

FACULTAD DE DERECHO

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

TESIS PARA LA OBTENCIÓN DEL

GRADO DE DOCTOR EN DERECHO

TITULO DE TESIS

LA PERSUASIÓN EN LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

XIMENA LUZ MARCAZZOLO AWAD

DIRECTOR DE TESIS
DR. ALEX VAN WEEZEL DE LA CRUZ

Profesor de derecho penal

Pontificia Universidad Católica de Chile.

PROGRAMA DE
DOCTORADO EN
DERECHO
Pontificia Universidad Católica de Chile

AGRADECIMIENTOS

La idea de realizar una tesis de doctorado surge por diferentes razones. Tiene que ver con desafíos autoimpuestos, como procurar ser un mejor profesor, aprender a realizar una investigación científica, perfeccionamiento académico, entre otras. Pero además de estas razones, en mi caso obedeció al deseo de tener un espacio para el estudio y la reflexión, cumpliendo con una inquietud que me perseguía hacía varios años. Esto, sumado a un conjunto de razones, generó que el momento para hacerlo llegara.

Para desarrollar este trabajo la guía de mi tutor fue fundamental. El profesor van Weezel en todo momento manifestó una gran preocupación por la investigación y su desarrollo. Me fue mostrando los caminos y cómo se debía avanzar en una actividad de estas características. Fue muy generoso con su tiempo, sus correcciones y con las conversaciones que tuvimos. Agradezco su mirada crítica y al mismo tiempo confiada de que el trabajo sería terminado. También le agradezco por haberme recomendado para realizar una pasantía en la Universidad de Trento, Italia con el profesor Gabriele Fornasari. Durante dicha estadía tuve la oportunidad de conocer a profesores y alumnos de doctorado, de investigar en la magnífica biblioteca de esa Universidad, lo que me permitió desarrollar una parte importante del capítulo de derecho comparado que se presenta en esta investigación, de asistir a seminarios y encuentros académicos, entre otras actividades. En este punto no puedo dejar de agradecer al profesor Emanuele Corn, quien me recibió y acompañó, al día de hoy lo considero un gran amigo. También agradezco la beca Erasmus plus que se me otorgó para realizar esta pasantía de investigación.

Dentro de mis agradecimientos no puedo de dejar de mencionar a la Pontificia Universidad Católica de Chile, representada en su Decano Gabriel Bocksang, por darme la posibilidad de haber realizado el doctorado; por haberme honrado con el otorgamiento de la beca de excelencia para doctorados; por proporcionarnos la sala de doctorado para asistir a la Universidad, por su bibliotecas y convenios internacionales. En particular mis agradecimientos se dirigen al Dr. Marcelo Barrientos, Dra. Magdalena Ossandón, a Anita Rivera y Don Roberto que siempre se manifestaron llanos y solícitos para ayudarnos en todo lo que fuera necesario. También quiero Agradecer a Conicyt, hoy Anid por otorgarme una beca para estudiar el doctorado.

Además agradezco a los siguientes académicos y compañeros que me apoyaron durante este proceso, entre ellos, principalmente a; Isabel Zuloaga, Mar Guiridi, Paulina González, Beatriz López, Constanza Richards, Erika Isler, Erick Chavez, Magaly Damke, José Luis Cortez, Karen Guzmán, Javiera Farías y Gabriela Santos. A las profesoras de la Facultad de Derecho de la PUC María Elena Santibáñez por su amistad y confianza absoluta, y a Alejandra Ovalle por su amistad y aquellas conversaciones imprescindibles para lo que vendría después.

Finalmente, quisiera agradecer a mi familia por todo el amor, apoyo y confianza que tuvieron durante todo este proceso. Muy especialmente a mi marido y compañero de vida Andrés Gidi sin el que no habría podido llevar adelante este proceso. Sus asertivas palabras, su seguridad y su confianza fueron mi mayor fortaleza durante estos años. A mis hijos Tarek y Nur por su inspiración. A mi hermana Leony por apoyarme en todo. A mi querido amigo Matías Franulic por entregarme su fuerza y confianza. A mi amiga Soledad Ramirez por su amistad incondicional.

«Las viejas madres dejan hacer.

No refunfuñan, dejan pasar»

Gabriela Mistral

Almácigo

A mi Madre

Luz Myriam Awad Kettlún

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN 6

I.- CUESTIONES PRELIMINARES **10**

II.- PERSONA JURÍDICA Y DELITO **17**

II.1.- Antecedentes históricos sobre la responsabilidad colectiva 18

II.2.- Cuestionamientos a la responsabilidad penal colectiva 26

II.3.- La necesidad de flexibilizar el sistema penal antropocéntrico para dar cabida a la responsabilidad colectiva 47

III.- FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS **55**

III.1.- Defecto de organización 57

III.2.- Culpabilidad proactiva, reactiva y constructiva 59

III.3.- Culpabilidad de la empresa fundada en el carácter o en la conducción de la empresa 65

III.4.- Culpabilidad de la corporación fundada en un reproche ético social 71

III.5.- Culpabilidad como capacidad de cuestionar la vigencia de la norma (culpabilidad constructivista) 73

III.6.- Culpabilidad como déficit de autoorganización permanente 77

IV.- TOMA DE POSICIÓN RESPECTO DEL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD COLECTIVA **79**

V.- FINES DE LA PENA EN LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS **88**

VI.- CONCLUSIONES **99**

CAPÍTULO SEGUNDO: Autorregulación: estrategias punitivas y persuasivas 106

I.- INTRODUCCIÓN **106**

II.- AUTORREGULACIÓN **111**

II.1.- Concepto 111

II.2.- Autorregulación y derecho reflexivo 121

II.3.- Autorregulación y derecho penal. Su legitimidad desde el ius puniendi estatal 129

III.- ¿CÓMO PROMOVER LA AUTORREGULACIÓN EN LA EMPRESA? **137**

III.1.- Estrategias para el cumplimiento de la ley: punitivas y persuasivas 143

III.2.- Estrategias punitivas: modelo económico y estructural 146

III.3.- Estrategias persuasivas 167

IV.- PERSUADIR O CASTIGAR EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS 173

V.- CONCLUSIONES 181

CAPÍTULO TERCERO: Algunos derechos extranjeros en relación con la sanción a las personas jurídicas desde lo punitivo y lo persuasivo 187

I.- INTRODUCCIÓN 187

II.- REVISIÓN DEL SISTEMA NORTEAMERICANO RESPECTO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS 190

III.- REVISIÓN DE ALGUNOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS DE LA FAMILIA DEL DERECHO EUROPEO CONTINENTAL EN RELACIÓN CON LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS, CON ESPECIAL ÉNFASIS EN LAS CATEGORÍAS DE LOS SISTEMAS PUNITIVOS/PERSUASIVOS O MIXTOS. PAÍSES: 218

III.1.- Italia 219

III.2.- España 235

IV.- PERSUADIR O CASTIGAR: ANÁLISIS DE LOS MODELOS LEGISLATIVOS REVISADOS 258

V.- CONCLUSIONES 262

CAPÍTULO CUARTO: Estudio de la Ley N° 20.393 267

I.- INTRODUCCIÓN 267

II.- ASPECTOS GENERALES DE LA LEY N° 20.393 QUE ESTABLECE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS RESPECTO DE CIERTOS DELITOS 271

III.- MODELO DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL Y FINES DE LA PENA EN LA LEY Nº 20.393 288

IV.- INSTITUCIONES CONTEMPLADAS EN LA LEY Nº 20.393 QUE FAVORECEN DESDE LA PERSPECTIVA PROCESAL Y PENAL UNA INTERPRETACIÓN CON CRITERIO DE PERSUASIÓN 312

IV.1.- ¿Persuadir o castigar a las personas jurídicas? 312

IV.2.- Instituciones contempladas en la Ley N° 20.393 que favorecen la persuasión de las personas jurídicas: 320

CONCLUSIONES FINALES 375

BIBLIOGRAFÍA CITADA 384

LEGISLACIÓN (NORMAS E INSTRUMENTOS CITADOS) 402

JURISPRUDENCIA CITADA 404

INTRODUCCIÓN

La Ley N° 20.393 publicada en el Diario Oficial el 2 de diciembre de 2009[1], junto con establecer que las personas jurídicas son sujetos activos en materia penal, opta por un modelo en el que éstas deben organizarse de manera de prevenir la comisión de ilícitos específicos, que pueden ser realizados por ciertas personas naturales relacionadas. Para ello dispone una responsabilidad cumulativa de seres físicos y ficticios, pero como se verá, sujeta a fundamentos diversos. Esta técnica legislativa forma parte de un método de regulación a distancia que se denomina *self enforcement regulation*, que implica que la entidad es responsable de organizar los riesgos derivados de su actividad, de modo tal que si no lo realiza de manera adecuada será responsable criminalmente, siempre que, además, se cumplan con otros requisitos dispuestos en el precepto respectivo[2]. El objetivo perseguido por el legislador consiste en que la propia organización se ocupe de gestionar adecuadamente sus riesgos, dentro del ámbito de lo permitido, previniendo y adoptando medidas en relación con los ilícitos. Lo expresado se concreta en la autorregulación de los entes, para lo cual se amenaza con la aplicación de un castigo penal, a no ser que cumpla con ciertos estándares mínimos de prevención de ilícitos determinados.

En este contexto, la pregunta de investigación que se formula es sobre la primacía de las herramientas persuasivas respecto de las punitivas, como mecanismos para propender a la autorregulación en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Expresado en otras palabras, cuál de los mecanismos de cumplimiento de ley, los que se imponen persuasivamente o aquellos que suponen la aplicación de un castigo contra la entidad, son los que favorecen de mejor manera que ésta se autorregule eficazmente. Desde ya conviene tener presente que ambas herramientas se encuentran disponibles

[1] Ley que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos que indica.

[2] Artículo 3 de la Ley N° 20.393 que será analizado en detalle en el capítulo IV de este trabajo.

dentro del proceso regulatorio responsivo y, por ello, la pregunta que se plantea es por la primacía de una sobre la otra, puesto que ambas se complementan recíprocamente.

La justificación acerca de si las herramientas persuasivas deberían primar por sobre las punitivas, es una interrogante que debe ser contestada a la luz del proceso de autoorganización de la corporación. Esto se debe a que la autorregulación, como proceso regulatorio y finalidad de la pena, se promueve de mejor manera cuando existe voluntad y participación de la entidad, lo que es propio de lo persuasivo. Por el contrario, se ha estudiado que la aplicación de medidas punitivas puede, en algunos casos, desincentivar el proceso de autorregulación, sea porque se traduce en el término de la corporación, sea porque se asume como un costo dentro del proceso de producción, entre otras razones que serán revisadas más adelante.

Metodológicamente para dar respuesta a la pregunta de investigación formulada, se deben asumir algunas premisas que serán desarrolladas en los dos primeros capítulos. Lo primero consiste en determinar cuál es el fundamento o principio legitimador de la sanción a las colectividades. Lo segundo, cuál es la finalidad de la pena para este tipo de responsabilidad. El objetivo de dejar plasmadas estas definiciones previas, obedece a la idea de proporcionar una explicación sobre el motivo por el que la autorregulación está estrechamente vinculada con el injusto colectivo. A su turno, el reproche a las personas jurídicas se justifica en su forma de ser u organización que emana de su incapacidad de haber gestionado bien sus riesgos, incumpliendo sus deberes de dirección y supervisión, lo que se traduce en un delito de conexión, que es cometido por una persona física que está relacionada con ella.

De lo expuesto se infiere que el castigo penal a las personas jurídicas se introduce en las legislaciones con la finalidad de evitar organizaciones defectuosas y propender a su autorregulación. Por tanto, y vinculado con el proceso de autoorganización, debería preferirse aquel mecanismo o herramienta de cumplimiento de la ley que favorezca esta finalidad. En este contexto se encuentra el modelo responsivo de regulación que alterna

medidas punitivas y persuasivas (garrote y zanahoria). Partiendo de dicho modelo se indagará sobre la primacía de las herramientas persuasivas, que deberían preferirse a las punitivas, dependiendo del caso, sin perjuicio que ambas podrían ser aplicadas o estar disponibles.

En el trabajo, una vez que se toma posición respecto del fundamento y del fin de la pena en la responsabilidad colectiva, se revisan tres sistemas extranjeros en los que es posible encontrar ejemplos de una autorregulación regulada y, en los que además, se alternan medidas punitivas y persuasivas.

Finalmente se estudia la ley chilena[3] sugiriendo que se realice una lectura de sus instituciones en clave de persuasión. También se formulan propuestas de *lege ferenda* de acuerdo al mismo paradigma. Con ello se quiere ofrecer principalmente a los llamados a aplicar el derecho, como los jueces, y a los operadores del sistema jurídico, como

[3] Se hace la prevención en orden a que el análisis de la Ley N° 20.393 se realizará respecto de su texto vigente y no se efectuarán comentarios respecto del Proyecto de ley que sistematiza a los delitos económicos y atentados contra el medio ambiente, modifica diversos cuerpos legales que tipifican delitos contra el orden socioeconómicos y adecua las penas aplicables a todos ellos, correspondiente al boletín N° 13.205-07. Dicho Proyecto, entro otras materias, regula un conjunto de modificaciones en relación con la Ley N° 20.393. Su tramitación comenzó el 15 de enero de 2020. Respecto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el proyecto, a grandes rasgos formula los siguientes planteamientos: 1) La ampliación del catálogo de delitos que son susceptibles de ser cometidos por las organizaciones, tales como partidos políticos, universidades estatales, entro otros; 2) Se amplía el tipo de organización que puede ser sujeto activo de delitos; 3) Se contempla la pena de supervisión de la persona jurídica; 4) Se amplía el catálogo de personas relacionadas 5) En relación con el modelo de prevención de delitos se debe considerar el tamaño u complejidad de la entidad; 6) Se formulan modificaciones al artículo 5 que se refiere a la responsabilidad autónoma de la organización; 7) Se agrega una circunstancia modificatoria de responsabilidad penal agravante que se vincula con aquellas que existen para las personas físicas, entre otras materias.

fiscales y defensores, algunos criterios de interpretación que se consideran coherentes con la finalidad de la autorregulación regulada. Así, concretamente, se propone que esta ley sea aplicada haciendo primar aquellas instituciones que son catalogadas de persuasivas por sobre lo punitivo, por ser lo primero más propicio para desarrollar la autoorganización de las entidades.

<u>CAPÍTULO PRIMERO</u>: Fundamentos y fines de la pena en la responsabilidad penal de las personas jurídicas

I.- Cuestiones preliminares

La doctrina penal ha sostenido un amplio debate en torno a la posibilidad que las personas jurídicas puedan ser sujetos activos de delitos. Mientras sus detractores se oponen, entre otros argumentos, debido a la imposibilidad de predicar culpabilidad respecto de los seres ficticios, sus partidarios destacan la necesidad de reprimir la delincuencia de empresa. En este último caso se produce un segundo debate, en relación con los fundamentos de la responsabilidad de los entes. La discusión se ha centrado en delimitar una especie de culpabilidad o principio legitimador que justifique la intervención del sistema penal. Pese a la diversidad de posiciones, existe cierto consenso respecto de que para su castigo, el derecho penal de naturaleza antropocéntrica debe adaptarse a las particularidades de las personas jurídicas. Esto también se vincula con la identificación de su propio injusto.

La primera parte de este capítulo se destina a analizar los principales argumentos que han concentrado el debate en torno a que las personas jurídicas sean sujetos activos capaces de cometer delitos. Revisar esta discusión constituye el paso previo para tomar posición en relación con los fundamentos del castigo. Como se verá y, por ello la necesidad de abordarlo de esta manera, estos planteamientos permiten evidenciar las diferencias entre el delito individual y el colectivo, al explicar las razones por las cuales las entidades, pese a su capacidad de contratación y en general para realizar negocios jurídicos, son distintas de las personas naturales. A ello se adiciona la circunstancia que el derecho penal originalmente se erige para castigar las conductas realizadas por seres físicos y no de aquellos concebidos por el sistema jurídico.

Con todo y, como cuestión previa al análisis del fundamento de la responsabilidad penal, surge la pregunta por la necesidad de emplear el sistema criminal, con las dificultades que ello conlleva[4], en vez de recurrir al derecho administrativo sancionador, ámbito en el que no se ha producido esta discusión. Dos razones que justifican el castigo penal son: en primer término, las personas jurídicas y las físicas son castigadas conjuntamente, cuando procede, no obstante sus diferentes injustos. Lo afirmado obedece a que dichos injustos se relacionan, toda vez que el delito colectivo para ser penalmente relevante requiere de la comisión de un hecho individual y, a su vez, éste último se realiza en un contexto o a consecuencia de una desorganización que fue causada por el ente. Estas vinculaciones explican también la necesidad de recurrir al mismo sistema procesal de punición para ambos injustos. Adicionalmente, el castigo cumulativo de ambas personas, otorga eficacia a los fines preventivos de las penas porque desincentiva la delincuencia desarrollada en sede de organizaciones.

La segunda razón tiene que ver con la finalidad del sistema sancionatorio. La autorregulación tiene por objetivo la corrección de la entidad y, para ello, resulta necesario que exista la posibilidad (amenaza) de aplicar sanciones penales, establecidas para motivar mejoras en su organización o, según el caso, inocuizarla cuando aquello no sea posible. La posibilidad del castigo penal promueve la autoorganización de la persona jurídica en cuanto el ente tenderá a evitar la aplicación de una pena.

Otra justificación, que se vincula con los criterios de necesidad y merecimiento de pena, se refiere al bien jurídico amparado por la infracción individual, toda vez que también es objeto de protección por el injusto colectivo. Así las cosas, lo esperable es que el sistema jurídico penal disponga de consecuencias para ambos injustos. Por ello, se explica la intervención del sistema penal tanto para delitos individuales y colectivos, especialmente cuando nos enfrentamos a infracciones de carácter grave. Lo aseverado es sin perjuicio

[4] En el apartado siguiente se analizarán en detalle las críticas que se han formulado a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Las más relevantes se relacionan con su falta de capacidad de ejecutar acciones y la imposibilidad de predicar culpabilidad.

de las diferencias y particularidades que se dan en cada caso.

Así las cosas, en este capítulo se estudian las razones que justifican que las sanciones aplicables a las personas jurídicas se consideren medidas penales de coerción necesarias para la prevención de delitos. Para dichos efectos, se debe tener presente que cada vez que se emplee la nomenclatura pena o sanción, debe entenderse como análogas a las que se contemplan para los seres físicos. Ello toda vez que, si bien no serían propiamente penas, son las consecuencias punitivas que se derivan de la comisión de delitos por parte de las colectividades. Adicionalmente, en el caso chileno, este carácter ha sido expresamente dispuesto por el legislador[5].

En relación con el fundamento, se debe tener presente, que si bien respecto de las personas naturales, el reproche que se les dirige por la comisión de delitos se deriva de su capacidad de autodeterminarse de conformidad a las normas penales, gracias a su libertad y capacidad de autoconciencia, en el caso de las entidades ficticias, no ocurre lo mismo. Respecto de las colectividades el fundamento de su aplicación se vincula con un estado o forma de ser que es disfuncional y que favorece la comisión de delitos de parte de sus personas relacionadas. De esta forma, en este último caso, mediante la amenaza del castigo, se pretende que la persona jurídica se autorregule adecuadamente porque el

[5] Nieto considera que buena parte de las críticas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas se relacionan con una mera cuestión de carácter nominal, se trataría de las mismas penas pero con diversas "etiquetas". Los autores no tienen problema en aceptar este castigo en la medida que no se le denomine pena. Por ello propone una *tercera vía* inserta en el sistema penal. Para estos efectos a las sanciones las denomina *medidas penales contra las personas jurídicas*, distintas de las penas y de las medidas de seguridad. Las penas y medidas de seguridad se explican de manera diversa que las medidas contras personas jurídicas. Mientras la pena obedece a la infracción de una norma de determinación, que significa que su destinatario es susceptible de intimidación, se trata de un hecho psicológico que no se observa en las personas jurídicas. En este último caso el castigo obedece a la protección de bienes jurídicos realizados de una manera diversa, donde se cuestiona la infracción de una norma de valoración, puesto que lo que se reprocha tiene que ver con un estado o forma de ser, dado que su falta de organización favorece que las personas naturales puedan cometer delitos. En NIETO (2008a) pp. 19-22.

