el Derecho administrativo sancionador busca la protección del interés público en general (debemos hacer la salvedad, que actualmente las agencias administrativas que poseen potestades sancionatorias, encuentran determinada su competencia a áreas acotadas, de este modo cuando nos referimos al interés público, este debe ser entendido a la defensa de las áreas que están dentro de la competencia de cada una de las agencias administrativas). Mientras que el Derecho penal busca la protección de bienes jurídicos relevantes. Otro elemento que considerar dentro de este punto es que el derecho administrativo sancionador, no tiene por fin principal la sanción, (o lo que es lo mismo decir, que el énfasis del derecho administrativo sancionador, no está puesto en el hecho de la sanción, sino que en el proceso de fiscalización y de cumplimiento de la normativa sectorial que se entrega). Si no que la sanción administrativa, a fin de cuentas, integra el proceso de aplicación concreta de la ley, lo que es la principal tarea de una superintendencia, por lo que la posibilidad de imponer una sanción reafirma la vigencia de la ley (esta afirmación, implica que el fin principal de la sanción administrativa es la prevención general positiva).

Se sostiene entonces que lo relevante para la administración es la fiscalización de los regulados, y dado que la sola fiscalización no permite que se cumplan estos fines de prevención general, es que el legislador ha otorgado poderes sancionatorios a los distintos órganos de control (en el caso chileno las superintendencias), esto debido a criterios de eficiencia y eficacia en el cumplimiento de la ley.

- b. Identidad en el sujeto de Persecución.

Es quizás uno de los elementos más relevantes para el asunto en cuestión, esto debido a que es discutible que si una acción que vulnere el mismo bien jurídico, pueda implicar una sanción a la persona jurídica y al sujeto individual que realiza físicamente esta acción, dentro de la actividad social y en provecho de esta, pueda a fin de cuentas considerarse realizada por un mismo sujeto.

A esto se puede responder de que al ser el sujeto individual distinto a la persona jurídica (en tanto la Ley 20.393 no exige que el autor del hecho sea un sujeto con capacidad de control o administración, permitiendo que sean trabajadores sujetos a supervisión por estos órganos) no existe identidad en el sujeto, por lo que no se vulnera el Ne bis in idem, además de que según lo que planteamos, el fundamento de la sanción a la persona jurídica, parece ser en nuestro derecho un defecto de organización de la persona jurídica, por lo que en este caso no podría vulnerarse el Ne Bis in idem, debido a que tanto los hechos como el sujeto son distintos.

Ahora esta respuesta, genera dudas con lo que se refiere a casos como el que estamos comentando, en tanto que sucede si el autor individual es el administrador y el titular único de la sociedad.

De esta manera, observamos que el conflicto de Bis in idem se puede dar en dos aristas, la primera es la concurrencia de sanción entre persona natural y jurídica en el ámbito del derecho penal y la segunda, que trataremos muy brevemente¹⁰, es la concurrencia de sanción penal y administrativa aplicada a la misma persona.

¹⁰ En referencia a que escapa de la intención de este trabajo, el cual es analizar la aplicación de la ley de responsabilidad penal de la persona jurídica y como a partir del caso Asevertrans se debe considerar el ne bis in idem como una limitación a la imposición de penas a personas jurídicas de menor envergadura.

Capítulo Cuatro Concurrencia de Sanción a la Persona Jurídica y a la Persona Natural

Este es el meollo del asunto, si sancionamos a una persona natural y a una persona jurídica, por un mismo delito (en nuestra legislación, por alguno de los delitos establecidos en el catálogo de la Ley 20.323), vulneramos el ne bis in idem o solo respondemos a un criterio de atribución de responsabilidad, a priori parece que no existe una vulneración a este principio pues se está juzgando a sujetos distintos.

Aunque bien creemos que, en ciertos casos, se aplica este principio (aunque de modo encubierto), debido a que se hace muy difícil separar a la persona natural y a la persona jurídica (precisamente lo que sucede en el caso Asevertrans y un criterio que podría suceder en todos aquellos casos, donde esta diferenciación se hace difícil o prácticamente imposible).