Estado le ha delegado el deber de prevenir ciertos delitos.

En cuanto al significado del fundamento o principio legitimador del castigo a las personas jurídicas, la doctrina todavía no ha arribado a una posición unívoca, no obstante, se comparte de manera mayoritaria, que uno de sus componentes obedece a un defecto de organización o gestión deficitaria de su actividad. La relevancia de la pregunta sobre el significado o contenido de dicho fundamento, emana de la circunstancia que una vez que sea determinado es posible justificar y comprender la reacción penal que conlleva el ilícito para la corporación. La cuestión sobre el fundamento, va de la mano con la discusión sobre su capacidad para cometer delitos, el ser destinatarias de normas jurídicas, su aptitud para ser sancionadas y los fines de la pena.

El fundamento no debe confundirse con los modelos legislativos que consagran esta responsabilidad. La imputación se efectúa mediante dos paradigmas: la persona jurídica responde por un hecho ajeno (responsabilidad derivada, vicaria o heterorresponsabilidad) o por un hecho propio (autorresponsabilidad). También existen los sistemas mixtos que comparten algunas características de dichos modelos[6]. El

[6] El sistema chileno ha sido catalogado de mixto. De acuerdo al artículo 3 de la Ley N° 20.393, las personas jurídicas responden por los delitos mencionados en el art. 1 que sean cometidos por ciertas personas que enumera la disposición, en su interés o provecho, en la medida que su realización obedezca al incumplimiento de sus deberes de dirección y supervisión. La responsabilidad se derivaría de un hecho realizado por una persona natural que ocupa cierta posición en la organización, pero la responsabilidad de la colectividad quedaría condicionada al incumplimiento de los deberes aludidos. De esta forma se ha denominado como "Modelo atenuado de responsabilidad derivada". En HERNÁNDEZ (2010) p.217. También lo consideran como sistema mixto: MATUS (2009a) p. 65; VAN WEEZEL (2010) p.117; entre otros. En contra, Balmaceda y Guerra han señalado que la hipótesis contemplada en el artículo 5 de la Ley, consagra un caso de responsabilidad autónoma. En BALMACEDA y GUERRA (2014) pp.100-101. Collado también discrepa de la opinión mayoritaria al considerar que el sistema es de autorresponsabilidad. Reconoce que la disparidad de opiniones obedece a que para algunos autores la autonomía se relaciona con la independencia entre los ilícitos de los seres físicos y del ente, mientras que

sistema vicarial atribuye responsabilidad por el hecho realizado por una persona física que forma parte o se encuentra vinculada a la organización. De esta forma, la entidad, junto con la persona natural, también es responsable por lo ejecutado por esta última, siempre que se encuentre en algunas de las hipótesis aludidas. En cambio, en el caso de la autorresponsabilidad, el colectivo responde por su hecho y su fundamento propio.

De lo expuesto se colige, que la pregunta por el fundamento, es especialmente relevante para los sistemas de autorresponsabilidad, a diferencia de los modelos vicarios, en los que existe una transferencia de responsabilidad, debido a lo cual la gestión de riesgos o la organización de la corporación, no resulta decisiva para la atribución de responsabilidad penal.

Pese a lo señalado, en orden a que tanto en los sistemas vicarios como en los de responsabilidad autónoma se promueve la finalidad de la autorregulación, la circunstancia que en los primeros se atribuya responsabilidad a las entidades, con independencia de si gestionan de manera adecuada o deficitaria sus riesgos, esto podría ser desfavorable para la promoción de su autoorganización. Lo expresado se explica en la circunstancia que la transferencia se va a producir sin consideración a si se adoptaron o no, medidas previas de prevención del ilícito o, si efectivamente, se manejaron adecuadamente los riesgos de la colectividad. Así las cosas, es dable aseverar que esta estructura de imputación, favorece la interpretación de que el castigo junto con dirigirse a mejorar su autorregulación, también persigue sancionar con mayor rigor a las personas naturales que cometieron el delito, especialmente en los casos de identificación de éstos con las entidades, lo que además puede generar problemas desde el *ne bis in idem*. Esto puede explicar por qué en los sistemas vicarios, desde hace varios años, al momento de la determinación judicial de la pena, y para efectos de rebajar una eventual condena, se reconocen las medidas preventivas que esa persona jurídica implementó respecto de su

---

para otros (como él) la autonomía se relaciona con el fundamento de la responsabilidad penal. En COLLADO (2013) p.160.

organización. Esto además ha llevado a que en la práctica la doctrina los califique como sistemas mixtos.

A su turno, los sistemas vicarios han sido cuestionados desde la culpabilidad o fundamento legitimador propio de la responsabilidad de las colectividades. En el caso chileno, si bien el principio de culpabilidad no se encuentra expresamente mencionado en la Constitución Política, se considera que la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal contemplada en el artículo 19 N°3 inciso séptimo, alude a ella. Los sistemas vicarios al transferir la responsabilidad de la persona física al ente colectivo, sin exigir un aporte adicional de parte de éste, podrían dar lugar a una responsabilidad de naturaleza objetiva, y por lo tanto, oponerse al texto constitucional. Este debate es complejo y no será desarrollado durante este trabajo, toda vez que la Ley N° 20.393, consagra un modelo que carece de reparos desde el punto de vista constitucional, como consecuencia de que el castigo de la agrupación de personas, depende de cómo se hubiesen organizado o gestionado sus riesgos.

El fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas cumple un rol similar al que le corresponde a la culpabilidad en el sistema antropocéntrico. Esto explica que algunos autores utilicen esta nomenclatura para las corporaciones y, en varios de estos casos, haciendo la salvedad, que se está ante un equivalente funcional. No obstante, puede criticarse el empleo de dicho término, si se considera que justamente para la doctrina mayoritaria la culpabilidad supone cierta capacidad de libertad y autoconciencia, que no son predicables respecto de las corporaciones. De hecho, uno de los mayores obstáculos que se formulan contra esta especie de responsabilidad se vincula con esto. Por otra parte, las personas naturales y jurídicas no son reprochadas por lo mismo. Mientras a las primeras se les cuestionan actos, a las segundas su organización o ser. Estas razones explican por qué en este trabajo se opta por la nomenclatura fundamento o principio legitimador de la responsabilidad penal, en vez de culpabilidad.

De acuerdo a los objetivos planteados, no se justifica revisar todas las posiciones que la doctrina ha elaborado respecto de los fundamentos, por este motivo se han seleccionado las que se estiman más relevantes. Lo anterior obedece a que varias de las concepciones son variaciones o especificaciones de las que serán revisadas. Además, la elección realizada obedece a que las teorías que se presentan muestran cómo se ha evolucionado en esta materia, lo que ha ido de la mano con el desarrollo del sistema penal general. Adicionalmente, estos planteamientos, han tenido buena acogida en la doctrina, la que se ha ido aglutinando en torno a ellos. La posición de la que se parte en esta investigación, recoge y sistematiza, aspectos planteados por algunos de dichos enfoques. En todo caso, resulta determinante, establecer algunas cuestiones previas que constituyen el punto de partida sobre el que se sustenta la tesis planteada.

En suma, la toma de posición sobre el fundamento de la responsabilidad penal es necesaria para el presente trabajo, porque si el reproche emana de la forma de ser de las personas jurídicas, la finalidad de su castigo se debería vincular con modificar esa organización defectuosa, para de este modo evitar que se promueva o facilite la comisión de delitos por las personas físicas relacionadas. Expresado en otros términos, de la misma manera como para el sistema penal antropocéntrico la culpabilidad es la medida de la pena y la fundamenta, para lo colectivo su fundamento también ilustra acerca de la sanción, su medida y su procedencia. Así las cosas, el fin debe tenerse en vista al momento de determinar la pena que se aplica o, según el caso, se flexibiliza en consideración a ciertas circunstancias del caso.

II.- Persona jurídica y delito

La participación de las corporaciones en el tráfico jurídico es un hecho que no requiere demostración atendidas las múltiples actividades desplegadas por éstas. Tampoco es necesario explicar que sus actuaciones generan riesgos que puedan afectar ciertos bienes que son valiosos para la convivencia social. Asimismo, resulta evidente que a consecuencia de su organización (mejor dicho de su desorganización) se cometen ilícitos, respecto de los que en no pocas ocasiones resulta difícil identificar a los seres físicos que contribuyeron a su realización[7]. A esto, se suma su cada vez más recurrente participación en ilícitos trasnacionales, en los que el elemento territorio dificulta aún más su persecución. Estos factores, sumados a otros, confluyen en una forma de aparición de los ilícitos de naturaleza colectiva, a cuyo respecto el derecho penal no debe permanecer en silencio.

Pese a que el diagnóstico recién descrito no es controvertido, la capacidad delictiva de las personas jurídicas sí lo es. La confrontación de argumentos de política criminal versus los de orden dogmático es un lugar común en esta materia. Los primeros desde la realidad y eficacia reclaman un reconocimiento de la responsabilidad colectiva[8]. Los segundos, postulan que mientras en sede civil la teoría de la representación ha sido

[7] Irresponsabilidad organizada es la nomenclatura que utiliza la doctrina para describir la dificultad de identificar a las personas naturales que cometieron el delito siendo integrantes o miembros de una determinada persona jurídica. Esto obedece a que la estructura de la corporación en ciertas ocasiones impide que sea posible establecer quién ejecutó la conducta o parte de ésta. Por ello la posibilidad de sancionar a la persona moral garantiza que el delito será castigado y con ello desincentivar su realización.

[8] Se trata de argumentos que desde la realidad social promueven el reconocimiento de este tipo de responsabilidad. En este sentido se ha señalado que se trata de una verdad, por lo que no habría que detenerse frente a consideraciones de orden ontológico o dogmático. Agregando que deben proveerse las mismas garantías procesales que el sistema penal ofrece para los seres físicos. En ARROYO (1998) p. 14.

utilizada para imputar a las personas jurídicas lo realizado por sus mandatarios, en materia penal resulta cuestionable en atención a un conjunto de dificultades dogmáticas[9].

Los argumentos a favor y en contra muestran el estado de la discusión actual y su evolución a través del tiempo. Pero, sobre todo, son útiles para ilustrar acerca de las diferencias existentes entre las actuaciones de las personas naturales y las jurídicas. Poner de relieve las particularidades de ambos individuos es fundamental para entender lo que se plantea, porque ello explica la necesidad de encontrar un fundamento propio para la responsabilidad colectiva. Esto, a su vez, genera como consecuencia la existencia de particularidades en relación con la determinación de la pena, las estrategias de punición y sanciones que se les atribuyen.

Para una mejor comprensión de las diferencias entre los injustos individuales y colectivos resulta esclarecedor revisar la evolución histórica de la personalidad jurídica, la cual evidencia las causas de las principales dificultades en relación con la capacidad delictiva de las personas morales. El surgimiento y evolución histórica de las entidades ficticias explica la manera cómo se fue configurando la capacidad de éstas para participar en los diversos negocios jurídicos, su evolución y los fines que se perseguían tras su establecimiento.

II.1.- Antecedentes históricos sobre la responsabilidad colectiva

Para el derecho romano no existieron las personas jurídicas como se entienden al día de hoy. Se conocieron instituciones como la herencia yacente y los *collegia funeraria*[10].

[9] ZÚÑIGA (2004) p.8.

[10] BUENO (2012) pp. 103 y ss. Los romanos cristianos habían utilizado esta figura para mantener sus bienes.

Desde la época clásica se produce un reconocimiento de derechos subjetivos a favor de ciertas agrupaciones de personas. En dicha época se hacía referencia a la *universitas* que se diferenciaba del *singuli*, entendiéndose que los derechos de la universalidad eran diversos de los correspondientes a los individuos. La existencia de la primera permitía que la incorporación o salida de algunos de sus miembros no afectara la vigencia de la agrupación[11].

Por su parte, los romanos, si bien no reconocieron la responsabilidad penal de las colectividades, la acción por cobro excesivo de impuestos que se podía interponer en contra de la corporación Municipio podía configurar un caso excepcional de este tipo de responsabilidad. De este antecedente no es posible deducir un reconocimiento genérico de responsabilidad penal de las colectividades, sino solo en relación con esta acción que podía ejercerse en este caso concreto[12].

Durante la Edad Media los glosadores mantuvieron la concepción proveniente del sistema romano, por lo que no reconocieron la personalidad jurídica, pero sí derechos a la *universitas*[13]. Al igual que los romanos les atribuyeron derechos subjetivos. Además consideraron que en ciertos casos las corporaciones podían cometer delitos respondiendo penalmente por estos hechos. Para estos efectos era necesario que existiera una acción corporativa, la cual requería que la decisión hubiese sido adoptada por sus miembros colectivamente. El determinar si la acción había sido realizada por el colectivo o por alguno de sus miembros, era resuelto caso a caso de acuerdo a los principios del derecho romano. Para ellos la acción realizada en virtud de un acuerdo mayoritario equivalía a la acción del colectivo. También se consideraba dotada de esa naturaleza aquella que

[11] BACIGALUPO SAGGESE (1998a) pp.42-43.

[12] BACIGALUPO SAGGESE (1998a) pp.43-44. En contra de esta opinión se ha dicho que para los romanos no solo no existía el concepto de persona jurídica, sino que tampoco el de corporación, por lo que para ellos regía plenamente el aforismo *societas delinquere non potest.* EN HIRSCH (1993) p. 1101.

[13] En el mismo sentido véase HIRSCH (1993) p. 1101.

siendo realizada por alguno de sus miembros luego era ratificada por el conjunto[14].

El concepto de personalidad jurídica alcanza un desarrollo relevante durante el apogeo del derecho canónico. Esto se debió a que la Iglesia Católica, a consecuencias de su estructura territorial de orden global, comenzó a tener una verdadera necesidad de dar respuesta a problemas, como por ejemplo, la conservación de los oficios eclesiásticos por las personas físicas que pudieran detentar un cargo, así como respecto de la manera sobre cómo se podían resolver las dificultades que conllevaba la conservación del patrimonio institucional[15]. Sus preocupaciones se originaban en la necesidad de establecer que los bienes de la iglesia no le pertenecían a sus miembros sino que a Dios.

A partir del trabajo desarrollado por los canonistas se da inicio a una teoría sobre la personalidad jurídica. Para los glosadores era relevante que se reconociera la capacidad de la iglesia y de las corporaciones, separada de la de sus miembros individualmente considerados. Para estos efectos desarrollaron un concepto de *universitas* que daba respuesta a esta necesidad. A partir de este reconocimiento se acepta que las corporaciones eclesiásticas son sujetos de derechos, lo que conlleva como consecuencia que surja otro tipo de persona, ya no natural, sino que jurídica, al ser creada por el derecho. Más adelante a éstas se las denominó personas ficticias[16].

En esta materia, el decretalista Sinibaldo de Fieschi, que posteriormente asumió como Papa bajo el nombre de Inocencio IV[17], fue muy relevante. Él comentó los Decretales de Gregorio IX a partir de lo cual elabora el concepto de persona jurídica[18]. Esta doctrina sentó las bases para el posterior desarrollo de la teoría de la ficción durante el siglo XIX. El mayor desarrollo de esta novedosa teoría consiste en que la *universitas* era una

[14] BACIGALUPO SAGGESE (1998a) pp.44-46.

[15] BUENO (2012) pp. 103 y ss.

[16] BACIGALUPO SAGGESE (1998a) pp.47-48.

[17] También véase SZCZARANSKI (2010) pp. 27 y ss.

[18] BUENO (2012) pp. 438-439.

persona ficticia, que si bien carecía de capacidad de acción y delictiva, cuando el acto lo realizaba por encargo de sus integrantes o a petición de éstos la *universitas* era responsable. Lo que finalmente motivó la adopción de estas ideas fue la necesidad de evitar que el castigo de una ciudad o de una corporación pudiera afectar a todos sus integrantes, fueran o no responsables, ante lo cual era preferible sancionar exclusivamente a la persona ficticia[19].

La mayoría de los canonistas consideraron factible que la *universitas* pudiera cometer delitos y por ende que los procesos se siguieran paralelamente en contra de las personas físicas y de las colectividades. Las penas que se aceptaban en este último caso eran las pecuniarias y restrictivas de otros derechos. En la posición contraria, el Papa Inocencio IV consideraba que no podía cometer delitos y no era posible excomulgarla porque se trataba de una abstracción que no poseía ni cuerpo ni alma, que además no era capaz de realizar una acción y sus integrantes eran quienes la ejecutaban. Para él, solo era posible distinguir responsabilidades individuales de la colectiva[20]. Por este motivo, en el Concilio de Lyon de 1245, se impuso la opinión papal negando la posibilidad de que la *universitas* pudiera ser excomulgada al no ser posible predicar culpabilidad de su parte[21].

Pese a la opinión papal, durante el siglo XVIII en Alemania se impuso la opinión mayoritaria, lo que posibilita que al día de hoy se puedan encontrar diversos casos en los que se condenó a ciudades, municipios y gremios. Pese a ello, la doctrina comienza a manifestarse contraria a la responsabilidad penal de las colectividades a comienzos del siglo XIX. En esta línea, Feuerbach en Alemania, logró que en el Código penal de Baviera de 1813, en su artículo 49, se impusiera la idea de que solo las personas naturales pueden cometer delitos, con ello quedaba claro que las personas jurídicas no responderían criminalmente[22]. Este fenómeno coincidió con una disminución de los

[19] BACIGALUPO SAGGESE (1998a) pp.48-49

[20] BACIGALUPO SAGGESE (1998a) pp.48-52.

[21] HIRSCH (1993) p. 1101.

[22] NIEVA (2012) p. 83.

casos contra colectividades[23] y con una nueva concepción de la sociedad donde la persona humana se situaba en el centro de todo. Las ideas de la Ilustración y el derecho natural priorizan la libertad y la capacidad de autodeterminación de la persona. La responsabilidad penal se basa en el hecho propio, por oposición a uno de naturaleza colectiva, por lo que el castigo es una cuestión de índole individual[24].

A su turno, y probablemente lo que más influyó en el pensamiento posterior, fueron los postulados de Savigny[25] desarrollados durante el siglo XIX. Se le atribuye la formulación de la teoría de la ficción, la cual fue determinante para el cambio de criterio en relación con la falta de capacidad penal de las personas jurídicas. Esta teoría se basa en los postulados del derecho romano y derecho canónico revisados anteriormente. Las personas jurídicas son sujetos del derecho, pero no son reales como las personas físicas. Para Savigny solo el ser humano es persona o sujeto de derecho y está dotado de capacidad jurídica, el derecho por su parte está destinado a proteger su personalidad ética. La persona jurídica, por tanto, es un sujeto de derecho ficticio que no posee una voluntad real o ética. Si bien las entidades expresan una voluntad, ésta emana de una decisión previa de sus miembros y esta voluntad se le imputa como si fuera propia, pero no es real (en sentido ético) sino que es ficticia[26]. De estas ideas se concluye la imposibilidad de las personas jurídicas para cometer delitos, dada la ausencia de coincidencia entre la identidad del delincuente y del condenado, porque quien realiza el delito es la persona natural[27].

En la posición contraria, también durante el siglo XIX, se puede mencionar al penalista alemán von Liszt, quien fue partidario de la responsabilidad colectiva. Para él la capacidad de obrar de las personas jurídicas en materia penal no difiere radicalmente de

[23] HIRSCH (1993) p. 1102.