I. ¿vulneración al Ne bis in ídem? O solo un criterio de atribución de responsabilidad.

Con respecto a la identidad del sujeto, observamos en este punto que la ficción de la persona jurídica como un sujeto separado a la persona natural que comete el hecho típico no genera conflicto con este principio, por lo menos en empresas de mayor complejidad. Con respecto a empresas de menor envergadura, o incluso a las llamadas empresas individuales de responsabilidad limitada, creemos que se debe tender a analizar la complejidad de éstas, puesto que si observamos difícilmente podríamos hablar de sujetos distintos en empresas de menor tamaño, incluso en aquellas empresas individuales donde una persona, el dueño y administrador es quien lleva adelante el negocio. Este argumento fue el que se tenía en mente al momento de presentar el proyecto esto en tanto se presentaba como una eximente de responsabilidad penal, aquellas personas jurídicas que posean menos de 25 trabajadores y cuyas ventas anuales netas no superen las 25 mil unidades de fomento.¹¹

¹¹ El artículo 6° del proyecto de ley versaba como sigue:

“Artículo 6 .-Circunstancias Eximentes. Las Personas Jurídicas están exentas de la responsabilidad legal que establece el artículo 3°:

- 1) Cuando la persona jurídica tuviere menos de veinticinco empleados y cuyas ventas anuales netas de impuesto al valor agregado, no excedieren de veinticinco mil unidades de fomento en los dos años calendarios anteriores a la comisión del delito del cual emana la responsabilidad. O . en el caso de las exportadoras, cuyo monto exportado haya sido en los dos años calendario anteriores a la comisión del delito del cual emana la responsabilidad, en promedio, de un valor FOB igual o inferior a US\$16.700.000 reajustado anualmente en el porcentaje de variación que en el año precedente haya experimentado el índice de precios promedio relevante para el comercio exterior de Chile, según lo certifique el Banco Central de Chile. En estos casos, el juez ordenara el nombramiento de un

Pero que fue desechado, no por un desprecio al principio en comento, si no que para evitar que “con el objeto de eludir su responsabilidad, resultaba perfectamente factible que las personas jurídicas se fraccionaran en varias pequeñas empresas con personal y ventas inferiores a las indicadas en el proyecto, quedando así amparadas por la eximente”.¹²

Esto debido a recomendaciones de diversos profesores que ponían de manifiesto esta manera de vulnerar la norma que tendrían las empresas y que claramente escapa al espíritu de la legislación. Aunque se deja en claro por el profesor Matus, que señala “que la exención [a las pequeñas empresas] se justificaba porque en este tipo de empresas resultaba más fácil identificar a la persona natural, dueña de la empresa, con la persona jurídica, con el consiguiente riesgo de castigar dos veces por el mismo hecho¹³

Este argumento es el que creemos tomo el tribunal para absolver a la empresa Asevertrans, aunque de un modo insuficiente, en tanto la sentencia no se hace cargo de justificar la absolución en el principio en comento, si no que solo establece una absolución en base a la baja complejidad de la empresa, en efecto el considerando 303 de la sentencia establece:

“Y siempre que la comisión del delito sea consecuencia del incumplimiento por parte de la entidad de sus deberes de dirección y supervisión, a lo que se opone expresamente la previa adopción e implementación de un modelo de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido y este es el punto central en la especie, ya que Asevertrans si bien es una persona jurídica, en la práctica era Jorge Frías quien era el único agente de la empresa, era él, quien lleva adelante la empresa sin que haya requerido por necesitado de otros órganos que intervinieran en su administración, así las cosas no puede haber una diferenciación entre la conducta desplegada por el único integrante de la organización de la empresa Asevertrans y la acción de Frías. En efecto la conducta desplegada por Frías de sobornar a funcionarios públicos iba en directo beneficio no sólo de su empresa, sino que de él directamente lo que hace que la existencia o no de cualquier modelo de prevención en la especie es inocuo ya que al ser Asevertrans una empresa unipersonal (el tipo

interventor para la persona jurídica, como consecuencia accesoria a la pena impuesta a los responsables individuales.

- 2) Cuando la persona jurídica tuviere como única finalidad la comisión de hechos delictivos. En estos casos, el juez ordenara la disolución de la empresa, como consecuencia accesoria de la pena impuesta a los responsables individuales.