[24] BACIGALUPO SAGGESE (1998a) pp.53-54.

[25] SAVIGNY (2004) pp.102 y ss.

[26] BACIGALUPO SAGGESE (1998a) pp.57-63.

[27] SAVIGNY (2004) pp.102-103.

las exigencias del derecho civil[28]. Sus ideas quedan resumidas en su conocida frase: "quien puede celebrar contratos [válidamente], también pueden celebrar contratos fraudulentos o usureros"[29]. Este autor, a diferencia de Savigny, se apoya en la teoría de la realidad en relación con las entidades. Su pensamiento se basa en la constatación de que las personas jurídicas participan en el tráfico jurídico y por ende resultaría plausible que también puedan cometer delitos[30].

A consecuencia de la evolución descrita, la discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas va adquiriendo mayor relevancia desde el término del siglo XIX, manteniéndose hasta nuestros días. A partir de ese momento una parte importante de la doctrina considera que las personas jurídicas carecen de capacidad para delinquir y que cada persona física debe responder por sus propios actos.

En este contexto resulta recurrente la cita del apotegma s*ocietas delinquere non potest*[31] por parte de la extensa literatura jurídica que analiza los fundamentos a favor y en contra de esta responsabilidad[32].

---

[28] vON LISZT (1927) Tomo II, pp. 287-288.

[29] vON LISZT citado por VAN WEEZEL (2010) p.122, nota Nº15.

[30] La doctrina de la realidad es atribuida a Gierke que se basa en las teorías organicistas que provienen de la biología. Para este autor las personas jurídicas actúan y se desenvuelven en la realidad. Citado por CAVERO (2005) p.137 y BACIGALUPO SAGGESE (1998a) pp.70 y ss. Esta última autora agrega que no obstante el autor alemán afirmaba la procedencia de este tipo de responsabilidad, de acuerdo a su concepción de la acción y de la culpabilidad en la teoría del delito tampoco habría podido ser posible que las personas jurídicas respondieran penalmente. Para él, acción es un movimiento corporal precedido por un acto psíquico, cuestión que no hubiera podido ser predicada respecto de un ser ficticio.

[31] En Chile el artículo 58 del Código Procesal Penal dispone que la responsabilidad penal solo puede hacerse efectiva en las personas naturales. Por las personas jurídicas responden los que hubieren intervenido en el acto. Los delitos contemplados en el artículo 1 de la Ley 20.393 son una excepción a la norma mencionada.

[32] A vía meramente ejemplar véase: ARTAZA (2013a) p. 43 y ss.; BACIGALUPO ZAPATER (1998) p.43 y ss.; BACIGALUPO (2000) p.67 y ss.; BACIGALUPO SAGGESE (1998a) p.39 y ss.; BACIGALUPO SAGGESE (1998b)

En la historia más reciente, esto es, desde los primeros años del siglo XX, los sistemas jurídicos del *common law*[33] fueron más proclives a reconocer la aptitud de las personas jurídicas como sujetos activos de ciertos delitos. En el sentido contrario los integrantes de la familia del derecho europeo continental continúan negándola[34].

Durante los últimos años algunos Estados[35] pertenecientes al *civil law* han reconocido la

---

p.92 y ss.; BAJO (2006) p. 69 y ss.; BALMACEDA y GUERRA (2014) p. 91 y ss.; COLLADO (2013) p. 64 y ss.; FEIJOO (2016b) p.56 y ss.; GÓMEZ-JARA (2008) p.76 y ss.; NIETO (2008a) p.37 y ss.; PEÑA (2010) p. 97 y ss.; SAVIGNY (2004) p. 102 y ss.; SILVA (2001) p. 313 y ss.; SILVA (2014) p. 249 y ss.; SZCZARANSKI (2010) p.73 y ss.; TIEDEMANN (2009) p. 232 y ss.; VAN WEEZEL (2010) p. 115 y ss.; ZUGALDÍA (2013) p. 15 y ss.; ZÚÑIGA (2000) p.55 y ss.

[33] EE. UU. en el *Model Penal Code* sección 2.07 desde 1962, aunque dicha responsabilidad fue reconocida el año 1909 en la conocida sentencia "*New York Central & Hudson River Railroad Co. v. U.S*"; en Australia la parte 2.5 del *Criminal Code Act* de 1995, solo por nombrar algunos; Reino Unido el *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act* del año 2007 y *Bribery Act* de 2011.

[34] BACIGALUPO SAGGESE (1998a) p. 30; ZÚÑIGA (2004) p. 13.

[35] Verbigracia Ley Nº 20.393 en Chile de 2 de diciembre de 2009; artículo 31 bis del CP español modificado por la LO 1/2015 de 31 de marzo del año 2015; en Italia Decreto Legislativo 231/2001; en Francia el Código penal desde 1994 en los artículos 121-2 y ss.; en Portugal también en leyes especiales; Dinamarca en leyes especiales; respecto de ciertos delitos en Austria *Verbandsverantwortlichkeitsgesetz* de 2006; en Holanda en el CP desde 1976, por nombrar algunos ejemplos. También véase el informe realizado por la OCDE en el que se clasifican los países de Europa oriental y Asia que han adoptado responsabilidad penal, cuasi-penal y administrativa en *Liability of Legal Persons for Corruption in Eastern Europe and Central Asia* (2015).

Por su parte, el *Corpus Juris* estableció reglas penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea, que fue elaborado entre los años 1995-1996, por una comisión a cargo de Delmas-Marty, cuyos artículos 13 y 14 establecen respectivamente: "Artículo 13 - Responsabilidad penal de las agrupaciones (antiguo artículo 14) 1. Serán igualmente responsables de las infracciones definidas con anterioridad (arts. 1 a 8), las agrupaciones que tuvieran personalidad jurídica, así como las que tuvieran la calidad de sujeto de derecho y sean titulares de un patrimonio autónomo, cuando la infracción hubiera sido realizada por cuenta de la agrupación, por un órgano, un representante o por cualquier persona que hubiera actuado en nombre de la agrupación o que tenga poder de decisión de hecho o de derecho. 2. La responsabilidad penal de las agrupaciones no excluirá la de las personas físicas, autores, inductores o

cómplices de los mismos hechos. SANCIONES Artículo 14 - Penas y Medidas de seguridad (antiguo artículo 9) 1. Serán consideradas penas principales, comunes a todas las infracciones definidas en los artículos 2 a 8 y también aplicables al artículo 1, siempre y cuando las infracciones definidas en este último hayan sido cometidas intencionadamente: a) para las personas físicas, la pena privativa de libertad tendrá una duración máxima de cinco años y/o una multa. La pena de multa se impondrá por el sistema días-multa. Cada día multa se aplicará en atención al ingreso diario del acusado. Su cuota será fijada por el Tribunal hasta un límite máximo de tres mil euros diarios. La cantidad total de la multa no podrá superar la suma correspondiente a trescientos sesenta y cinco días. El Tribunal podrá suspender la ejecución de la pena, poner al autor de la infracción bajo vigilancia judicial, transformar una pena privativa de la libertad en una de multa, o imponer 21 cualquier tipo de pena reducida o atenuada en la medida en la que el derecho nacional se lo permita (cf. art. 35). b) para las agrupaciones, una multa con un límite máximo de diez millones de euros. 2. Cuando el interés público lo exija, podrán imponerse las siguientes penas accesorias: a) la publicación de la sentencia condenatoria. La publicación se efectuará en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas y si el interés público lo demanda, también en la prensa diaria, especialmente cuando la infracción haya tenido gran publicidad; b) para el delito previsto en el artículo 1, la pérdida de la posibilidad, para la persona física o la agrupación, de obtener subvenciones futuras en virtud del derecho comunitario Europeo durante un periodo máximo de cinco años; c) para los delitos previstos en los artículos 1 y 2, la pérdida del derecho, para la persona física o la agrupación, de obtener subvenciones futuras acordadas por las autoridades públicas financiadas con fondos de la Comunidad Europea, durante un periodo máximo de cinco años; d) para los delitos previstos en los artículos 3 a 6, la inhabilitación especial para cargo público comunitario y nacional durante un plazo máximo de cinco años. Esta inhabilitación se aplicará en todo el territorio de los Estados miembros de la Unión Europea. 3. Para los delitos previstos en el artículo 1, que hayan sido realizados por imprudencia o negligencia grave, las penas máximas serán equivalentes a las dos terceras partes de las penas definidas en los párrafos 1, 2 b) y d). Lo mismo ocurre para las infracciones previstas por el art. 8. 4. Los instrumentos, productos y las ganancias provenientes de las infracciones podrán ser confiscados en beneficio de las Comunidades Europeas. Esta decisión 22 se podrá tomar, no solamente cuando el acusado haya sido enjuiciado, sino también cuando habiéndose probado el *actus reus* del delito, el autor no haya sido enjuiciado, sea por ausencia de elemento subjetivo, sea por ser declarado irresponsable por razones de salud mental. Disposición aplicativa Por "confiscados" se entiende una medida ordenada por un tribunal como consecuencia del procedimiento en relación a una de las infracciones penales definidas en los artículos 1 a 8 que implica la pérdida permanente de los derechos de propiedad sobre los instrumentos, productos y ganancias de la infracción en beneficio de las Comunidades Europeas.".

responsabilidad penal o administrativa de las entidades[36]. El caso chileno forma parte de aquellos que en el último tiempo la regularon, sin mayor debate previo y como consecuencia de un acelerado proceso de tramitación legislativa[37]. La normativa nacional se revisará en otro capítulo de este trabajo[38].

II.2.- Cuestionamientos a la responsabilidad penal colectiva

Al día de hoy la doctrina continúa dividida en torno a la posibilidad de aplicar sanciones penales contra las corporaciones. Los que aceptan esta especie de responsabilidad lo justifican en virtud de consideraciones, tales como, la amplia participación de éstas en las actividades sociales y económicas, sumado a su creciente influencia en la toma de decisiones de diversa índole. A lo expresado se adicionan fenómenos como el de la irresponsabilidad organizada, que dificultan la identificación de las personas naturales que dentro de la estructura de la empresa son los responsables del ilícito cometido, así como la necesidad de prevenir la comisión de delitos[39]. Desde la posición contraria se plantean críticas relativas a su imposibilidad de acción; la determinación de la persona jurídica o empresa responsable que va a ser destinataria del castigo; infracciones al *ne bis in idem* y al principio de proporcionalidad; el castigo a los socios o miembros

[36] NIETO (2008a) p. 14.

[37] Ley Nº 20.393, publicada en el Diario Oficial el 2 de diciembre de 2009, véase Historia de la Ley en http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4785. En el mismo sentido Hernández destaca que la breve tramitación en el Congreso, de escasos nueve meses, obedeció a una situación de carácter práctico consistente en la incorporación de Chile a la OCDE. Ello se originó en que la Convención contra el cohecho de los funcionarios públicos extranjeros en materia de transacciones comerciales imponía obligaciones respecto de las personas jurídicas. En HERNÁNDEZ (2010) pp.208-209.

[38] Ver capítulo IV.

[39] SILVA (2013) pp. 17-18.

inocentes que no participaron en la comisión del delito; que la pena está dirigida a personas físicas y la imposibilidad de predicar culpabilidad respecto de éstas.

Si bien buena parte de las objeciones mencionadas se vinculan con la posibilidad de predicar culpabilidad de parte de las corporaciones, se revisarán separadamente en atención a que cada una expresa particularidades que dan cuenta de las diferencias existentes entre la responsabilidad colectiva y la individual. Lo anterior como cuestión previa a la discusión sobre el fundamento de su responsabilidad porque dichas particularidades confirman la necesidad de identificar categorías penales propias para la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

a.- Imposibilidad de realizar una acción

Se afirma que solo las personas naturales pueden realizar acciones[40]. En el caso de las corporaciones quienes las llevan a cabo son las personas físicas que actúan representándolas, de ello se colegiría la imposibilidad de los entes morales de ejecutarlas. Esta afirmación presupone una noción sicológica de la acción penal. Si la acción es comportamiento humano, entonces no será posible predicarla respecto de las corporaciones[41].

[40] En España, Gracia Martín sistemáticamente ha afirmado la imposibilidad de que las personas jurídicas puedan ejecutar acciones, negando que puedan ser sujetos activos de infracciones penales y/o administrativas. A su modo de ver, las dos únicas concepciones sobre acción que existen son la causalista y la finalista, para ambas la acción es un acto voluntario, supone un movimiento corporal generado por una sinapsis neuronal movida por el cerebro, lo cual es imposible para una persona jurídica. En GRACIA (2016) pp.8-10.

[41] Quienes rechazan su capacidad de acción también niegan que sean destinatarias de normas de conductas, puesto que ello supone que puedan cumplir con lo que prescriben. Esta afirmación es negada

El derecho penal contemporáneo pone su énfasis en los aspectos de prevención y protección de bienes jurídicos respecto de la norma criminal. Por ello, más que atender a la acción penal, en la actualidad se apela a la dañosidad social o riesgo desaprobado que pudo evitarse. Lo que debe ser constatado es si la persona jurídica es capaz de generar riesgos y de prevenirlos[42]. Si la colectividad es capaz de producir riesgos que se traducen en la infracción de normas penales, entonces debe reprimirse su actuación lesiva mediante el uso del sistema penal.

También se responde a la tesis de la imposibilidad de acción argumentando que es suficiente que ésta sea realizada a nombre de la persona jurídica. Ello obedece a que si bien es ejecutada por individuos físicos, quien finalmente resulta obligada es la corporación. Este razonamiento se basa en el concepto de acción de Jakobs, que entiende

---

por Tiedemann, dado que las personas jurídicas sí pueden causar los efectos contemplados en las disposiciones porque las personas físicas actúan a nombre de la persona jurídica, entonces sus acciones son de ésta última. Contra esta opinión se señala que si la persona humana es la que realiza la conducta esto es porque éstas y no las corporaciones son las verdaderas destinatarias de la norma. Los entes ficticios serían destinatarios de normas de valoración, pero no de determinación. Esto significa que son destinatarios de juicios de valor respecto de su ser, pero será una persona natural la que en definitiva actúe de conformidad a la norma que prescribe la conducta. Esto puede salvarse según Gómez-Jara aplicando la teoría de la expectativa normativa, de acuerdo a la cual se pueden diferenciar las expectativas que se dirigen a los individuos de las que se dirigen a la organización. GÓMEZ-JARA (2016a) pp.256-263. Por su parte, en Chile, Artaza ha señalado que las personas jurídicas son destinatarias de normas de conductas y que esto es un requisito indispensable para considerarlo como sujeto de imputación penal. Esto significa reconocer que existe un mensaje normativo dirigido a la colectividad, y a su vez, que éste tiene la capacidad de adecuar su conducta a dicha norma penal. Esto a juicio de este autor es posible en la medida que se asuma que si bien el ámbito de organización de la persona jurídica, que se adecúa al deber que conlleva la norma, depende de sus integrantes, ello no es óbice para afirmar que la imputación sea referida a la agrupación de personas. Para que esto ocurra se debe reconocer que un ámbito del comportamiento es colectivo, más allá de si su ejecución queda entregada a sus integrantes, por lo que corresponde a la colectividad. De esta forma, resulta necesario reconocer un comportamiento colectivo, aun cuando éste dependa de la actuación de sus integrantes. En ARTAZA (2013a) pp. 226 y ss.

[42] ZÚÑIGA (2004) pp. 26-27.

por acción la *evitabilidad individual de la producción de un resultado*. Dicha evitabilidad no depende de la capacidad de conocer o no la norma, por lo que sería posible respecto de las personas jurídicas[43].

En Alemania, Hirsch reconoce que las personas jurídicas deben actuar externamente a través de personas físicas, las que en sí mismas *son realidad*. Como tal, deben cumplir con la normativa, la cual es lesionada en caso de incumplimiento. Ello se debe a que las corporaciones poseen un actuar propio, pero a través de acciones humanas que se condicionan a la conformación de cada una en concreto. Con este razonamiento se infiere su aptitud para realizar acciones. Esto se vería confirmado además si se considera que la capacidad de acción en materia civil y para el derecho administrativo sancionador es aceptada[44]. Por ejemplo en materia civil no se discute que las empresas puedan celebrar contratos y quedar obligadas por éstos y que frente a las obligaciones que se derivan puedan generarse cumplimientos o incumplimientos. De esta forma lo que realiza la persona física obliga a la agrupación siendo consideradas como acciones propias.

Tiedemann se refiere a esta materia en el mismo sentido, agregando que las objeciones en contra de que la acción de una persona humana pueda ser imputada a una jurídica, basadas en que el sistema penal solo debe sancionar las acciones propias, no sería realmente cierto. Para ello recurre al concepto de la coautoría que para el sistema penal permite castigar a un autor imputándole lo realizado por otro, en la medida que exista un plan o decisión común[45].

Predicar la capacidad de acción de parte de las corporaciones deriva de su aptitud de generar riesgos que ocasionan ilícitos. Las actuaciones que emanen de las decisiones de sus órganos les son propias y les obligan. Si bien materialmente no ejecutan la conducta

[43] BACIGALUPO SAGGESE (1998a) p. 148-153.

[44] HIRSCH (1993) pp. 1105-1106.

[45] TIEDEMANN (1999) pp.220-221.

típica, su conducción o estado de organización influye en la realización del tipo concreto. Existe una conexión entre su gestión de los peligros y la figura delictiva. Ello obedece a que el ente ficticio no responde por realizar materialmente una acción típica, específica como acontece con los seres físicos, sino por una forma de organizarse que origina un estado de peligro que se realiza en el hecho de un individuo físico.

La discusión en torno a la capacidad de acción también comprende las hipótesis omisivas. En el caso de la Ley N° 20.393, la imputación de responsabilidad penal está supeditada a la omisión de los deberes de dirección y supervisión que la persona jurídica debería haber realizado, por cuanto de conformidad al artículo 3[46], la corporación responde en la medida que el delito cometido por la persona natural sea consecuencia del incumplimiento de dichos deberes. Ello significa que ésta se encuentra en posición de garante respecto de los ilícitos enumerados en dicho estatuto.

Por lo tanto, las acciones que realizan las agrupaciones de personas sí están dotadas de la capacidad de generar riesgos y, el no controlarlos, teniendo la posibilidad de hacerlo, puede generar consecuencias para éstas. De esta forma el órgano que administra a la persona jurídica determina la manera cómo ésta se conduce y esto a su vez influye en la comisión de figuras delictivas por parte de ciertas personas naturales que las integran.

b.- Identificación de la entidad a la que se le impondrá la pena

[46] Artículo 3°, inciso primero: "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**." El destacado y subrayado es nuestro.

Otra crítica recurrente contra la responsabilidad corporativa es **la determinación de la persona jurídica precisa que será castigada**. Considerando la compleja organización y estructura de las unidades económicas que operan en la sociedad, es posible que la sanción no recaiga necesariamente en la persona jurídica que fue responsable del hecho, porque no sea posible identificarla. Esto podría ocurrir porque estas unidades están compuestas por diversas estructuras societarias, en las que no resulta sencillo determinar cuál de las empresas aportó en la creación del riesgo y por ende debe aplicársele la sanción[47]. Si bien la complejidad para identificar el origen o creación del riesgo existe al momento de individualizar a la corporación, hay órganos que son los responsables de la adopción de ciertas decisiones y de la conducción de los riesgos. Obviamente esto no significa que pueda atribuírsele ilimitadamente cualquier riesgo, pero debe tenerse en consideración su capacidad de haberlos evitado. En este último caso, si bien no desaparecen todas las dificultades a la hora de realizar esta identificación, la responsabilidad se vincula con la posibilidad concreta de evitar el peligro, en relación con la posición que se ostenta al interior de la organización.