¹² Pag 41 Historia de la Ley 20.393

¹³ Pag 29 Historia de la Ley 20.393

social, es una sociedad de responsabilidad limitada, asumimos que aquí el tribunal se refiere a la forma de administración de la empresa y no al tipo de sociedad), *no hay acciones que pueda diferenciar la conducta de Frías con la de la empresa, ya que la práctica es la persona natural la que actúa o dicho de otra forma la persona natural y la jurídica se confunden en el ejercicio de su vida comercial.*”

Así en el considerando 304, el tribunal considera que los requisitos del programa de prevención de delitos, a saber, los más importantes, la autonomía del encargado de prevención, el acceso de este a los recursos y medios materiales, así como a la administración de la persona jurídica para realizar su función y la creación del sistema propiamente tal, el cual se debe poner en conocimiento de todos los trabajadores.¹⁴

¹⁴ Artículo 4°.- Modelo de prevención de los delitos. Para los efectos previstos en el inciso tercero del artículo anterior, las personas jurídicas podrán adoptar el modelo de prevención a que allí se hace referencia, el que deberá contener a lo menos los siguientes elementos:

1) Designación de un encargado de prevención.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De esta forma el tribunal considera que *“como se aprecia todo ello en la empresa Asevertrans No era posible, ya que sólo Frías era quién formaba parte de la empresa, por lo que no era necesario algún mecanismo de súper vigilancia y control, en tanto que todas las funciones de la empresa recaían sobre la misma persona, por ende más que un defecto de organización de la empresa Asevertrans, fue la propia conducta de Frías qué está fuera del ámbito de la responsabilidad de la persona jurídica, la que origina una responsabilidad a su respecto.”*

De este modo, observamos que el tribunal opta por absolver a la persona jurídica, si bien el resultado nos parece razonable, creemos que los argumentos fallan, en tanto no se hace cargo de los problemas de culpabilidad de la persona jurídica, si no que solo establece que ésta al ser de un tamaño menor (en realidad a un control absoluto de Frías, quien unipersonalmente, controlaba a la persona jurídica y en los hechos era quien propiciaba los actos de soborno para su beneficio personal y tangencialmente los de la empresa) no era susceptible de responsabilidad penal.

Por esto y según quien escribe, es que subyacente a la solución absolutoria del tribunal, existe una consideración de ne bis in ídem, en específico en su vertiente de identidad de sujetos, en tanto el tribunal a fin de cuentas considera que Frías y Asevertrans deben considerarse como un solo sujeto, en tanto se confunden en la toma de decisiones uno con el otro, o lo que es lo mismo “la cultura empresarial de Asevertrans, no alcanza a diferenciarse en los hechos con su controlador y administrador, por lo que difícilmente esta puede cumplir con el rol de un ciudadano corporativo fiel

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

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

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

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

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

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

al derecho, y por lo mismo no se justifica la imposición de una sanción, en tanto ya se sancionó penalmente a la persona natural que actúa por la empresa.

Esto en tanto, la tesis que debe subyacer a la aplicación de esta norma, es que ciertas empresas no cuentan con la densidad necesaria para que se les aplique el juicio de culpabilidad, que subyace a las exigencias de la ley 20.393, de modo que al exigirse por parte de la norma de un defecto de organización, no es posible completar este requisito, en tanto la empresa no posee la organización suficiente para que la “cultura empresarial” pueda manifestarse, es más, en empresas donde el poder decisional y el control de la misma se concentran en una sola persona (u órgano), en buen chileno, aquellas empresas donde el dueño o administrador, actúa como un “patrón de fundo”, quien tiene el poder absoluto y es el que determina como se actúa, es este “patrón” el que debe enfrentar las consecuencias que tiene su empresa, por el actuar criminógeno que el mismo realiza o permite.

Esto, en el caso Asevertrans, queda patente, en tanto Frías era quien ostentaba el control absoluto de la empresa y quien recibía los beneficios del actuar de la misma, de modo que era solo él el responsable de sobornar a los miembros del concejo municipal. De este modo, aún cuando esto se hacía con el fin de beneficiar a la empresa, no podemos implicar que estos delitos correspondían a un problema con la organización empresarial, si no que solo se referían al actuar criminógeno del dueño de esta, quien lo hacía buscando su propio beneficio, por lo que no podíamos hablar de la existencia de dos sujetos distintos, si no que Frías usaba a Asevertrans, solo como una fachada instrumental para sus negocios.