Esta dificultad es de orden dogmática y procesal. Dogmática por la individualización de la persona jurídica responsable o sujeto activo penal y probatoria, porque mientras más compleja sea la manera en que se hubiese organizado la organización, también se incrementa la dificultad para identificar el origen preciso de la mala gestión de los riesgos.

La Ley N° 20.393 no contiene una disposición especial en relación con las unidades económicas, por lo que debería identificarse la responsabilidad de cada persona jurídica. No obstante, en caso de existir más de alguna que pudiera ser responsable dentro del mismo grupo, debería tenerse presente el principio del *ne bis in idem* al momento de aplicar las sanciones, en el caso que pudiera existir una identificación. Para la determinación de la colectividad responsable resulta necesario efectuar una indagación

[47] En este sentido VAN WEEZEL (2010) pp. 118 y ss.

respecto de la persona natural que comete el injusto individual, de lo cual se colige que la falta de identificación de ésta se puede traducir en la impunidad de la corporación[48].

Por su parte, es necesario tener presente que la Ley N° 20.393, establece un modelo de imputación de responsabilidad de naturaleza mixta, que por una parte requiere del hecho de una persona física, que incurra en alguna de las figuras delictivas del catálogo de delitos contemplado en el artículo 2, y que además cumpla con los demás requisitos establecidos en la ley. De ello se deriva que es necesario que el delito sea cometido por una persona física, pero que además, ésta ocupe alguna de las posiciones que se mencionan en el artículo 3 respecto de la persona jurídica que se beneficia con el delito, de otro modo no podría atribuírsele responsabilidad. Esto, a su vez, podría originar estructuras que sean capaces de eludir la responsabilidad criminal de una colectividad si no es posible acreditar que el individuo que se relaciona con ésta lo hace en interés o beneficio de la colectividad y, desde alguna de las posiciones mencionadas en el artículo 3. Este problema ha sido advertido por la doctrina nacional[49]. Esto es, que en el caso que no sea posible establecer que las personas naturales que cometieron el hecho de conexión ocupan, en la colectividad beneficiada, alguna de las posiciones mencionadas en el artículo 3 de la Ley, la responsabilidad colectiva debería ser excluida. Lo expresado es sin perjuicio, como se ha hecho presente[50], que dichas posiciones de las personas naturales relacionadas, mencionadas por el legislador, son lo suficientemente

[48] Ello sin perjuicio que en Chile el artículo 5 de la Ley N° 20.393 establece que éste sería un caso de responsabilidad autónoma, pero las exigencias que impone dicha disposición determinan que en la realidad se pueda volver prácticamente imposible la determinación de este tipo de responsabilidad. El artículo 5 dispone en la parte pertinente: "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°." (el subrayado es nuestro).

[49] VAN WEEZEL (2010) pp. 118 y ss. y HERNÁNDEZ (2012) pp. 78 y ss.

[50] HERNÁNDEZ (2012) pp. 81 y ss.

amplias como para cubrir bastantes más casos de los que se pudiera pensar a primera vista. A mayor abundamiento, la circunstancia que la persona jurídica también responda por los hechos de "personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los sujetos mencionados en el inciso anterior"[51], permite ampliar la posibilidad de imputar a la colectividad los hechos cometidos por personas que puedan carecer de vinculaciones contractuales o formales con la persona jurídica que resulta beneficiada. Lo relevante entonces, es identificar la persona natural que incurre en la figura y si ésta puede ser reconocida en una relación con la entidad beneficiada aun cuando no ocupe una posición formal en la misma[52].

c.- Doble castigo o *ne bis in idem*

Otra cuestión que se discute es la infracción al ***ne bis in idem***. Este problema se ha

[51] Artículo 3 de la Ley N° 20.393.

[52] En Chile, una de las oportunidades en que se imputó responsabilidad penal a tres personas jurídicas del mismo grupo es el caso RUC Nº 101600245171-2, RIT 10969-2016, que en la prensa se conoció como "Caso Soquimich". La sociedad principal es SOQUIMICH o Sociedad Química y Minera de Chile S.A, las otras dos sociedades que fueron imputadas son filiales de ésta: SQM SALAR S.A. y SQM NITRATOS S.A. En este caso, no fue necesario recurrir a la determinación de si alguna de las personas naturales que hubiese cometido el delito puede considerarse que actuó bajo la supervisión o dirección de alguna de las personas mencionadas en el artículo 3, dado que la misma persona natural que cometió los delitos que se imputaron a las tres sociedades tenía una relación directa con cada una de ellas. En el caso de SOQUIMICH S.A., era el gerente general; y en el caso de las dos filiales, integraba el directorio de ambas. Lo que sí ocurrió en este caso es que los delitos que se le imputaron a la persona física fueron capaces de beneficiar a las tres sociedades porque la persona física que los cometió ocupaba al mismo tiempo cargos en las tres sociedades. Este caso finalmente concluye con una suspensión condicional del procedimiento respecto de las tres personas jurídicas formalizadas, audiencia que tuvo lugar el 26 de enero de 2018; *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA SOQUIMICH, SOQUIMICH SALAR S.A. Y SOQUIMICH NITRATOS S.A.*

planteado especialmente respecto de sociedades o personas jurídicas pequeñas, familiares o en las que se desempeña un número reducido de trabajadores. En estos casos existiría una identificación entre la corporación y los miembros que la componen. De este modo el riesgo consiste en que al sancionar al ente ficticio, también se estaría castigando a la persona natural, la que además recibe una pena bajo esta última condición.

En España Gómez-Jara, en el contexto de su concepción constructivista de culpabilidad, hace referencia a las empresas imputables y las inimputables, considerando el grado de desarrollo organizacional alcanzado por el ente y, según ello, la posibilidad de diferenciar entre ambos tipos de entidades[53]. Su argumentación apunta a su propio concepto de culpabilidad y a la capacidad penal. Esta última se vincula con el desarrollo o complejidad interna, lo que en el caso de una empresa pequeña no ocurre. Para él las empresas que no alcanzan cierto grado de desarrollo organizacional no permiten la existencia de una verdadera diferenciación de la sociedad respecto de sus miembros, no pudiéndose predicar culpabilidad respecto de éstas. Conforme a este razonamiento, el autor concluye la inimputabilidad de aquellas sociedades que no han logrado el grado de diferenciación suficiente para ser reprochadas penalmente.

No obstante lo sofisticado del argumento, el autor no proporciona los parámetros para tener por configurado el grado de desarrollo organizacional aludido, de lo que se deriva, que el estudio deberá realizarse de manera casuística y sin mayores parámetros, lo que conlleva falta de certeza en relación con la responsabilidad criminal de la entidad. A ello se suma el hecho de que legislaciones como la nuestra no hacen una distinción de las personas jurídicas según el tamaño o el grado de organización alcanzada, por lo que al menos en principio pueden ser responsables ambas.

Por otra parte, puede afirmarse que existen diferencias entre el injusto individual y el colectivo que van más allá del tamaño concreto de una agrupación de personas. Estos

[53] GÓMEZ-JARA (2006b) pp. 117 y ss.

injustos pueden verificarse tanto cuando la empresa sea de gran tamaño o se trate de una entidad pequeña. Sin perjuicio de ello, efectivamente puede darse una cierta identificación entre la entidad física y la ficticia cuando estas últimas son muy pequeñas, por lo que desde el principio de proporcionalidad puede resultar excesivamente gravoso sancionar a la persona jurídica y a la física, en cuyo caso debería graduarse la intensidad de las sanciones. También en caso de identificación es posible argumentar desde el *ne bis in idem,* toda vez que el castigo conjunto puede ser considerado como una doble sanción.

Este problema fue planteado en nuestro país durante la discusión legislativa. El Mensaje N° 018-357 de la Ley N° 20.393[54], en su artículo 6[55] establecía que quedarían exentas de responsabilidad penal las personas jurídicas que tuvieran menos de 25 trabajadores. Sin embargo durante la tramitación en el Congreso se suprimió esta excepción al estimarse que esto pudiera ser utilizado para eludir la responsabilidad de la empresa[56]. Por este

[54] Mensaje Nº 018-357, de 16 de marzo de 2009, en sesión 6, legislatura 357. Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que se inicia un proyecto de ley que establece la responsabilidad legal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica.

[55] "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 calendarios anteriores a la comisión del delito del cual emana la responsabilidad, en promedio, de un valor FOB igual o inferior a US$ 16.700.000 reajustado anualmente en el porcentaje de variación que en el año precedente haya experimentado el índice de precios promedio relevante para el comercio exterior de Chile, según lo certifique el Banco Central de Chile. En estos casos, el juez ordenará el nombramiento de un interventor para la persona jurídica, como consecuencia accesoria de la pena impuesta a los responsables individuales…".

[56] En el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, Boletín N° 6423-07 de la Cámara de Diputados, se consigna la opinión de Jean Pierre Matus, quien respecto de esta materia indicó no estar de acuerdo con la exención de los 25 trabajadores y que sería más positivo ocupar el concepto de pequeña

motivo de acuerdo a la Ley N° 20.393 todas las personas jurídicas de derecho privado, inclusive las empresas individuales de responsabilidad limitada (E.I.R.L) podrían ser responsables penalmente. Para el estatuto nacional que sanciona a las entidades, la única diferencia en relación con el tamaño, es que en el caso de las empresas pequeñas, su dueño, socio o accionista controlador, puede asumir la tarea de encargado de prevención, entendiendo por tales aquellas cuyas ventas anuales no superen las 100.000 UF[57].

Esta interesante discusión ha llegado a los tribunales nacionales a través de dos fallos pronunciados por Tribunales de Juicio Oral en lo Penal, que han reconocido que no procede aplicar una sanción a la persona jurídica por considerar que existe una identificación entre la persona natural y la jurídica. En ambos casos se ha tratado de sociedades unipersonales[58].

---

empresa acuñada por la Organización Mundial del Trabajo, por lo que deberían tener responsabilidad aquellas empresas que tuvieran más de 50 trabajadores. Agregó que el motivo de la exención es debido a la identificación de la empresa con los dueños de la misma, lo que se traduce en una infracción al principio *ne bis in idem.* En CÁMARA DE DIPUTADOS (2007) p.29.

[57] Artículo 4.1. b) de la Ley 20.393.

[58] STO de Arica, de 2 de junio de 2015, RUC 1100770074-3 y Rol Interno del Tribunal Nº 33-2014 que expone en su considerando que: "304.- Como se aprecia todo ello en la empresa Asevertrans no era posible, ya que solo Frías era quien formaba parte de la empresa, por lo que no era necesario algún mecanismo de supervigilancia 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, que está fuera del ámbito de la responsabilidad de la persona jurídica, la que origina una responsabilidad penal a su respecto", MINISTERIO PÚBLICO CONTRA ASEVETRANS LIMITADA (2015). Similar argumentación en la sentencia dictada por el STO de Temuco, de 13 de octubre de 2016, RUC.: 14 00 84 41 35-K y R.I.T. : 200-2016, que en su considerando décimo séptimo expone: "…Que, debe tenerse también que dicha empresa es una EIRL es una persona jurídica integrada por una sola persona por lo que no puede ser sancionadas de acuerdo a lo establecido en la Ley N°20393, según expuesto por el profesor Carlos Gómez-Jara "quien indica que la hora de establecer unos de los criterios que establecimiento tiene de la imputabilidad jurídico penal empresarial deberían tenerse en cuenta las siguientes indicaciones. Así, en primer lugar, y como se deriva claramente de lo expuesto, no se puede considerar determinante ostentar

d.- Principio de proporcionalidad

En la misma línea de los argumentos expuestos anteriormente, en España, Nieto sostiene la inconstitucionalidad de la doble sanción de acuerdo **al principio de proporcionalidad penal** en los casos de sociedades pequeñas o también de mayor tamaño, en esta última situación siempre que la propiedad esté en manos de unos pocos. Éste sería el ejemplo de una sociedad anónima cerrada. El motivo de ello obedecería a que desde la perspectiva de la autorregulación sería excesivo sancionar a la persona jurídica y a la física, ya que al identificarse bastaría con castigar a una sola. Para estos efectos propone algunas soluciones. La primera consistiría en aplicar el "principio de cuentas" utilizado por el derecho internacional respecto de los casos de *ne bis in idem*. De este modo, el tribunal puede estimar la existencia de una doble sanción e imponer solo una de éstas. Otra posibilidad es considerarlas personas jurídicas inimputables, sancionando solamente a las estructuras más complejas[59].

La dificultad de la propuesta de Nieto consiste en que esta solución apela a una

---

la personalidad jurídica en sentido tradicional. Desde este punto de vista, el hecho de que una organización empresarial se constituya como persona jurídica en derecho civil no implica, per se, que ostente personalidad jurídico-penal. Es decir, tanto en el derecho penal individual como en el derecho penal empresarial la personalidad jurídico-civil no implica la personalidad jurídico-penal. De ahí que, como se ha señalado, ciertas personas jurídico-civiles – v.gr. las sociedades pantalla – no sean personas jurídico penales. En segundo lugar, lo determinante a estos efectos es la existencia de una organización empresarial con una determinada autorreferencialidad interna, lo cual puede venir indicado en gran medida por la existencia de procedimientos operativos estándar) en el seno de la empresa. Así, dichos procedimientos fungen como premisas de decisión que dan cuenta de la sinergia y dinámica propias de la organización empresarial como tal. En tercer lugar, concurrirán importantes indicios de la constitución de un verdadero actor corporativo cuando la condición de miembro de la organización empresarial venga determinado por las normas de la propia organización y la identidad corporativa se institucionalice a través de ciertas decisiones corporativas*", MINISTERIO PÚBLICO CONTRA LAVADOS VALDÉS* (2016).

[59] NIETO (2008a) pp. 110-114.

discrecionalidad judicial amplia que puede traducirse en inequidades, esto, especialmente en el caso de las sociedades de mayor tamaño, pero en las que el capital se encuentre repartido entre unos pocos socios o accionistas. Por ello, sería deseable que se pudieran proponer elementos o criterios adicionales que den lugar a esta identificación, tales como, el tipo de sociedad, el capital social, los mercados en los que funciona, si los miembros que la componen son otras personas jurídicas o naturales.

Adicionalmente se pueden dar situaciones como el caso hipotético de que un ejecutivo que no sea el dueño comete el delito gracias a que el contexto societario lo favoreció. En este ejemplo es evidente que no existe duplicidad de las sanciones. O qué sucedería cuando uno de los socios comete la infracción penal y los otros no, ¿es correcto que la persona jurídica no sea sancionada? Estas dudas se derivan de que no existe necesariamente tal identificación por el hecho de que la empresa sea pequeña. Teóricamente podría imaginarse el caso de una empresa grande en la que se sancione a todos los dueños y controladores en conjunto con la colectividad y probablemente este tipo de críticas no se formularía. De acuerdo al razonamiento de Nieto, en este caso ¿también habría que sancionarlos solo por un hecho? o ¿sería procedente el castigo a todos? Además, es perfectamente posible pensar que el dueño de una empresa pequeña lo sea de varias otras, y por lo tanto, su capacidad patrimonial pudiera incluso ser mayor que la de una corporación de mediana o gran dimensión. Entonces no es el tamaño necesariamente lo que debería influir en su sanción.

El castigo de la persona jurídica y del ser físico obedece a la concurrencia de dos injustos diferenciables. Es por ello que en la mayoría de los casos la doble sanción es posible y, según el caso, necesaria. La identificación de las personas puede considerarse como un elemento para graduar o flexibilizar la aplicación de la pena de conformidad al principio de proporcionalidad. Los elementos que deberían considerarse son la especie de sanción que se va a aplicar a cada uno, el rol que desempeña la persona natural en la corporación, la conducta realizada por cada una y la relación que existe entre ambas personas.

e.- Castigo a los socios inocentes

Otra de las críticas que se realiza contra la responsabilidad de las entidades ficticias, es que la sanción a las corporaciones importa también **el castigo de los socios o miembros inocentes**, los que al integrar la persona jurídica se ven afectados por la pena impuesta a ésta. Esta situación afectaría un postulado básico del sistema penal, de acuerdo al que no existe pena sin que se hubiese cometido un delito, toda vez que el castigo es la respuesta que provee el ordenamiento jurídico por haberlo cometido.

Frente a esta crítica usualmente se responde indicando que los integrantes de una corporación experimentan los efectos de lo realizado por ésta, sea que se trate de consecuencias favorables o perjudiciales a sus intereses. Las personas jurídicas al participar en el tráfico jurídico asumen responsabilidad por los actos que realizan, lo que naturalmente genera efectos respectos de sus miembros. Esta afectación de los socios inocentes ha sido catalogada como "mediata" porque no responden con su propio patrimonio, como ocurre respecto de la sociedad. Por otra parte, los socios para garantizar que las consecuencias de lo realizado por la colectividad sean favorables a sus intereses, disponen de la posibilidad de elegir a administradores que sean capaces de evitar o morigerar los riesgos inherentes a la actividad[60]. Los socios conocen o deberían conocer los peligros propios de la actividad que gestiona la persona jurídica, por ende, la existencia de consecuencias positivas o negativas derivadas de la gestión de los riesgos es de la esencia de las estructuras societarias y no se trata de una pena que se impone a los socios inocentes sino que el resultado de la gestión de la colectividad.

Por otra parte, esta crítica también podría realizarse respecto de las penas impuestas a personas naturales, si se considera que las sanciones, aun cuando se dirijan en contra de una persona en específico, de todas formas terminan afectando a los condenados y a su

[60] HIRSCH (1993) pp. 1115-1116.

entorno. Por ello, en definitiva, se trata más bien de consecuencias que se derivan de la aplicación de la pena y no de otra sanción.

f.- Principio de personalidad de las penas

Otro argumento que usualmente se menciona al rechazar el castigo de las personas jurídicas se justifica en el **principio de personalidad de las penas**. El castigo se impone a los seres físicos, dirigiéndoles un juicio de reproche de índole ético-social. Dicho juicio de carácter ético no sería plausible respecto de las corporaciones.

Como contrapartida se argumenta que este concepto de pena vinculado a la moral es propio del pensamiento retributivo, que ha perdido preponderancia desde mediados del siglo XX debido a la primacía de la prevención como finalidad de la pena.

Las teorías de la prevención funcionarían en el ámbito de las agrupaciones de personas desde la prevención general, como inhibidora de ciertos comportamientos cuando se ha sancionado a otras y desde la prevención especial desde su finalidad correctiva o desde la inocuización[61].

La pena entendida como expiación por el delito cometido no tiene cabida respecto de los entes colectivos que carecen de autoconciencia. Si el castigo se considera en el contexto de una función preventiva del derecho penal, en el que resulta necesario motivar un cambio o corrección del comportamiento, la cuestión es distinta. Esto se relaciona con la autorregulación como fin perseguido al castigarlas. Se trata de prevenir la comisión de delitos y además establecer ciertos estándares de comportamiento.

[61] HIRSCH (1993) pp. 1112-1114.

Con todo, surge la interrogante acerca de por qué los cuestionamientos se dirigen a la sanción penal, mientras que el castigo de orden administrativo no genera mayores reparos cuando es aplicada contra las personas jurídicas[62]. Ello, no obstante parte de la doctrina estima que ambas se pueden incardinar dentro del *ius puniendi* estatal[63]. También parte de ésta considera que las dos sanciones deben someterse a similares principios procesales y penales[64].

[62] Sobre la relación entre el derecho penal y el administrativo sancionador existe bastante literatura nacional e internacional. Una clara exposición sobre la evolución de este tema y las teorías sobre iusnaturalismo y derecho penal de policía; teoría del derecho penal administrativo de Goldschmidt y las tesis formalistas puede verse en CORDERO (2012) pp. 134-141. También véase: BOETTIGER (2009) pp. 585-587; BAJO (2008) pp. 1-10; BERMÚDEZ (1998) p.328 y ss.; RODRÍGUEZ COLLAO (1987) pp.1-47, entre otros.