Dicho de otro modo, e intentando generar un criterio general, ciertas empresas no cumplen con los requisitos para considerarse un sistema autopoietico, esto a que como queda claro los sistemas sociales autopoieticos, son sistemas que se basan en la comunicaciones que se presentan dentro del mismo (Gomez-Jara Díez, 2006, pág. 5) y evidentemente, en sistemas donde no existen estas comunicaciones, es imposible hablar de cuenten con la densidad suficiente como para sustentar un reproche de culpabilidad para los mismos.

De este modo en aquellas organizaciones empresariales, de menor “densidad”, donde no existe un ámbito de autodefinición, si no que responden a los caprichos de sujetos determinados, hay que tener especial énfasis, en tanto en la comisión de un delito, sea esta persona la que actue, siendo la persona jurídica solo un elemento instrumental para la comisión de estos hechos.

Es deber del sentenciador, el vigilar de esta manera que no se vulnere el bis in idem, en su vertiente de identidad de sujeto, en aquellos momentos donde una persona jurídica no tiene la densidad suficiente como para diferenciarse de sus dueños o controladores.

Ahora bien, corresponde en lo siguiente, referirnos a otro punto de la triple identidad que puede generar complicaciones y es el que corresponde a la identidad en el fundamento de la sanción.

Es más o menos evidente que el legislador, al establecer la responsabilidad penal de la persona jurídica, decidió que esta se aplicara a determinados delitos (delitos que en primera instancia correspondían a las obligaciones de Chile para con la OCDE y que eran formas de evitar la corrupción, el financiamiento al terrorismo y el lavado de activos), decidió proteger penalmente estos bienes jurídicos por sobre los demás (decisión que se sigue sosteniendo en el tiempo, en tanto el catálogo de responsabilidad de las personas jurídicas, sigue siendo acotado).

Ahora bien, la ley al exigir un defecto en la organización como un criterio de punibilidad y con todos los argumentos, planteados de que nuestro sistema es uno mixto con vocación de una culpabilidad autónoma. Nos permite argumentar que el bien jurídico que estaría protegiendo la ley de responsabilidad penal de la persona jurídica, no se agota con los delitos individualizados, si no que a fin de cuentas busca proteger la idea del ciudadano corporativo fiel al derecho, lo que subyace a esta norma es una protección al interés social de que las corporaciones (empresas) cuenten con una cultura empresarial de fidelidad y respeto a las normas, por lo que en este punto, la normativa de protección penal, se asemeja a la protección que buscan las normas administrativas. Es por este punto que la concurrencia de sanción administrativa y penal (en los ámbitos donde se permita por lo acotado del catálogo) vulneraría el principio de ne bis in ídem, en tanto el fundamento de la sanción es el mismo.

De este modo debemos mencionar que la postura que sostenemos parte de la base de que el principio Ne bis in ídem debe ser *“considerado íntimamente vinculado a los principios de la legalidad y de la tipicidad, pues se deriva de estos; por lo que este principio ne bis in ídem, tendría ese mismo estatuto de principio general, ya que lo que está llamado a impedir es la doble punición. (Vergara Blanco, 2004, pág. 143)”*.

De esta manera, esta postura partiría de la base de que el principio de ne bis in ídem sería un principio de aplicación general a las ramas del derecho y debe entenderse restrictivamente como una prohibición de doble sanción.

También se plantea, que la no aplicación del ne bis in ídem, era una consecuencia de la independencia de la potestad administrativa sancionadora con respecto de la penal (independencia entendida en un sentido más amplio que el que planteamos aquí, de manera que el derecho administrativo sancionador, no formaba parte del ius puniendi estatal, ni era asimilable al Derecho penal, de este modo no le eran aplicables estos principios y era perfectamente posible (incluso era lo común) que una misma descripción típica tuviese aparejada dos tipos de sanciones, penales y administrativas e incluso dentro del ámbito administrativo se admitía la posibilidad de que un mismo hecho estuviese tipificado como infracción sancionable por varios ordenamientos sectoriales, admitiéndose la multiplicidad de sanciones.