[63] Tiedemann referencia al concepto de pena suscrito por el Tribunal Constitucional Alemán, que la define como un mal que es infligido por órganos del Estado y vinculado a un reproche de culpabilidad o aspectos punitivos. Se trataría de un concepto muy amplio y demasiado flexible, por ello los principios penales y particularmente el de culpabilidad, deban estar presente respecto de todas aquellas medidas que sean similares a las penas. En TIEDEMANN (1991) pp. 153-154. Nuestro Tribunal Constitucional también ha señalado que las sanciones administrativas y penales forman parte del *ius puniendi* estatal por lo que ambas se someten a las garantías penales y procesales, adecuándose a cada una, lo que se evidencia en el considerando sexto de la STC Rol N° 1518-09 de 21 de octubre de 2010. En *REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD (2010).*

[64] En España, Bajo Fernández llama la atención sobre el mismo fenómeno. Cuestiona que se critique la responsabilidad penal de las personas jurídicas en circunstancias que se acepta sin mayor dificultad la existencia de sanciones administrativas. Estas últimas son medidas retributivo-preventivas, de lo que se deduce que son penas. Esto quedaría en evidencia ya que cumplen con tres requisitos: se gradúan de acuerdo a la imputación subjetiva que se realice (dolo o culpa); no es posible asegurarlas y no se transmiten por herencia. A continuación, utiliza como argumento de texto el artículo 34 del CP español −similar a nuestro artículo 20 del CP chileno− deduciendo que cuando la disposición señala que "no se reputan penas" y alude a las sanciones administrativas, es justamente porque lo son. En BAJO (2016) pp.30-31.

g.- Capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas

Aun cuando para el sistema penal antropocéntrico resulta fundamental el principio de culpabilidad[65], no existe un concepto compartido unánimemente por la doctrina y la jurisprudencia[66]. En el caso de las personas jurídicas la cuestión conlleva dificultades adicionales, puesto que además de existir controversia respecto de su capacidad de culpabilidad, se discute su significado, así como la posibilidad de fundamentar dicha responsabilidad fuera de ésta, de acuerdo a otras categorías de imputación jurídico-penal.

En relación con su significado un amplio sector de la doctrina entiende la culpabilidad[67] como capacidad de actuar de otra manera[68]. Se trata de reprochabilidad individual por un hecho ante el cual debe existir la capacidad de actuar conforme a la norma. Dicha capacidad no es posible respecto de individuos que carezcan de autoconciencia para enfrentar al sistema y asumir una posición de fidelidad[69]. Las personas jurídicas no conocen el mundo ni actúan a través de sí mismas, lo hacen de forma mediatizada desde un órgano que la administra y delibera[70].

---

[65] En contra del concepto de culpabilidad, la crisis de dicha noción y de la pena, véase Gimbernat. Este autor hace referencia a los cuestionamientos que se han realizado al libre albedrío, la posibilidad de actuar de otra forma y su consecuente reproche. Afirma que al no poder demostrarse la existencia del libre albedrío, el derecho penal no puede fundarse en la culpabilidad. Su conclusión es que ella no existe. En GIMBERNAT (1981) p. 105 y ss.

[66] En este sentido GÓMEZ-JARA (2008) p.81 y ss.

[67] Respecto de culpabilidad en general véase WINTER (2012) p. 107 y ss.

[68] Sobre la evolución del concepto de culpabilidad véase ROXIN (1999a) Tomo I, pp. 794-913 y ROXIN (1981).

[69] Véase JAKOBS (1996) p. 15 y ss.; KINDHÄUSER y MAÑALICH (2011) p.3 y ss.

[70] Tampoco desde las teorías psicológicas o normativas de la culpabilidad es posible fundamentar la culpabilidad de los entes morales. En este sentido GÓMEZ-JARA (2008) p.101 y ss., efectúa un análisis de

El delito supone la infracción de una norma de conducta o determinación, quien comete el delito debe ser el destinatario de la norma. Los seres físicos pueden determinarse conforma a las normas penales porque están dotados de autoconciencia, a su vez pueden infringirlas porque están premunidos de capacidad de acción. La posibilidad de que las personas jurídicas sean destinatarias de normas de conducta ha sido desestimada por una parte de la doctrina. El fundamento consiste en que las agrupaciones de personas actúan a través de un órgano que toma las decisiones; en sí mismas carecen de una capacidad de accionar. Dicha capacidad sería el presupuesto para que las normas de conductas se dirijan a ellas[71].

En la misma línea se critica su idoneidad como sujeto activo porque en un Estado democrático de derecho, a través del derecho penal, se persigue prevenir la comisión de delitos, ante lo cual es insuficiente un juicio negativo respecto de las conductas que lesionen o pongan en peligro los bienes jurídicos[72].

---

los motivos a partir de los cuales las teorías sicológicas y normativas no proporcionan la estructura teórica para fundamentar la culpabilidad de las personas jurídicas. Respecto de las primeras, expone que el vínculo psicológico entre autor y el hecho, resulta impracticable. En relación con las teorías normativas que afirman que la culpabilidad es reprochabilidad, postulado que se le atribuye a Frank, no es posible reprochar a una empresa ya que éste se dirige a las personas individuales responsables. Lo anterior es sin perjuicio de que algunos autores han cuestionado que no sea posible efectuar un reproche a las personas jurídicas, dado que se puede realizar un reproche ético o moral. Otras críticas que se realizan, dicen relación con la imposibilidad de la persona jurídica de actuar de otro modo. Esto último es controvertido por el propio Gómez-Jara.

[71] En contra de esta posición, Gómez-Jara, para quien desde el momento en que el legislador establece responsabilidad penal para las personas jurídicas debe reconocerse que éstas son destinatarias de normas de conducta, lo que se traduce en que su infracción generará responsabilidad penal para éstas. Esto se deriva de que solo los destinatarios de una norma pueden incumplirla y son las normas las que determinan quienes son sus destinatarios. Agrega que el legislador posee la capacidad de determinar quiénes son dichos destinatarios. En GÓMEZ-JARA (2016a) pp. 255-256.

[72] GÓMEZ-JARA (2016a) pp.221-222.

En contra de su capacidad para cometer delitos, Jakobs sostiene que la culpabilidad no es atribuible a todas las personas. Los sujetos colectivos carecen de capacidad de culpabilidad pese a ser personas. Lo mismo acontece con los menores de edad. La sanción se dirige al órgano que adopta las decisiones. El acto no puede ser atribuido conjuntamente al órgano y a la persona, o lo es de uno o lo es de otro. De hacerlo, se imputa la culpabilidad del órgano a la corporación. Adicionalmente, Jakobs fundamenta su rechazo a la capacidad de culpabilidad porque la falta de fidelidad a la norma no es una desviación cualquiera frente a ésta, sino un acto con significado comunicativo. Para que ello ocurra es menester que el individuo esté dotado de autoconciencia que le permita conocer el significada de la norma y la haga parte de sí, las personas jurídicas no pueden hacer esto. Aún, si la tuvieran, no podría mantenerse la identidad del ente, puesto que su composición varía según los integrantes que la conforman. De este modo *"su conciencia es la conciencia del sucesor de una conciencia culpable"*. A lo expresado se adiciona otra dificultad: al interior del órgano pueden existir posiciones contradictorias, por lo que mientras alguno podría estar a favor de delinquir, otro puede estar en contra[73].

Evidentemente, para una concepción de la culpabilidad basada en el conocimiento de la antijuridicidad de la norma y el consecuente comportamiento conforme a dicha comprensión, no se comprende que un individuo que carece de autoconciencia pueda formarse un motivo para cumplirla. No obstante, es posible afirmar la existencia de un deber de organizarse adecuadamente, siendo factible reprochar los déficits de autorregulación en tanto favorecen la comisión de delitos de parte de los seres físicos. Así, mientras para las personas físicas el cuestionamiento se basa en actos, respecto de las personas jurídicas se reprocha su estado, organización o forma de ser. De este modo se realiza un juicio de desvaloración respecto de su ser, que difiere del reproche que se realiza a las personas físicas por los delitos concretamente cometidos.

[73] JAKOBS (2003) pp. 329- 340.

Siguiendo a Galán, las personas jurídicas han sido provistas de deberes de prevención de delitos por el Estado. Estas obligaciones se especifican en un conjunto de tareas que deben ser acatadas por las personas físicas enunciadas por el respectivo tipo penal. De cumplirse estas obligaciones, se entiende que la empresa ha controlado de manera correcta sus riesgos, lo que a su vez impide que pueda atribuírsele responsabilidad. De esta forma, el sistema delimita un conjunto de deberes y normas que van dirigidas a las personas individuales que integran la persona jurídica. Por tanto, dichos deberes se cumplen o infringen por personas físicas que difieren de la entidad. Las infracciones de esos deberes dan lugar a la responsabilidad de la entidad, no la de los individuos que los incumplen. Esto se explica porque la infracción individual carece de entidad para configurar la responsabilidad colectiva, que de verificarse genera efectos para la agrupación de personas. A su vez, el deber de prevenir delitos se dirige a todas las personas que integran a la corporación y no a cada una de manera individual. Por este motivo, en caso de incumplimiento del deber de adoptar un programa de prevención de delitos, aunque sea realizado por varios individuos que integren el equipo directivo, no genera ipso facto responsabilidad para la entidad, dado que la infracción debe traducirse en un riesgo que se concrete en el delito específico que sea cometido por alguna de las personas mencionadas en la ley respectiva[74]. Tampoco existe transferencia de responsabilidad de la persona física a la jurídica, porque la actuación del ser natural no produce responsabilidad para ésta, sino que la sumatoria de estos actos generan una infracción del deber colectivo de prevenir delitos, que es imputable exclusivamente a la entidad[75].

[74] GALÁN (2017) pp.231-237.

[75] Esto es relevante ya que una de las críticas que formulan los detractores de la responsabilidad penal de las personas jurídicas para confirmar que éstas no son destinatarias de normas de conductas, es que la norma se dirige a las personas naturales que la componen, lo que equivale a la transferencia de responsabilidad propia de los sistemas vicarios. En este caso ello no ocurre dado que es la sumatoria de dichas infracciones la que configura la responsabilidad del ente.

Un representante de la doctrina nacional, Artaza, se ha pronunciado derechamente por que las colectividades son sujetos de imputación penal, y por ende, destinatarias de normas de conducta. Para que se produzca la adscripción de responsabilidad penal por parte de estos sujetos es necesario que se cumplan con ciertos supuestos. Lo primero es situarse ante una responsabilidad jurídica que apunta a la determinación de quién debe asumir las consecuencias de ciertos hechos, en este caso la delimitación de quién responde por el hecho típico. En segundo lugar, la justificación de este tipo de responsabilidad es doble porque primero se debe determinar que se trata de un sujeto de imputación que está dotado de capacidad de acción y que se trata de un sujeto obligado, solo así se lo puede hacer responsable por el incumplimiento, y segundo, su conducta debe ser una verdadera contribución al delito. Por estas consideraciones se deben excluir los modelos vicariales de imputación de responsabilidad penal, toda vez que se basan en un desplazamiento de los daños, lo que importa un sistema adscriptivo de responsabilidad que no es propio del sistema penal. Tampoco debe aludirse a persona jurídica como ente ficticio, porque no es esto lo que justifica su responsabilidad criminal, sino la circunstancia de que dicha responsabilidad deriva de la actividad que realizan estructuras organizadas complejas. Entonces al sistema penal le ocupa no el individuo, persona jurídica como tal, sino su comportamiento colectivo que se valora como relevante, por ello prefiere la nomenclatura empresa, siempre que detente la relevancia aludida[76].

Finalmente resulta relevante tener presente que la temática sobre la culpabilidad y otros principios de imputación jurídica-penal propia, también se vinculan al modelo de responsabilidad por culpabilidad originaria o autorresponsabilidad. En los sistemas vicariales puros el fundamento no es relevante[77], porque la organización de la empresa

[76] ARTAZA (2013a) pp. 374 y ss.

[77] En el mismo sentido Gómez-Jara que considera que en los sistemas vicarios no tiene lugar la responsabilidad autónoma, dado que la transferencia de responsabilidad supone la existencia de un individuo que transfiere y otro que la recibe. En GÓMEZ-JARA (2016a) pp. 254-255.

(gestión de riesgos) no afecta la atribución de responsabilidad[78], por cuanto se traspasa a la colectividad[79]. Ello, a diferencia de los modelos de responsabilidad autónoma o de culpabilidad propia en los cuales la sanción depende del ser o conducción que la empresa hubiere desplegado. En estos casos surge la pregunta por el fundamento de la responsabilidad penal. A diferencia del sistema vicario en el que la sanción se aplica con independencia de su aporte concreto al ilícito. Lo expresado también se evidencia desde el fin del castigo, ya que la pena se impone con una finalidad preventiva, la cual pierde eficacia si la sanción solo depende del comportamiento de la persona física.

II.3.- La necesidad de flexibilizar el sistema penal antropocéntrico para dar cabida a la responsabilidad colectiva

Las objeciones y réplicas que se realizan a la responsabilidad colectiva revisadas en el apartado anterior evidencian la necesidad de adaptar el sistema penal de naturaleza antropocéntrica al delito colectivo. Esta adaptación no es para nada sencilla porque el sistema penal se ha ido construyendo sobre una realidad determinada, basándose en principios y procurando garantizar la existencia de un *ius puniendi* respetuoso de las personas y sus derechos.

Como se revisó latamente en el acápite anterior, las críticas a la idoneidad de las personas jurídicas como sujetos activos de delitos derivan de su propia forma de ser, que

[78] En relación con el sistema vicarial y los fundamentos de la responsabilidad penal empresarial, véase ARTAZA (2013a) p. 75 y ss.

[79] Sin perjuicio de conservar un sistema vicarial de imputación de responsabilidad, en EE. UU. desde el año 1991 las Directrices Federales para Dictación de Sentencias o *Federal Guidelines*, establecen criterios que consideran la culpabilidad de la empresa al momento de determinar la pena, pero solo en ese momento. En este sentido véase LAUFER (2006).

les impide realizar acciones en los mismos términos que lo hacen las personas naturales, dirigirles una sanción sin afectar también a sus miembros, ser reprochadas por el delito cometido de la misma manera que se realiza respecto de los seres físicos o el que no puedan ser destinatarios de penas, solo por mencionar algunas de las dificultades expuestas, que han sido asumidas por parte de la doctrina que ha aceptado una flexibilización de la teoría del delito para superarlas.

Por su parte, algunos autores se han negado a admitir dicha flexibilización. En este sentido dos expositores que reflejan esta oposición son los tratadistas españoles Robles[80] y Gracia Martín[81]. Para el primero la responsabilidad de las personas jurídicas se explica en que el sistema establece cargas para las colectividades cuyo fundamento es lograr el cumplimiento normativo. Se trata de consecuencias penales que se imponen en el contexto de un proceso penal y por la comisión de delitos, pero que a su juicio no pueden ser denominados como penas. El fundamento de la sanción quedaría fuera del sistema criminal. Esta posición ha sido cuestionada toda vez que su cabida no tiene lugar en un modelo como el español donde existe un reproche para las entidades, lo que quedó claramente establecido con la última reforma del año 2015[82]. En el caso de Gracia Martin su planteamiento deriva de la imposibilidad de acción y culpabilidad de los entes, lo que se traduce en que no es posible aplicarles una pena. Además conceptualmente la pena no tiene cabida toda vez que es un mal que se dirige contra una persona que lo padece, cuestión que no es posible en este caso. Ninguna finalidad de la pena es predicable pues todas se dirigen a generar cambios en la voluntad del que se castiga, lo que también sería imposible[83].

No obstante la vigencia del debate en torno a este tema, su aceptación avanza progresivamente en diversos países, en parte favorecido por la circunstancia de que el

[80] ROBLES (2006) pp. 4-5.

[81] GRACIA MARTÍN (2016) pp. 11-12.

[82] FEIJOO (2016a) p. 36

[83] GRACIA MARTÍN (2016) pp. 11-12.

propio sistema penal reconoce elementos de orden normativo y funcional que facilitan la posibilidad de aceptar su incorporación. Junto con ello, y presentándose probablemente como el principal argumento para su castigo, se encuentra la necesidad de prevenir la comisión de delitos. En este contexto el legislador ha sancionado este tipo de responsabilidad enviando un mensaje acerca de la manera sobre cómo éstas deben comportarse y su correlativa sanción en caso de incumplimiento.

Desde la teoría del delito la posibilidad de adaptación o flexibilización del sistema penal es mayormente aceptada en la medida que no se esté en presencia de penas en sentido estricto. Por ello no es de extrañar la afirmación de Tiedemann, que en consonancia con este criterio señala que "estas dificultades son evidentemente mucho menos graves cuando solo se prevén sanciones medio o cuasi penales y no verdaderas penas respecto a las agrupaciones. En ese caso, las categorías y principios penales pueden ser flexibilizados o ampliados"[84]. La aludida flexibilidad no tiene cabida en el sistema penal tradicional centrado exclusivamente en la persona humana, donde además los principios penales y garantías fundamentales deben estar en armonía con la dignidad del hombre. En cambio respecto de las corporaciones, si bien como entidades también son sujetos de derechos y garantías, obviamente no están dotados de la misma dignidad por lo que resulta admisible adaptar el sistema a sus características. En el mismo sentido, Silva Sánchez, quien aunque en principio, es partidario que las sanciones queden fuera del sistema penal, una vez que el legislador ha establecido su procedencia, reconoce que este derecho penal forma parte de lo que él ha denominado de *segunda velocidad*, más flexible y débil[85].

[84] TIEDEMANN (1999) p.218.

[85] Sobre el punto señala: "las sanciones a las personas jurídicas deberían quedar preferiblemente fuera del sistema del derecho penal. Ahora bien, una vez que el legislador ha decidido su introducción en éste (en una prueba más de la constante expansión a que se ve sometido), debe recordarse que en el marco de un derecho penal expandido conviven "dos velocidades" de delitos y de sanciones. Así, la segunda velocidad del derecho penal, más débil y flexible, puede acoger una responsabilidad penal de las personas jurídicas

La pregunta entonces es si la sanción que se dirige contra las corporaciones es una pena y, en caso de que no lo sea ¿cuál es su naturaleza? Al respecto se pueden distinguir tres posiciones: las que consideran que estamos en presencia de penas, la que estiman que se trata de medidas se seguridad y finalmente aquellas que las consideran como un tercer tipo de sanción penal.

La doctrina que sostiene que se trataría de penas, lo fundamenta en que no son sanciones civiles porque no tienen por objetivo la reparación de la víctima. Tampoco serían administrativas porque son aplicadas por un juez penal, a través de un proceso criminal, a consecuencia de una infracción penal y perseguirían los fines de la pena[86]. El fundamento y límite de estas penas se encuentra en la culpabilidad o reprochabilidad de las corporaciones que es propia y diversa, de la de las personas físicas, lo que constituye el presupuesto del castigo a las colectividades[87]. Dentro de la misma corriente doctrinaria se justifica su naturaleza de pena, en la circunstancia de que éstas importan privaciones de bienes jurídicos, establecidas por un juez criminal cuando se comete un

---

(que comprende sanciones pecuniarias e interdictivas) por delitos cometidos por las personas físicas que las integran. Ciertamente, la imposición de la sanción requiere que, como mínimo, tales hechos puedan ser imputados a la persona jurídica en los términos señalados, aunque ello tenga lugar en condiciones que no quepa identificar con las de la culpabilidad personal. Sólo esa imputación –por distintos que sean sus requisitos con respecto a la imputación de hechos a las personas físicas– es capaz de justificar que consecuencias jurídicas que fácticamente en nada se distinguen de las sanciones administrativas se integren en el corpus simbólico-comunicativo del derecho penal y adquieran con ello un plus de expresividad. Es verdad que no se trata de penas en el sentido fuerte de la expresión; pero el plus de estigmatización que con la reforma legal pasan a experimentar las personas jurídicas debería conducir, como sinalagma, a que se les apliquen todas las garantías jurídico-penales que sea posible. Ése es, a mi entender, el modo realista de afrontar el problema". En SILVA (2012) p. 35-36.