Ahora se sostiene que esta consagración de la independencia del DAS ante el Derecho penal, se ha atenuado en el último tiempo y por lo mismo el principio de ne bis in ídem debe recibir aplicación plena en ambos derechos, lo que es más importante aún, este principio debe recibir aplicación en cuanto exista la posibilidad de una concurrencia de sanciones penales y administrativas, Jesús Gonzales Pérez (Gonzales Pérez, 1996) plantea que existen excepciones a esta aplicación plena, las cuales corresponden a:

- La relación de sujeción especial¹⁵, aunque limitadamente y siempre atendiendo a la normativa en cada caso aplicable.
- Cuando órganos de distinto orden tienen competencia para sancionar el hecho desde perspectivas distintas.

Pero que, salvo estas excepciones, la regla opera con generalidad y despliega plenamente su eficacia en el ámbito de la sanción administrativa.

De tal modo, esta postura da tratamientos generales a los posibles casos donde puedan concurrir sanciones penales y administrativas, de esta manera se enfrentan a las siguientes situaciones y entregan las siguientes respuestas:

- Que, al iniciarse el procedimiento administrativo, ya existiese sentencia penal.

¹⁵ Entendemos como relación de sujeción especial, a aquella relación que se genera entre la administración y un ciudadano, lo que conlleva a que esta posea un poder administrativo autónomo y más intenso que el que se proyecta sobre el común de los ciudadanos, poder al que queda sometido el ciudadano que se encuentra en esta relación de sujeción especial. Así podemos hablar del funcionario público que no solo debe respetar las normas generales, si no que aquellas normas específicas de su posición.

- Que, al tramitarse el procedimiento administrativo, no se hubiese iniciado el proceso penal.
- Incidencia de la sentencia penal.

Iniciación de procedimiento administrativo sancionador cuando ya existe sentencia penal.

Si al iniciarse la puesta en marcha de la maquina administrativa, existiese un pronunciamiento previo de carácter penal, para mantener la operatividad del principio Ne bis in ídem, es necesario distinguir el tipo de sentencia penal existente.

Si la sentencia penal es condenatoria, esto es que recaee sobre los mismos hechos tipificados como infracción jurídico-administrativa, la regla de Ne bis in ídem, *“impide la inspección de cualquier otra sanción sobre los mismos hechos. En consecuencia, si existe la interdicción absoluta de sanción administrativa, no tendrá sentido la iniciación de un procedimiento administrativo sancionador. Y si este se hubiese iniciado, el órgano competente deberá ordenar inmediatamente el archivo de las actuaciones administrativas, absteniéndose de la adopción de cualquier otro acto”* (Gonzales Pérez, 1996, pág. 756)

Si la sentencia penal es absolutoria, su incidencia en el proceso administrativo viene matizado por su contenido, por ende si es absolutoria por estimar que no se prueban los hechos, la administración no puede apartarse de los hechos que la sentencia declara probados y si a tenor de esta no se prueban los hechos constitutivos de delito, la administración no puede iniciar el procedimiento sancionador y si ya se encuentra iniciado debe abstenerse de seguir conociendo del mismo. Si la sentencia es absolutoria, dado que probados los hechos, estos no son constitutivos de delito, la administración debe determinar si estos hechos son subsumibles en algún tipo de sanción administrativa, de ser así la sola sentencia penal bastara como elemento de prueba, de tal manera que el procedimiento administrativo en este caso, tiene solo por fin la subsunción de los hechos probados en la sentencia, en el “tipo” administrativo.

Iniciación del procedimiento sancionador sin que se hubiese dictado sentencia penal.

En este punto debemos mencionar, que si al iniciarse el procedimiento administrativo sancionador, sin existir pronunciamientos penales (lo que parece ser la generalidad de los casos, por lo menos en nuestro país), este procedimiento debe continuar sus trámites normales. Ahora si se considera por el órgano persecutor que los hechos además pueden ser constitutivos de delitos debe entregar los

antecedentes al órgano penal competente. Lo mismo sucede, si durante el procedimiento se inicia un procedimiento penal sobre los mismos hechos, solicitara del órgano judicial comunicación sobre las actuaciones adoptadas dentro de este procedimiento.