[86] ZUGALDÍA (1997) pp. 2-3.

[87] ZUGALDÍA (1997) p. 3. En el mismo sentido Bacigalupo Saggese, agregando además que es fundamental que en el derecho sancionador en un Estado democrático de derecho las sanciones estén revestidas de todas las garantías y para cumplir con dichas garantías se deben considerar penas. En BACIGALUPO SAGGESE (1998a) pp. 283 y ss.

delito, de acuerdo a una finalidad de prevención especial, requisitos que son predicables respecto de las penas propiamente dichas[88].

Esta tesis ha sido criticada porque la pena presupone la libertad del hombre, lo que determina que solo son aplicables a éstos[89]. Adicionalmente, si se trata de penas, entonces las entidades deben estar dotadas de capacidad de acción y de culpabilidad que dé origen al reproche penal[90].

Otra parte de la doctrina[91] considera que se trata de medidas de seguridad impuestas por motivos preventivos en atención a su peligrosidad. En este sentido, Schünemann, pese a ser contrario a la responsabilidad penal de las corporaciones, aboga por una responsabilidad fundada en un estado de necesidad de prevención del bien jurídico protegido. El ser colectivo debe ser castigado pese a carecer de culpabilidad a través de medidas similares a las de seguridad. Para este autor, el derecho penal individual no es capaz de responder adecuadamente frente a los comportamientos colectivos ilícitos, ante lo cual reconoce que si bien la moderna organización de la economía y de la industria es plenamente aplicable al delincuente individual, los nuevos paradigmas de la sociedad han llevado a que los grupos o los miembros de instituciones económicas participen de la lesión de bienes jurídicos, lo cual no es fácilmente identificable. Concretamente, la empresa es un sistema organizado del que emanan acciones de grupo y el derecho debe encargarse de dicha realidad. Los fines preventivos generales y preventivos sociales, así como la identificación de la acción con un sujeto individual no se explican en esta acción colectiva. Si bien no es posible reunir en una sola persona acción, decisión y conocimiento, se lesionan bienes jurídicos por lo que se deben aplicar medidas jurídico-

[88] ZÚÑIGA (2000) pp. 213-214.

[89] SILVA (2002) pp. 340-342.

[90] SOTA (2012) pp.13.

[91] A favor de las medidas de seguridad véase: BAJO (1981) pp.373-379; SILVA (2002) p. 347. Este último cambia con posterioridad en SILVA (2012) pp. 31 y ss., quien no llega a considerarlas penas, pero una vez establecidas por el legislador se debe reconocer su carácter penal.

penales específicas. La imputación de responsabilidad se justifica en la finalidad preventiva del derecho penal. Si el reproche jurídico-penal de culpabilidad se concibe desde una perspectiva clásica individual como posibilidad de actuar de otra manera, no podrá ser predicable respecto de las entidades colectivas. Si bien la culpabilidad como capacidad personal de actuar de otra forma no es posible respecto de los seres colectivos, sí se puede constatar que a éstos se los hace responsables por la culpa de otro. Siempre tras su organización y gestión se encuentran personas que actúan por ella. Entonces, si bien el sistema penal no pueda basarse en la culpabilidad, ello no significa que no pueda existir un sistema criminal que esté de acuerdo con el Estado de derecho. Solo una concepción retribucionista de la pena puede considerar contradictoria la aplicación de sanciones con independencia de su culpabilidad. Con la asunción de un derecho penal preventivo, el castigo se mide en relación con la finalidad de la pena, lo que se vincula con la protección de bienes jurídicos. De modo tal que lo relevante es la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de protección del bien jurídico. El fundamento de la imputación a las personas jurídicas se encuentra en un estado de necesidad de prevención del bien jurídico protegido. Dicho estado se fundamenta en la lesión de un bien jurídico cometida en el marco de una empresa y siempre que un defecto de organización de la corporación hubiera facilitado o complejizado su demostrabilidad. Con ello, se fundamenta la procedencia de una sanción con independencia de la culpabilidad, similar a las medidas de seguridad en general. Esta concepción propone la aplicación de sanciones cumulativas (individual y colectiva), que se justifican en una actitud criminal de la colectividad. La sanción individual no permite evitar el peligro que importa que dentro de la empresa se instale una cultura criminal. La sanción para la colectividad es la pena de multa[92].

En suma, la posición que las considera como medidas de seguridad finalmente lo justifica en los riesgos de ciertas personas que realizan conductas contrarias a derecho, el

[92] En SCHÜNEMANN (1995) pp.567-591; SCHÜNEMANN (1988) pp.529-558; SCHÜNEMANN (1995) pp. 565-600. Para conocer sus planteamientos acerca de la culpabilidad ver SCHÜNEMANN (2012) pp. 179- 228.

objetivo es poner término al peligro, por ello su finalidad se identifica con la prevención especial, siendo criticadas por dar paso a un derecho penal de autor[93].

Se ha cuestionado la tesis de las medidas de seguridad ya que la persona jurídica no es un objeto o instrumento peligroso, posee personalidad y actúa en el medio social y, por otra parte, tampoco se establecen las sanciones para que la persona física deje de emplearla como un instrumento peligroso[94]. Otra crítica apunta a que las medidas de seguridad suponen la ausencia de culpabilidad de su destinatario, pero la responsabilidad de las corporaciones, con excepción de la vicarial, se fundamenta en un reproche a ésta, no se trata de una responsabilidad transferida sino que es propia. También se ha expresado que se desconoce si el peligro está en la colectividad o en las personas naturales que lo componen, además, la finalidad de algunas de las medidas de seguridad no se refieren a la prevención especial como la multa y el decomiso[95].

La tercera posición, que se sostiene en este trabajo, considera que la sanción que se impone a las corporaciones no es una pena como se entiende en el sistema penal tradicional, que de acuerdo a la doctrina mayoritaria se fundamenta en la culpabilidad y la libertad. Tampoco equivale a una medida de seguridad que puede imponerse sin necesidad que el individuo sea considerado culpable[96]. Esta tesis se explica dentro de lo que se denomina un derecho penal de tres vías, a saber; las penas, las medidas de seguridad y sanciones penales para las personas jurídicas.

---

[93] Como llama la atención Sota Sánchez, la pena al igual que la medida de seguridad tiene una finalidad de prevención especial, pero difieren sustancialmente en cuanto a sus presupuestos, dado que la pena supone la comisión de un delito, las medidas de seguridad la peligrosidad de quien delinque, ante lo cual se realiza una valoración sobre su comportamiento probable a futuro, o expresado en otros términos, que cometa un nuevo delito. En SOTA (2012) pp.7-8.

[94] SOTA (2012) p. 25.

[95] CAVERO (2005) p.140.

[96] Esta afirmación es sin perjuicio de que los sistemas vicariales optan por una responsabilidad que se transfiere.

Esta posición, de naturaleza ecléctica, parece ser la más acertada por las siguientes razones: en primer lugar, la forma de ser de las colectividades impide que las estructuras de un sistema penal establecido para personas naturales puedan simplemente ser trasladadas a éstas. Su falta de libertad es una cuestión incontestable, pero ello no obsta a que exista un reproche que pueda serles dirigido y que fundamente la consecuente sanción. Este argumento reconoce que existe un ámbito que es exclusivo de las colectividades, esto es la gestión y administración de sus riesgos, que no corresponde a las personas físicas que la integran.

En este sentido, también debe reconocerse que las personas jurídicas son una realidad diversa de las personas naturales que las componen. Cuando se imputa un delito a una corporación, el reproche se dirige contra ella y no respecto de sus miembros, aun cuando les afecte. Esta responsabilidad se fundamenta en la comisión de un delito colectivo por el que se la recrimina.

En conclusión, se reconoce que el castigo a las corporaciones configura una tercera vía en materia penal, en cuanto no se trata de penas en su sentido clásico ni tampoco son medidas de seguridad. Se está ante una sanción de naturaleza penal que se imputa a los entes morales por su injusto colectivo. Su finalidad es la prevención de los delitos, cuestión que justifica su inclusión dentro del sistema de derecho penal, aunque no se corresponda propiamente a una pena. Lo aseverado se admite flexibilizando las categorías tradicionales de la teoría del delito, dado que la pena como ha sido entendida no tiene espacio en la responsabilidad colectiva. Para que proceda aplicar dicha sanción resulta necesario determinar el fundamento del reproche que es un equivalente de la culpabilidad para los seres físicos. La determinación de dicho fundamento se revisa en el acápite siguiente.

III.- Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Anteriormente se analizaron los principales problemas que conlleva afirmar la capacidad delictiva de las agrupaciones. Al respecto se concluyó que las diferencias existentes entre éstas y las personas físicas justifican dar lugar a un sistema con consecuencias penales que no son propiamente penas ni medidas de seguridad. Ello importa flexibilizar instituciones de la teoría del delito, como la culpabilidad, indagando por un fundamento propio que justifique el reproche que se dirige contra los seres colectivos.

En lo que sigue se pretende identificar el fundamento que legitima su responsabilidad y junto con ello la finalidad por la que se las castiga penalmente. Sobre esta materia conviene tener presente tres aspectos: lo primero, es que no existe consenso doctrinario sobre su contenido. En segundo lugar, se utilizará preferentemente el término fundamento por sobre el vocablo culpabilidad[97], no obstante gran parte de la doctrina utiliza esta última locución para aludir a un equivalente funcional del concepto que se emplea en el derecho penal tradicional. En tercer lugar, el interés en abocarse en la determinación del fundamento deriva de la circunstancias que aquello es indispensable para lo sucesivo de este trabajo. Esto último no solo porque permite justificar las sanciones que concretamente les resultan aplicables a las corporaciones, sino porque además es esencial para lo que posteriormente se esgrima, como por ejemplo, en materia de sistema de determinación de la pena, pero por sobre todo porque el motivo del reproche junto con el fin de la pena, son esenciales para poder valorar el proceso de autoorganización de las entidades, en términos de primacía de estrategias regulatorias persuasivas o punitivas.

El análisis del fundamento será relevante dependiendo del modelo de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Éstos se clasifican en vicarios o de

[97] Infra ver apartado sobre cuestiones preliminares pp. 10 y ss.

transferencia, de responsabilidad propia o de auto responsabilidad, y mixtos. Los sistemas vicariales de imputación se caracterizan porque la culpabilidad de la agrupación corresponde al de la persona natural que cometió el hecho de conexión y se le transfiere como si fuera propia. Desde la perspectiva de la persona jurídica, se trata de una responsabilidad transferida o recibida, porque responde criminalmente sin que se indague acerca de su propio aporte al hecho. En cambio, el sistema de responsabilidad propia, supone un reproche que se le efectúa a la colectividad por su contribución al delito, no existiendo transferencia como en el caso anterior. Los modelos mixtos se caracterizan por compartir características de los dos anteriores.

La pregunta sobre el fundamento de la responsabilidad penal de las colectividades es relevante en los sistemas de culpabilidad propia o mixta, en la medida en que en éstos el reproche es propio y no transferido.

En lo que sigue se analizan solo algunas de las posiciones doctrinarias que explican el fundamento o principio legitimador de la responsabilidad penal de las agrupaciones. Éstas contienen aspectos que han sido recogidos por otras concepciones y/o han sido adoptadas en las normativas que se han convertido en leyes en determinados países de diversa tradición jurídica.

El análisis se centrará en aquellas que se pronuncian a favor de una culpabilidad propia u originaria de las personas jurídicas y, en menor medida, de responsabilidad vicaria morigerada o mixta. Su sistematización[98] se realiza de la siguiente manera: defecto de

[98] Otra clasificación puede verse en BACIGALUPO SAGGESE (1998a) p. 156 y ss., quien sistematiza las posiciones clasificándolas respecto de quienes estiman que la persona jurídica no puede ser considerada culpable y dentro de éstas las que se fundan en la imposibilidad de aplicar sanciones penales y los que consideran que es posible imponer dichas sanciones sin culpabilidad o corresponde imponer medidas de seguridad. Para NIETO (2008a) p. 145 y ss. La culpabilidad de la empresa se puede clasificar en cuatro grupos: a) Culpabilidad de la empresa como cultura corporativa desviada; b) Defecto de organización; c) Ausencia de un comportamiento postdelictivo adecuado d) Culpabilidad por el carácter o culpabilidad por la conducción de la empresa. Otra clasificación en GÓMEZ-JARA (2016e) pp. 153-177.

organización, culpabilidad proactiva, reactiva y constructiva; culpabilidad fundada en el carácter o conducción de la empresa; culpabilidad fundada en un reproche ético-social; culpabilidad como capacidad de cuestionar la vigencia de la norma y culpabilidad como déficit de autoorganización permanente. No obstante las diferencias existentes entre las aludidas concepciones, el fundamento basado en una organización deficitaria está presente en la gran mayoría de ellas.

A continuación revisaremos las concepciones que fundamentan el castigo a las personas jurídicas seleccionadas conforme a lo señalado precedentemente.

III.1.- Defecto de organización

Esta conocida concepción fue elaborada por Klaus Tiedemann. Para él es un deber de la empresa, no solamente de los individuos que la componen, organizarse adecuadamente. La consecuencia por no hacerlo es su responsabilidad propia que deriva del déficit de su organización. Se trata de una culpa social, lo cual supone que ésta asume la realidad social y las obligaciones que le corresponden. La argumentación de Tiedemann se basa en el derecho contravencional alemán, no jurídico penal.

A este respecto Gómez-Jara afirma que el concepto inicial iba dirigido a una culpabilidad en sentido amplio, de naturaleza jurídica, pero no penal. Se trata de una culpabilidad dirigida a categorías sociales y jurídicas. El reproche social emana del defecto de organización y vincula las infracciones de las personas físicas con dicha falla, de tal manera que éstas se han debido a dicho defecto, el que de no haberse producido habría podido ser evitado. Ello se justifica porque respecto de las sanciones

administrativas la culpabilidad no está dotada de las mismas exigencias que respecto de las de carácter penal[99].

Tiedemann reconoce que la culpabilidad para el derecho penal importa efectuar un reproche moral, lo que para algunos autores no puede realizarse en el caso de los seres colectivos, por cuanto solo las personas físicas poseen libertad de actuar de manera contraria a las normas. Esto no impide que las personas jurídicas sean destinatarias de normas que tienen un contenido ético y que puedan ser transgredidas. La organización, conforme a la ley, es un deber de las corporaciones, no solo de las personas naturales que forman parte de ellas. Esta culpabilidad no es tampoco la sumatoria de la culpa de los seres físicos. Los entes colectivos son destinatarios de las normas jurídicas y pueden ser reprochados moralmente, pero para reconocerlo es necesario superar la concepción ideológica que solo concibe el reproche ético exclusivamente para los hombres. La responsabilidad de las personas jurídicas es paralela y no idéntica a la que le corresponde a los individuos[100].

Tiedemann elabora esta doctrina para el derecho alemán de las contravenciones (*Ordnungswidrigkeiten)* en relación con la pena de multa. Se trata de una culpabilidad en sentido amplio. A su respecto se le ha criticado que si bien su concepción puede ser útil para las infracciones en el ámbito administrativo, no lo es para el sistema de derecho penal. La principal objeción es que tras sus postulados se esconde una responsabilidad objetiva, dado que la empresa responde por el hecho de las personas naturales, sin que la correcta organización del ente le permita eximirse de responsabilidad. Expresado en otros términos, la existencia del hecho de conexión (el realizado por la persona física) determina la responsabilidad de la entidad, tras lo cual se vislumbra una responsabilidad por el hecho ajeno. En la medida que exista una infracción de normas administrativas o penales de parte de una persona física, la persona jurídica responde sin poder exonerarse de dicha responsabilidad, se trata de un sistema de responsabilidad anticipada en la que

[99]. En GÓMEZ-JARA (2008) pp. 181-182.

[100] TIEDEMANN (1999) pp. 224-226.

los delitos de agrupación se verifican porque la empresa ha omitido realizar las gestiones que promueven los actos lícitos. De esta forma, los hechos de las personas naturales pasan a ser de la corporación. El injusto colectivo consiste en la falta de medidas de control y organización, pero la organización correcta (falta de culpabilidad) no lo exime de responsabilidad. Por ello la doctrina lo considera como responsabilidad objetiva[101].

Para subsanar los defectos que presenta esta concepción, se recurre a la estructura de la *actio libera in causa* de modo tal que la culpabilidad antecedente de la empresa es la que determina o fundamenta la libertad empresarial. Dentro de dicha culpabilidad antecedente, el autor se basa principalmente en la infracción de los deberes de vigilancia, lo que podría haber sido evitado con una adecuada organización. Esta explicación no soluciona la crítica relativa a que la empresa no puede justificar su comportamiento previo, lo que da lugar a una responsabilidad de carácter objetiva[102].

III.2.- Culpabilidad proactiva, reactiva y constructiva

Para los sistemas de responsabilidad vicarial[103] la imputación de responsabilidad de la empresa deriva de los ilícitos de los representantes y empleados, siempre que actúen dentro del ámbito de sus competencias y en beneficio de la corporación. Verificadas

[101] FEIJOO (2003) pp.355-359.

[102]En GÓMEZ-JARA (2008) pp. 182-184.

[103] Dentro de los sistemas de responsabilidad vicarial se encuentran los que se fundan en la teoría del *respondeat superior* y los que se basan en la teoría de la identificación. Ambos tienen en común que se requiere un delito cometido por un agente de la empresa y que éste lo realice dentro del ejercicio de sus funciones. Solo la teoría del *respondeat superior* exige además que esta actuación sea beneficiosa para la corporación. En ambos casos existe una atribución o transferencia de responsabilidad desde el ser físico a la persona jurídica.

dichas condiciones, se transfiere la responsabilidad penal a la institución quedando esta última impedida de demostrar que su comportamiento fue adecuado[104]. Pese a ello, en el sistema vicario de EE. UU, desde la dictación de las *Sentencing Guidelines*[105] en 1991, se considera la culpabilidad o responsabilidad propia, pero limitada al proceso de determinación de la pena. Esto es consecuencia de las críticas planteadas a la responsabilidad objetiva[106].

Lo expresado obedece a que desde hace varios años algunos autores que se desenvuelven en el ámbito del derecho común se habían planteado la necesidad de superar la responsabilidad vicaria[107]. El objetivo es encontrar una verdadera o genuina

[104] Véase LAUFER (2006) pp.3-43, donde explica críticamente la evolución y el estado actual del sistema vicarial en los EE. UU. También véase WEISSMANN y NEWMAN (2007) pp. 417-423. Por su parte, para Hasnas no existe justificación teórica para este tipo de responsabilidad, la cual fue reconocida en EE. UU. en la clásica sentencia de *New York Central & Hudson River*. A su juicio, la creación de este tipo de responsabilidad fue y seguiría siendo un error. El sistema penal existe para ser aplicado a personas y entidades que merecen y se pueden culpar moralmente por sus actos. Este sistema está destinado a aplicar penas, no para reparar o para imponer sanciones administrativas. En HASNAS (2009) pp.1329-1330.

[105] La responsabilidad penal de las personas jurídicas en EE. UU. se origina en los casos: "*The antitrust action in standard oil of indiana"* en 1908 *y "New York Central & Hudson River Railroad Co."* en 1909. A partir de estas sentencias el riesgo de cometer delitos se comparte entre el agente individual y la empresa.

[106] En el sistema vicarial norteamericano las corporaciones son responsables por los delitos que cometan sus representantes y empleados, siempre que actúen dentro del ámbito de sus competencias y en beneficio de éstas. Se trata de la teoría del "superior que responde" o *respondeat superior*, según la cual las empresas son representadas por sus directores, supervisores y empleados. De esta forma, la intención del representante se atribuye al representado. Esta teoría se fundamenta en que las corporaciones solo pueden actuar a través de sus representantes o empleados, por lo que las acciones de estas personas se le atribuyen. La excepción a esta teoría se encuentra en la sentencia *United State vs. Bank of New England* de 1987. En ella, la Corte de Apelaciones estimó que el banco estaba dotado de un tipo de conocimiento de naturaleza colectiva, que se conforma por el conocimiento colectivo de sus empleados. Este configura un conocimiento empresarial. En LAUFER (2012) p. 140-141.

[107] Los cuestionamientos se refieren a la imputación a la empresa de la acción y de la intención del representante, por cuanto no obstante éste actúe en beneficio y dentro del ámbito de su competencia, de

culpabilidad corporativa, iniciativa que emana del haber constatado que la persona jurídica posee atributos que son diversos de la sumatoria de las personas naturales que las integran[108]. Uno de los representantes de esta vertiente es Laufer que clasifica las propuestas de tipologías de culpabilidad en modelos de culpabilidad proactivos, reactivos, basados en la cultura o *ethos* corporativo y los que se fundamentan en la política corporativa[109].

La culpabilidad proactiva se determina cuando las actuaciones y organización de la agrupación de personas se consideran ineficaces para prevenir la comisión de crímenes. La responsabilidad colectiva se define por la omisión de medidas, decisiones o protocolos que permitan precaver la proliferación de delitos. Los elementos para probar que se ha realizado lo razonablemente esperado para la prevención de ilícitos consiste en desarrollar medidas y políticas proactivas y la comunicación adecuada entre los empleados respecto de las prohibiciones éticas y jurídicas[110].

La culpabilidad reactiva considera la respuesta (reacción) de la empresa frente al delito. Se trata de demostrar que se actuó con la diligencia debida después de cometido el hecho por el ser físico. Para esta culpabilidad son importantes las medidas de reparación y correctivas que puedan mitigar el daño[111].

De acuerdo a la culpabilidad por la cultura empresarial se estima que la empresa es responsable cuando el *ethos* o personalidad de la organización promueve a los miembros a realizar ilícitos. Esta personalidad se puede deducir del comportamiento y cultura de

---

todas formas puede estar actuando con infracción a la política de la empresa, a sus normas administrativas o reglamentarias y obviamente, contra el derecho criminal. A ello se suma que en la actualidad, se considera que las entidades están dotadas de ciertos atributos que son distintos de los de sus miembros individualmente considerados. En LAUFER (2012) pp. 142-143.

[108] LAUFER (2012) p. 143.

[109] LAUFER (2012) p. 145.

[110] LAUFER (2012) p. 145.

[111] LAUFER (2012) pp. 145-146.

sus órganos directivos, de sus propuestas, sus fines, sus prácticas, sus protocolos, su observancia a los códigos de conducta y de la legalidad y en el comportamiento con sus empleados. Esta concepción se encuadra dentro de lo que podría denominarse como el carácter empresarial. Existen políticas y decisiones que son contrarias al ordenamiento jurídico, que son reconocidas por la administración o malas prácticas avaladas por los altos directivos.[112].

Finalmente, la culpabilidad por las políticas corporativas considera los fines y objetivos que la entidad se determina. Éstos mostrarían sus intenciones en beneficio o perjuicio de la sociedad[113].

Los modelos fundados en una culpabilidad proactiva o reactiva han sido criticados porque el derecho penal exige que exista culpabilidad o una intención delictiva que debe concurrir respecto de la acción antijurídica de la empresa. Esto significa que el estado mental debe ser concurrente al hecho, lo que no acontece en estos dos casos en los que se considera el comportamiento que despliega la empresa antes o después del delito de la persona física. El fundamento de la crítica emana de la circunstancia de que el sistema de derecho penal solo puede castigar a quien actúe con una intención y esto también debería regir para las personas jurídicas[114].

El cuestionamiento referido en el párrafo anterior comete el error de igualar la responsabilidad de las personas físicas con las jurídicas, asimilando el injusto individual con el colectivo, lo que no es posible de efectuar por todas las razones analizadas en los acápites anteriores. El injusto colectivo y el fundamento de la responsabilidad colectiva son propios de este tipo de responsabilidad penal, además se encuentran dotadas de una temporalidad que se vincula con un estado de organización que se mantiene en el

[112] LAUFER (2012) p. 146.

[113] LAUFER (2012) pp. 146-147.

[114] LAUFER (2012) pp. 149.

tiempo. El fundamento debería relacionarse con una organización defectuosa que es reprochable a la empresa.

Basado en los defectos de la culpabilidad proactiva y reactiva Laufer plantea un concepto de culpabilidad constructiva. Ésta requiere dos elementos: una acción ilegal y un estado mental corporativo que concurra al momento de realizar el acto. La acción ilegal es una acción primaria, vale decir, aquella que ha sido autorizada o "poseída" por el ente colectivo. Ésta se reconoce mediante un test. Esto supone determinar si de acuerdo al tamaño de la empresa, complejidad, formalidad, funcionalidad, procesos y estructuras de tomas de decisiones, es posible entender que lo ejecutado por la persona física puede ser considerado una acción de la corporación. Se trata de un "test de razonabilidad". Con este test se reemplazaría la responsabilidad vicarial y se separan las acciones primarias que son de la empresa, de las secundarias que son imputables a los agentes. Laufer explica que para la determinación de la acción empresarial, el tribunal o jurado debe considerar la existencia de delegaciones o autorizaciones, la competencia del agente y su rol dentro de la empresa. Los agentes que estén dotados de mayor capacidad de representación o que tengan mayor jerarquía para representar a la organización ejecutan acciones que razonablemente tienen mayor probabilidad de ser primarias o imputables a la corporación. De esta forma se determina quién es autor[115]. Una vez establecido que las acciones son constructivamente de la colectividad, el juez deberá precisar el estado mental de la institución. Estos corresponden a los que propone el Código Modelo, vale decir, intención, conocimiento, imprudencia o negligencia. El estado mental concurre junto con la acción de la empresa, el objetivo es determinar si el actuar fue doloso o negligente. Para su establecimiento se debe constatar si la entidad a través de sus acciones expresó una intención, conciencia, conocimiento o indiferencia que son los cuatro estados del Código Modelo.[116].

[115] LAUFER (2012) pp. 152-154.

[116] LAUFER (2012) pp.152-158.

Que la responsabilidad corporativa se fundamente en un acto o hecho concreto y no en el comportamiento defectuoso coetáneo, anterior y posterior al delito, evidencia como este modelo se mantiene en la lógica de la atribución vicaria. Las acciones primarias son acciones de los representantes, que se atribuyen a la corporación cumplidas ciertas condiciones. No se considera el comportamiento de la colectividad, sino que el de sus agentes que se les atribuye. Para los sistemas de genuina culpabilidad no es necesario atribuir porque se considera que la corporación es distinta de sus miembros. Se valora su organización porque le es propia.

Para el sistema chileno una concepción de la culpabilidad fundada exclusivamente en la reacción[117] frente al delito no es compatible con la Ley Nº20.393. Esta afirmación obedece a que dicha normativa exige que el ilícito sea consecuencia del incumplimiento de deberes de vigilancia y supervisión, por lo que la sola reacción posterior de la corporación no es suficiente. En este sentido, la ley expresa que la responsabilidad queda supeditada: "…siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión"[118].

Por su parte, la culpabilidad proactiva en tanto configura una gestión defectuosa que puede dar lugar a ilícitos individuales, si bien puede ser considerada al momento de establecer el fundamento de la responsabilidad colectiva, ésta debe ser complementada con otros requisitos que establece la Ley. En todo caso, lo proactivo o reactivo si bien incorpora el elemento de la temporalidad, la culpabilidad o fundamento de la responsabilidad de la empresa, se configura como un todo continuo y no una actuación concreta previa o posterior. Esto último se acerca a la responsabilidad individual que se funda en hechos concretos, mas no en lo colectivo que tiene que ver con un estado de

[117] En el caso chileno, el artículo 6 de la Ley N° 20.393, hace referencia a las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal las cuales tienen que ver con el comportamiento posterior de la empresa y se considera para la determinación de la pena. Cuestión distinta es la identificación de la culpabilidad de la persona jurídica.

[118] Artículo 3 de la Ley N°20.393.

organización que en muchos casos consiste en comportamientos anteriores y posteriores al hecho individual.

Una vertiente de la culpabilidad reactiva es la *reactive corporate fault* que considera que la empresa es responsable por omitir una reacción diligente respecto de las acciones que trasgreden el derecho. Una de las propuestas es formulada por Fisse, que parte de la necesidad de ir superando la responsabilidad vicaria. Propone que el *mens rea* o estado mental de la organización, pueda identificarse con su comportamiento posterior al hecho. Este autor reconoce que esta concepción surgió de la teoría vicaria, que con el tiempo fue dando lugar a que las Cortes aceptasen que estaban dotadas de la prerrogativa de tomar en consideración la culpabilidad de las empresas como factor relevante para mitigar o agravar su responsabilidad. No obstante, se da un paso más en el sentido de avanzar desde considerarlo como un factor para juzgar la determinación de la pena, a transformarse en el fundamento de su responsabilidad. Para este autor esta responsabilidad se define como la culpa por fallar en tomar medidas satisfactorias que prevengan y corrijan la comisión de un delito realizado en beneficio de la organización[119]. En este sentido es relevante la adopción de programas de cumplimiento que contemplen medidas que permitan prevenir en el futuro estos delitos y también que los reparen[120].

III.3.- Culpabilidad de la empresa fundada en el carácter o en la conducción de la empresa

[119] FISSE (1983) pp. 1195-1206.

[120] En FISSE y BRAITHWAITE (1993) p. 158 y ss.

Para estas concepciones la culpabilidad o principio legitimador de la responsabilidad se identifica con el ser de la organización, no con el acto o hecho realizado.

Lampe[121], sostiene que la culpabilidad de la agrupación se funda en el carácter. El autor destaca que para la legislación penal y los autores los injustos de sistema han sido objeto de menor preocupación que los injustos individuales. Esto ha causado que el derecho penal reaccione contra el injusto de sistema con instrumentos elaborados a la medida del injusto individual. Desde aquí emana la necesidad de delimitar categorías propias para lo colectivo.

En su concepto el sistema de injusto se refiere a "sistemas sociales o de manera más concreta, construcciones sociales en las que las relaciones de los elementos están organizadas hacia un fin asocial"[122]. Éstos pueden ser simples como la coautoría o constituidos. Estos últimos pueden constituirse institucionalmente a largo plazo, a través de unos estatutos, por ejemplo. Se trata de una entidad distinta de sus miembros que permanece aunque éstos varíen. La pertenencia de sus integrantes no depende de su conocimiento mutuo, por lo que es posible que esté conformada por un número mayor de individuos que el simple. A su vez, éstos se conforman por diversos subsistemas que se comunican desde planos jerárquicos diversos. Existe un intercambio de información entre ellos. El sistema puede tener una conformación jurídica como una empresa, donde el ingreso se determina a través de un acto formal debido a que posee un estatuto propio, a diferencia de lo que acontece con una organización criminal en la que se considera miembro de ésta a aquel que acepte subjetivamente el fin de la colectividad y la manera en que esta finalidad puede ser alcanzada, lo cual se expresa objetivamente a través de la realización de acciones de la organización[123]. Estos injustos constituidos pueden clasificarse en: sistemas orientados criminalmente como las agrupaciones criminales; sistemas con tendencia criminal como las empresas económicas con tendencia criminal;

[121] LAMPE (2012) p. 63 y ss.

[122] LAMPE (2012) p. 70.

[123] LAMPE (2012) p. 79.

y los sistemas pervertidos criminalmente como las estructuras estatales pervertidas criminalmente[124].

Las agrupaciones criminales para este autor están compuestas por las personas que se organizan, la existencia de medios materiales para llevar a cabo sus actuaciones y la integración de dichas personas y medios en un *sistema técnico-social.* La finalidad de estas agrupaciones es cometer delitos[125]. El segundo tipo de sistema de injusto constituido son ***las empresas económicas con tendencia criminal*** que son "una unidad organizativa, portada por un sujeto jurídico, que sirve a un fin económico"[126]. Ésta cuando está dotada de un fin asocial, como aquellas que se dedican a la elaboración de bombas para grupos terroristas, se encuadra dentro del grupo de agrupaciones criminales. En cambio, se está ante una empresa con tendencia criminal cuando ésta incurre en infracciones dolosas o imprudentes, que no están comprendidas dentro de su fin. Su injusto de sistema no es esencial sino accidental[127]. Este injusto colectivo depende de que en el delito se utilicen los espacios de organización deficiente o que derive de una filosofía empresarial criminógena que afecta lo ético-social. Este autor entiende por *filosofía empresarial criminógena* los objetivos y valores de la dirección empresarial en relación con lo ecológico, económico y social[128]. La empresa está afectada por esta filosofía cuando admite o favorece la realización de actuaciones que muestran una *actitud criminal*. Se trata de un carácter defectuoso que ha sido creado o mantenido por su *management*[129]. El tercer injusto constituido es ***el injusto de Estados y estructuras estatales criminalmente pervertidas***.

[124] LAMPE (2012) p. 79.

[125] LAMPE (2012) pp. 80-93.

[126] LAMPE (2012) p. 82.

[127] LAMPE (2012) p. 93.

[128] LAMPE (2012) pp. 94-115.

[129] LAMPE (2012) pp. 121-122.

Los tres injustos de sistemas mencionados, pese a sus diferencias, comparten características comunes. En primer término, el autor identifica un **potencial de riesgo** en los tres sistemas. Éste se conforma por las personas preparadas para el conflicto y medios técnicos que pueden emplearse para distribuir dichos conflictos. El segundo elemento es el peligro que manifiesta a través de un ***ataque organizado*** o su ***integración defectuosa***, que en ambos casos afecta o pone en peligro bienes jurídicos. El tercer elemento es el ***sentimiento de comunidad*** o la ***defectuosa conciencia de responsabilidad*** de que están dotadas las personas que forman parte de la organización. El cuarto elemento es que existe una ***finalidad que es contraria al ordenamiento jurídico*** que equivale al dolo o que revela una falta de cuidado lo que se corresponde con la imprudencia. Para este autor la concurrencia de un injusto de sistema se produce con la concurrencia de estos elementos. En el caso de la empresa con filosofía criminal, su injusto se configura desde que está dotada de dicha filosofía. Por ello este injusto es un estado que puede o no expresarse a través de acciones. Esta predisposición se materializa cuando tiene lugar el injusto individual. Las acciones realizadas por los miembros configuran el injusto de resultado. De esta forma si bien el injusto de sistema es por sí mismo sancionable, no necesariamente va a ser merecedor de una sanción. El momento de la pena depende de que contradiga valores y afecte la estabilidad social. En el caso de las empresas con tendencia criminal, el merecimiento de pena no es suficiente. Para el castigo es necesario que esta filosofía se materialice en acciones que generan peligros socialmente importantes[130].

En conclusión, los sistemas de injusto de empresas derivan de su carácter social, lo que determina su responsabilidad, según el caso. Por su parte, la pena persigue mejorarlo[131]. El reproche es de naturaleza ética-social que deriva de la incapacidad de la empresa de conducirse de conformidad a las expectativas sociales. Su administración o *management* ha dado lugar a una filosofía criminal o una organización defectuosa. Se ha afirmado que

[130] LAMPE (2012) pp. 99-102.

[131] LAMPE (2012) p. 110.

una de las ventajas de esta teoría es que permite efectuar una distinción entre el dolo y la culpa. La filosofía criminal se asemeja al dolo mientras que la administración defectuosa a la negligencia[132].

Esta concepción posee la virtud de identificar un injusto propio para la persona jurídica, que fundamenta una responsabilidad autónoma. Uno de los elementos es la filosofía criminal de la empresa, que se vincula con la cultura o ética corporativa. El contenido de esta predisposición de la corporación es indeterminado para justificar la procedencia de responsabilidad penal. Debido a ello surge la pregunta acerca de cuáles son sus parámetros[133].

Heine participa de un concepto de culpabilidad por la conducción de la actividad empresarial[134]. El autor constata que las empresas ofrecen diversas oportunidades para la delincuencia individual, al facilitar el encubrimiento o generar confusión respecto del delito. Se producen *déficits de prevención*[135]. Mientras más compleja sea la empresa se incrementa la posibilidad de diluir la responsabilidad individual. Uno de los problemas sociales actuales se relaciona con la necesidad de controlar procesos sociales defectuosos que, ante la imposibilidad del Estado de contar con toda la información y con los controles necesarios, ha tendido a la autorregulación de la empresa. Así, la supervisión del Estado consiste en "un control de los controles internos de las empresas". El desafío se vincula con el manejo de los riesgos, ámbito que es de carácter técnico por lo que convoca a la empresa más que al Estado que carece de este conocimiento. Frente a este escenario el derecho penal debe adaptarse y proporcionar respuestas, las que no pueden emanar de los paradigmas dogmáticos clásicos del sistema

[132] NIETO (2008a) p.138.

[133] En el mismo sentido S. Bacigalupo, quien crítica que la propuesta de Lampe finalmente permite que se impute a la persona jurídica cualquier sospecha de acción delictiva. En BACIGALUPO SAGGESE (1998a) pp. 190-191.

[134] HEINE (2012) p.23 y ss.

[135] HEINE (2012) p.25.

penal[136]. La responsabilidad de la persona jurídica debe ser originaria e independiente de la responsabilidad individual, debe ser de naturaleza penal a través de un sistema paralelo[137].

El fundamento de la responsabilidad se origina en que la empresa es un garante de supervisión. Es posible que se genere responsabilidad ya sea porque la empresa es deficitaria o porque existen déficits en su organización[138]. La responsabilidad propia de se construye de manera análoga funcional, no se trata de una culpabilidad por el hecho concreto, sino que proviene de la conducción de la actividad empresarial. Se refiere a una dimensión temporal relativa a la gestión defectuosa de los riesgos. No es un hecho puntual sino una actuación que se mantiene en el tiempo. Para la construcción de esta responsabilidad es necesario adentrarse en la "mentalidad de la empresa" o una cultura empresarial defectuosa. Existen "elementos de implementación colectiva" que determinan las condiciones (mentales) para la conducción de la institución. Esto obligaría al juez a analizar las particularidades de la corporación para determinar su responsabilidad. Consiste en una especie de responsabilidad que se independiza de la de un empleado concreto de la colectividad. Entonces se reemplaza el dominio del hecho individual por un dominio de la organización. Los presupuestos de la responsabilidad colectiva son un manejo defectuoso de los riesgos y realización típica empresarial del peligro[139].

Esta teoría se sirve del defecto de conducción de la organización, sin relación a un hecho concreto sino que manteniéndose a través del tiempo, lo que permite establecer una responsabilidad originaria de parte de las personas jurídicas. A partir de aquello, surge la

[136] HEINE (2012) pp.27-28.

[137] HEINE (1997) p.30.

[138] HEINE (2012) p.34.