En ambos casos, en cuanto se estime que se genera la triple identidad, (identidad de hecho, de sujeto y de fundamento en la persecución) entre la sanción administrativa y el tipo penal, el procedimiento administrativo deberá ser suspendido hasta que se obtenga resolución judicial sobre el hecho posiblemente constitutivo de delito (a fin de que se apliquen las reglas planteadas anteriormente).

Por último, si una vez iniciado el proceso penal (mientras no existe sentencia), se inicia un procedimiento administrativo sobre los mismos hechos, el tribunal penal debe comunicar al órgano administrativo para que este se abstenga de seguir con la tramitación del procedimiento administrativo, con el fin de evitar que se generen estos conflictos con el principio.

Incidencia de la Sentencia Penal:

Hasta lo aquí planteado, no se ha tocado un tema que a mi parecer es fundamental para esta “teoría” que pasa si se inicia un procedimiento penal, con posterioridad a la existencia de una sanción administrativa.

En este punto el autor plantea que *“Pero puede ocurrir que por falta de coordinación o porque el órgano administrativo estime erróneamente que los hechos supuestamente constitutivos de infracción no son constitutivos de delito, se llegue a dictar sentencia penal cuando ya ha recaído resolución en el procedimiento administrativo. En el supuesto de que esta hubiese estimado la existencia de infracción e impuesta la sanción correspondiente, se plantea el tema de la eficacia de la sentencia penal. Como el ne bis in ídem no permite la doble sanción, es evidente que, si la sentencia penal fuese condenatoria, deberá proceder a dejar sin efecto la sanción administrativa, restituyendo las cosas a la situación anterior y se ejecutara la pena impuesta en el procedimiento penal. (Gonzales Pérez, 1996, pág. 758)”*

De esta manera esta postura, plantea una protección absoluta del ne bis in ídem, en la posible concurrencia de sanciones, y privilegia las sanciones penales, por sobre las sanciones de carácter administrativo, de tal manera que incluso si existe una sanción administrativa, se debe retrotraer el estado de cosas a un punto donde esta sanción no sea eficaz, debido a la importancia que debe tener el respeto a los principios aquí mencionados.

Ahora esto tiene relevancia, en tanto quien escribe sostiene que el principio de Ne bis in idem, aún posee una arista que no ha sido explorada y que puede tener relevancia en un futuro cercano, esto es el caso de concurrencia de sanciones penales y administrativas hacia la misma persona jurídica, quien escribe quiere dejar planteado el punto de que es el legislador quien a fin de cuentas, debe privilegiar la aplicación de una de las ramas del ius puniendi y todo lo que eso implica, es responsabilidad del legislador el determinar si va a seguir aumentando el catálogo de delitos penales o va a optar por establecer una responsabilidad administrativa más amplia con respecto a las personas jurídicas.

En los casos en que estos ordenamientos se superpongan (como por ejemplo actualmente en el caso del delito de contaminación de Aguas, esto en tanto acarrea responsabilidad penal y evidentemente las sanciones por infringir las Resoluciones de Calificación Ambiental), es deber del sentenciador el aplicar las normas con especial cuidado con el fin de evitar vulneraciones al Principio de ne bis in idem, ya que ahora no solo surgirá la duda de si se infringe el principio al sancionar al sujeto individual y al colectivo, si no que también puede vulnerarse al sancionar penal y administrativamente a estos sujetos.

Capítulo Cinco Conclusiones

De este modo debemos concluir, que nuestro sistema penal, a partir del año 2010 aprueba la existencia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, aplicándose en este punto un sistema mixto con vocación a un sistema de autorresponsabilidad de las personas jurídicas (elemento relevante a considerar cuando se busque ampliar este catálogo de delitos hacia una responsabilidad penal de la persona jurídica aplicable según las reglas generales), que nuestros tribunales deben considerar el principio de “Ne bis in idem” al momento de condenar o absolver a las personas jurídicas, en especial cuando estas, no revisten las características necesarias para separarlas de la persona natural que ejerce las funciones de administración y control (elemento que debe quedar a criterio de los tribunales en el caso en concreto, debido a las consecuencias que tendría establecer un criterio objetivo en la ley, pues las empresas más grandes en lo factico pueden dividirse con el fin de defraudar el espíritu de esta norma) así como también tener especial cuidado en la aplicación de sanciones administrativas a las mismas personas jurídicas, por hechos que pueden ser susceptibles de englobarse dentro de una responsabilidad penal, puesto que el fundamento último de dichas sanciones se encuentra en una necesidad de la sociedad de generar corporaciones fieles al derecho.

Por último corresponde mencionar, que el ne bis in idem igualmente cuenta con una orden al legislador, con el fin de que evite establecer normas que sancionen dos veces hechos similares, elemento que creemos puede darse ahora, con los delitos de contaminación de aguas, debe tenerse especial énfasis en tanto se podría imponerse sanciones penales por rebasar las condiciones de emisión de una resolución de calificación ambiental. Con el desmedro en la idea de ultima ratio del derecho penal y con los posibles riesgos de infracción al ne bis in idem que esto implica.

Bibliografía

- Barja de Quiroga, J. (2004). *El Principio ne bis in idem*. Madrid: Dickinson.
- Beladiez R, M. (1994). *Los Principios Jurídicos*. Madrid: Tecnos.
- Caro, D. C. (14 de Junio de 2019). *El Principio de Ne bis in idem en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España*. Obtenido de <https://www.unifr.ch>:
https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_63.pdf
- Elena, N. (2008). Seminario Internacional Los delitos Imprudentes en el Ambito Empresarial. *Revista de Estudios de la Justicia*(10), 157- 173.
- García Cavero, P. (2012). Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista Estudios de la Justicia*, 55-74.
- Gomez-Jara Díez, C. (2006). Autoorganización Empresarial y Autorresponsabilidad Empresarial hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista Electronica de Ciencia Penal y Criminología*, 1-27.
- Gómez-Jara Díez, C. (s.f.). La Culpabilidad de la Persona Jurídica. En B. F. Miguel, F. S. Jose, & G.-J. D. Carlos, *Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas* (págs. 153-180). Thomson Reuters.
- Gonzales Pérez, J. (1996). Garantías frente a la potestad sancionadora de la administración. En Varios, *Temas de derecho procesal. Memoria del XIV Congreso Mexicano de Derecho Procesal* (págs. 744-765). Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Hernandez, H. (2010). La introduccion de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile. *Politica Criminal*, 207-236.
- Jakobs, G. (2001). ¿Punibilidad de las personas jurídicas? En E. (. • Jakobs Günther (2001) "¿Punibilidad de Montealegre Lynnet, *El funcionalismo en Derecho penal: Libro Homenaje al Prof. Gunther Jakobs*. Colombia: Universidad Externado Colombia.
- Mañalich, J. P. (2011). El Principio de Ne Bis in Idem en el Derecho Penal Chileno. *Revista de Estudios de la Justicia*(5), 139-169.
- Mañalich, J. P. (2011). Organización delictiva, bases para su elaboración dogmática en el derecho penal chileno. *Revista Chilena de Derecho*, 279-310.
- Mañalich, J. P. (2014). El principio ne bis in idem frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio. *Revista de Política Criminal*, 543-563.
- Mario, G. M. (2003). *Derecho Penal Parte General* (3 ed., Vol. 2). Santiago: Editorial Juridica de Chile.
- Navas Mondaca Iván, J. L. (2018). "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia chilena". *Politica Criminal*, 13(26), 1027-1054.
- Órtuzar Gjuranovic, A. (2012). Modelo de Atribución de Responsabilidad Penal en la Ley N° 20.393 Que Establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿Culpabilidad de la Empresa,

Heterorresponsabilidad o Delito de Infracción de Deber? *Revista de Estudios de la Justicia*(16), 195-257.

Torrado Ramírez, L. M. (2009). *Tesis para optar al grado de doctor EL PRINCIPIO NON BIS IN ÍDEM EN EL ÁMBITO AMBIENTAL ADMINISTRATIVO SANCIONADOR*. Madrid: Universidad Carlos III.

Van Wezeel, A. (Julio de 2010). Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Polit. crim.*, 5(9), 114-142.

Vergara Blanco, A. (2004). Esquemas de los Principios del Derecho Administrativo Sancionador. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 143-144.

Villalba, L. J. (1998). *Acumulación de Sanciones Penales y administrativas*. Barcelona: Bosch.