[139] HEINE (2012) pp. 43-47.

necesidad de determinar qué debe entenderse por conducción o gestión defectuosa de los riesgos o cómo lo establece el juez y cómo se vincula con el hecho típico.[140]

III.4.- Culpabilidad de la corporación fundada en un reproche ético social

Para Dannecker la sociedad moderna y el derecho penal económico requieren la imposición de sanciones a las personas jurídicas, puesto que es insuficiente solo castigar a las personas físicas. La empresa es una estructura que funciona en la economía y que facilita que se oculte la responsabilidad individual. El castigo debe ser penal y no administrativo, porque ello permite establecer una penalidad idónea, que efectivamente permita eliminar las ventajas obtenidas, aplicar una pena que sea adecuada a su capacidad productiva y que sea proporcional a su trascendencia. Para este autor solo las penas logran un efecto preventivo permitiendo que la persona jurídica se autorregule conforme a derecho, mediante el establecimiento de una ética empresarial. Las sanciones pecuniarias aplicadas en el ámbito del derecho administrativo no han logrado los fines

[140] Gómez-Jara critica la posición de Heine, no obstante reconocer que se trata de una de las posiciones mejor fundadas. Señala que la conducción de la actividad empresarial indefectiblemente se basa en la criticada concepción acerca de la culpabilidad por la conducción de la vida, lo cual en la actualidad se encuentra prácticamente "proscrito" por el derecho penal. Heine erraría al contraponer los conceptos de culpabilidad por la conducción de la vida con culpabilidad por el hecho propio. Esto no podría salvarse ya que es el propio Heine quien señala que se trata de un método análogo funcional. Entonces, si la culpabilidad por la conducción de la vida no es válida para el derecho penal individual, tampoco podrá serlo para el de las personas jurídicas. La segunda crítica, se relaciona con la noción sobre la temporalidad que sostiene el autor español, quien entiende que este tema debe ser tratado desde la prevención general positiva que se encontraría en mayor conexión con postulados más recientes del derecho penal. Para esto se debe respetar el derecho penal del hecho y no recurrir a un derecho penal de autor ante lo cual se debe concebir el hecho normativamente como configuración de un ámbito de organización, re-especificando también normativamente la tentativa y la consumación. En GÓMEZ-JARA (2008) pp. 226-227.

de prevención general, pese a que algunas de éstas han alcanzado montos millonarios. Por el contrario, a su juicio, la introducción de responsabilidad penal permitirá mostrar la gravedad de la conducta y la reprobación ético-social que ella conlleva para el Estado. Para esta concepción el derecho es uno de los mecanismos de control social[141]. De esta forma, este autor sostiene un concepto de culpabilidad que se basa en la reprochabilidad social de las entidades. A la persona jurídica se le formula un reproche ético-social basado en su defecto de organización o su cultura precaria.

El derecho penal de las corporaciones debe conciliarse con las instituciones penales fundamentales del sistema penal individual[142]. Esta compatibilización requiere cinco elementos. En primer término, la empresa debe considerarse como un sujeto social autónomo, distinto de la sumatoria de sus socios y con intereses propios que fundamentan los deberes jurídicos. Los peligros emanan de la actividad social empresarial, la persona jurídica es una realidad autónoma que actúa en el tráfico jurídico, es más que el conjunto de sus miembros. La segunda premisa consiste en asumir que la empresa es destinataria de normas penales y que su contenido difiere del de los seres humanos. La empresa tiene un *deber originario de no lesionar bienes jurídicos*[143]. En tercer término, la corporación debe instalar una cultura ética al interior de la empresa, logrando que las obligaciones de la corporación se traspasen a los trabajadores, de modo tal que la obligación originaria se distribuya entre éstos, los que a su vez deberían adoptar medidas que permitan un control y vigilancia que garantice el cuidado de las ventajas ético-sociales. En un sistema protector de bienes jurídicos donde se pretende evitar comportamientos dañosos, todos los miembros de la empresa deben contribuir desde sus respectivas funciones a la creación de un sistema empresarial organizado y ético. Esto configura la cultura de la corporación. Es un trabajo de

[141] DANNECKER (2001) pp. 41-43.

[142] DANNECKER (2001) p. 44.

[143] DANNECKER (2001) pp. 44-46.

construcción conjunta orientada a una ética empresarial de valores sociales[144]. En cuarto lugar, se requiere capacidad de culpabilidad, la cual difiere de la culpa individual. Su capacidad de culpabilidad es consecuencia de sus prestaciones colectivas defectuosas producidas por las carencias en su estructura organizativa o en la ética empresarial. La persona jurídica no debe haber creado las condiciones para que pudiera realizarse el injusto[145]. El reproche es social, no individual[146]. El quinto requisito, se vincula con el fin de la pena, que permite que frente a un comportamiento que afecta la paz social, se garantice la vigencia de la norma y la seriedad de la pretensión punitiva del Estado[147].

La culpabilidad de la empresa está referida al injusto. Éste, a su vez, puede implicar una organización defectuosa o una ética empresarial precaria. Lo que se debe al no haberse organizado o establecido una ética profesional que hubiese impedido el ilícito. No es reprochabilidad individual por no haber actuado de otro modo, el reproche es social por no cumplir una obligación que suponía un determinado comportamiento de grupo[148].

En relación con esta concepción se ha criticado que aluda a un reproche ético social cuando realmente se basa en una necesidad de protección que deriva de los peligros de la actividad empresarial, lo que no permite detectar los niveles de responsabilidad y que podría traducirse en algún grado de confusión al momento de determinar la responsabilidad[149].

III.5.- Culpabilidad como capacidad de cuestionar la vigencia de la norma (culpabilidad constructivista)

[144] DANNECKER (2001) pp. 40-47.

[145] DANNECKER (2001) p. 47.

[146] DANNECKER (2001) p. 48.

[147] DANNECKER (2001) pp. 48-49.

[148] DANNECKER (2001) pp. 47-51.

[149] ARTAZA (2013a) pp. 271-272.

Carlos Gómez-Jara reconoce que resulta difícil conciliar el principio de culpabilidad con la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Esta dificultad deriva de que las personas ficticias carecen de los "preconocimientos" básicos que se encuentran en la base del sistema jurídico penal. Sin embargo esto puede solucionarse a través de la modificación de esos preconocimientos mediante un cambio de paradigma[150] hacia la teoría de los sistemas sociales autopoiéticos[151].

Para la concepción sistémica existen sistemas sociales y psíquicos. Dentro de los primeros se encuentra el derecho (sistema funcional) y la empresa (sistema organizativo)[152], la persona humana es un sistema psíquico. Los tres se reproducen autopoiéticamente. La empresa se integra por decisiones que se auto reproducen permanentemente construyendo su propia realidad social. Esto origina cierto "conocimiento organizativo" y "aprendizaje organizativo", que se traduce en un mayor grado de complejidad, que significa más autorreflexión, organización e independencia del resto. En cierto punto es posible que adquiera autonomía para administrarse, lo que supone la existencia de una cultura empresarial[153].

Esta concepción sistémica es asumida por el derecho penal de acuerdo al normativismo funcionalista, pero el funcionalismo no acoge todas las dimensiones de la teoría social autopoiética[154]. Para el tratadista español la culpabilidad de las personas ficticias se

[150] El mismo Gómez-Jara reconoce que este cambio de paradigma en la doctrina española ya había sido propuesto por BACIGALUPO SAGGESE (1998a) pp. 353 y ss.

[151] GÓMEZ-JARA (2008) pp.237-238.

[152] GÓMEZ-JARA (2008) pp.239-240.

[153] GÓMEZ-JARA (2008) pp.240-243.

[154] El autor reconoce que si bien se ampara en la teoría del normativismo funcionalista elaborada por Jakobs, no acepta en su totalidad la teoría de los sistemas sociales autopoiéticos, lo que Gómez-Jara sí hace, por ello sus conclusiones son divergentes de las esgrimidas por el autor alemán. La diferencia más

presenta como equivalente funcional a la de los seres físicos[155]. Para ello reconoce un concepto de persona jurídico-penal que abarca a ambos seres. La persona es una construcción comunicativa dentro de un sistema social, su condición la determina el propio sistema. La persona jurídico-penal se caracteriza por su fidelidad al derecho[156], que es propia de aquellas que tengan la capacidad de enjuiciarlo. Jakobs diría "autoconciencia comunicativamente competente"[157].

La culpabilidad de las corporaciones depende de su capacidad de auto organizarse conforme al derecho (competencia organizativa)[158]. Que a su vez se condiciona al grado de complejidad de la organización, que determina que pueda realizar un auto observación. Para la autorreferencialidad es menester alcanzar un desarrollo suficiente que expresa la existencia de una complejidad interna que le permita ser destinataria de las imputaciones jurídico penales. Desarrollar una complejidad propia es requisito para la autorreferencialidad, lo que les permite auto observarse y poder diferenciarse del sistema. Aquellas entidades que no han desarrollado este grado de complejidad no pueden hacerlo, y por ende, no son imputables.

Los elementos que conforman la culpabilidad constructivista son tres: la fidelidad al derecho (condición para la vigencia de la norma), la igualdad objetivada entre las personas y la posibilidad de cuestionar la vigencia de la norma[159].

Pese a lo que se afirma respecto del proceso de autoorganización, que deriva en la posibilidad de autobservación, no se proporcionan parámetros objetivables que permitan

---

evidente será que el autor español concibe una auténtica culpabilidad empresarial. En GÓMEZ-JARA (2008) p.246.

[155] GÓMEZ-JARA (2008) p.245.

[156] GÓMEZ-JARA (2008) p.260.

[157] GÓMEZ-JARA (2008) pp.261-267.

[158] GÓMEZ-JARA (2008) pp.278 y ss.

[159] GÓMEZ-JARA (2008) pp.286-292. Una versión más resumida de su posición en GÓMEZ-JARA (2012) pp.161-223.

identificar cuándo se ha alcanzado este grado de desarrollo. Si bien el autor afirma que el límite es de carácter normativo, declara que no está en condiciones de pronunciarse acerca de dicho límite, pero que debe depender de la autorreferencialidad y la capacidad de desarrollar una cultura empresarial que afecte la vigencia de la norma[160]. Lo paradojal es que esta constatación determina la posibilidad de imputar culpabilidad por lo que resulta de la mayor importancia para darle vigencia a esta teoría. Se debe tener en cuenta que esta indeterminación de los criterios puede traducirse en tratos diversos para situaciones similares. Al respecto Feijoo considera que la autorreferencialidad no la dota de conciencia que sea parangonable a la de los seres humanos que tienen la capacidad de reflexionar y observarse a sí mismos[161]. Por su parte, van Weezel ha señalado que si bien es posible que una persona jurídica pueda estar dotada de cierta autorrefencialidad, su grado de complejidad no podría superar la autorreferencialidad que posee una ameba, porque a su respecto no existe ninguna posibilidad de autoconciencia o autorreflexión[162].

[160] GÓMEZ-JARA (2008) pp.291 y 292.

[161] Como Feijoo, quien señala que la persona al estar dotada de un cerebro que es un "centro de orientación vital", sobre el que se determina su propia identidad, continuidad como persona y su unidad de acción. Por ello es capaz de racionalizar sus conocimientos y representaciones. La empresa no tiene esta estructura. De este modo adhiere a la objeción de Jakobs en orden a que las personas jurídicas carecen de autoconciencia. Respecto de la posibilidad de que los entes morales estén dotados de una autorreferencialidad que equivaldría a esta conciencia, señala que no ha sido demostrado que efectivamente puedan equipararse. En FEIJOO (2008) pp.218-219.

[162] VAN WEEZEL (2010) pp. 125 y 126. Gómez-Jara responde a esta crítica afirmando que los avances en las ciencias de la comunicación han demostrado que comunicación y conciencia estarían dotados de autorreferencialidad en un nivel semejante. La autorreferencialidad comunicativa se encuentra presente en las empresas como sistemas organizativos. Este sistema organizativo puede evolucionar a un sistema superior surgiendo el actor corporativo que es un sistema autopoiético superior. Al desarrollarse como sistema complejo puede ser considerado como persona para el sistema penal. El arribar a niveles de complejidad interna suficiente es esencial para desarrollar una autorreferencialidad que le permita autodeterminarse de manera autónoma. Esto sería equivalente al desarrollo de la autorreferencialidad que se produce en las personas naturales. Una vez que la empresa desarrolla ese nivel de complejidad puede

III.6.- Culpabilidad como déficit de autoorganización permanente

Nieto proporciona un concepto de culpabilidad que es una variante de la teoría sobre el defecto de organización. Primero constata que la empresa a través de sus organismos de administración no solo adopta decisiones que persiguen su desarrollo económico y logro de sus objetivos, sino que también debe administrarse de manera de dar cumplimiento a la ley. Desde esta premisa la empresa responde porque no tiene un sistema de prevención de los ilícitos que se dirija a administrar de manera adecuada sus riesgos. Para él los riesgos pueden derivar de dos fuentes: aquellos que emanan de bienes jurídicos colectivos o individuales, aun cuando no se pueda comprobar un comportamiento individual y, en segundo lugar, aquellos que surgen de delitos realizados por sus empleados. Se trata de una culpabilidad como déficit de autorregulación[163].

El fin que se persigue con su castigo es la autorregulación. De acuerdo a la que la empresa debería adoptar instituciones que le permitan prevenir los delitos, reparar sus consecuencias y colaborar. El objetivo de esta organización es también delegar en la empresa la prevención de los delitos, con lo que se produce un ahorro para el Estado desde el punto de vista del proceso penal. Expresado en otros términos, la empresa invierte en la evitación de conductas delictivas lo que se traduce en un ahorro en la persecución penal que realiza el Estado[164].

---

considerarse imputable, del mismo modo que cuando un niño se desarrolla y puede considerarse imputable cuando llega a la adultez. En GÓMEZ-JARA (2010) pp. 455-457.

[163] NIETO (2008a) p. 146.

[164] NIETO (2008a) p.147.

Esta concepción de la culpabilidad se vincula con el derecho reflexivo, la reacción penal frente a la defectuosa organización de la empresa es la última etapa del sistema jurídico que desde otros ámbitos del derecho, como lo administrativo, medio ambiental, laboral, etc., formula obligaciones de autogestión. Antes desde otras áreas del derecho se imponen a la corporación una serie de exigencias de autoorganización, en la última línea de la autoorganización se sitúa el sistema criminal. La responsabilidad penal de las personas jurídicas es para este autor la *ultima ratio* de la autorregulación regulada. En definitiva, se busca motivar a la empresa a colaborar con la eficacia del derecho[165].

El autor reconoce que la autorregulación afecta la capacidad de autodeterminarse por parte de las personas morales, toda vez que se pretende influir en su comportamiento bajo coacción de incurrir en responsabilidad penal. En definitiva, se establece un cambio en la manera de administrar por parte del Estado, o expresado en los términos del autor, una nueva forma de *intervencionismo Estatal*. Pero también representa una ventaja frente a los sistemas vicarios que obligan con la mayor exigencia a autoorganizarse, dado que se produce la transferencia de responsabilidad sin mediar un juicio respecto del comportamiento de la corporación[166].

[165] NIETO (2008a) pp. 145-147.

[166] NIETO (2008a) pp. 147-148.

IV.- Toma de posición respecto del fundamento de la responsabilidad colectiva

Como se ha revisado en el apartado anterior, para parte de la doctrina el defecto de organización es un elemento que configura la culpabilidad de las colectividades. Esta posición ha sido criticada porque el mencionado defecto es un elemento objetivo que tiene que ver con la organización de riesgos, más que tratarse de un reproche y, como dice un autor, más bien en este caso la culpabilidad se debería determinar sobre la base de un "poder organizarse de otro modo"[167]. Para esta concepción su injusto se vincula con el hecho de conexión que realiza la persona física. Ello implica que el hecho de la persona jurídica es el que ejecuta la persona humana. Otra parte de la doctrina ha realizado un esfuerzo por identificar un injusto propio de las entidades[168] por tratarse de una posición más garantista y que busca poner, en la medida de lo posible, en el mismo nivel a ambos tipos de personas. El defecto de organización forma parte del injusto puesto que se refiere a cómo ésta gestionó sus propios riesgos[169].

En este trabajo se participa de la idea de culpabilidad (fundamento) referida por Lampe y Heine porque se trata de un reproche por su estado. El injusto colectivo se constituye por una forma de organización que es disfuncional, al favorecer la comisión de delitos de parte de sus integrantes. La organización defectuosa obedece al incumplimiento u omisión de los deberes de una correcta administración. Las personas jurídicas tienen deberes de gestión interna, cuyo objetivo es orientar su forma de ser o que les delegan

[167] SILVA (2016) pp.313-314.

[168] Lampe y Heine Ver pp. 65 y ss.

[169] GÓMEZ-JARA (2016b) pp.121 y ss. También este autor ha expresado, que las entidades respondan por su propio injusto y reproche (culpabilidad) es lo "más eficaz y el más justo", porque favorece que éstas cumplan con la ley y desarrollen programas de prevención de delitos, y justa porque favorece a quienes hubiesen desarrollado un sistema de *compliance.* En GÓMEZ-JARA (2016c) pp. 89-90.

cierto ámbito de organización. Estos deberes son de la colectividad lo que supone asumir que son una realidad distinta de los seres físicos que la integran. El juicio de reproche se basa en que éstas son creadas para desenvolverse en el mundo de relación y su forma de ser está determinada previamente por el ordenamiento jurídico, de lo que se sigue, que en su caso es posible cuestionar su carácter cuando en el curso de su administración se sobrepasan los riesgos permitidos. Lo que no sería posible respecto de las personas naturales que, por su libertad y dignidad, son cuestionadas por sus actos, no por su forma de ser. De esta forma, se reconoce que respecto de las colectividades se está ante una hipótesis de derecho penal de autor[170].

[170] En el mismo sentido Collado quien afirma que el legislador chileno reprocha la conducción de la persona jurídica que supera el ámbito de lo permitido. Por ello cuando el delito que comete la persona natural obedece a la omisión de deberes de parte de la persona colectiva esto refleja el carácter defectuoso de la sociedad y el fundamento de su castigo deriva de la capacidad de ésta de haberse organizado de una manera diversa y no haberlo hecho. En COLLADO (2013) pp. 154-155. También en Chile, Mañalich, quien luego de proporcionar argumentos acerca de por qué no es posible afirmar respecto de las personas jurídicas una responsabilidad por el hecho, señala que si es posible aludir a una basada en el carácter. Para ello, en primer término, explica que el carácter lo entiende en el sentido de objeto de responsabilidad penal, pero no como base que es lo que resulta criticable cuando se cuestiona la responsabilidad por el carácter en el caso de los seres físicos. El reproche que se realiza al carácter de la persona jurídica se basa en un cuestionamiento respecto de la manera de ser de esa persona ficticia y no de la forma que el derecho esperaba. El autor fundamenta en la ontología de la persona jurídica el que sea posible cuestionar su carácter, ya que a diferencia de las personas físicas, las ficticias son individuos institucionales, su existencia ha sido construida, por lo que es posible esperar una forma de ser específica. Sin perjuicio de ello, y para poder castigarlas, es necesario que exista un hecho realizado por una persona física, porque éste es consecuencia del incumplimiento de los deberes de organización. De esta forma, el hecho de la persona natural cumple el rol de síntoma o de manifestación del defecto de organización de la persona jurídica y con esto desaparece el riesgo del *ne bis in idem* por una doble sanción de la persona natural y jurídica. El delito cometido por la persona natural es consecuencia del incumplimiento de estos deberes y además debe haber sido realizado en beneficio o provecho de ésta. Ello, expresado en términos negativos, significa que si el delito se realiza no obstante haberse adoptado un modelo de prevención de delitos o cumplido los deberes en este sentido, este delito de la persona física no es manifestación de un carácter defectuoso, tampoco es síntoma de éste cuando no le causa provecho o beneficio. El autor agrega que esto

El injusto de la colectividad se mantiene en el tiempo antes, durante y en algunas ocasiones con posterioridad al hecho de la persona física. Esta afirmación importa reconocer que las personas jurídicas tienen el deber impuesto por el ordenamiento jurídico de organizarse correctamente previniendo la comisión de ilícitos, deber que se infringe cuando la entidad no adopta medidas eficaces para evitar la proliferación de ilícitos penales cometidos por personas físicas relacionadas. La capacidad de acción de las entidades está dada por la posibilidad de organizarse adecuadamente o de no hacerlo. Las entidades están destinadas a actuar de conformidad al sistema jurídico al ser creaciones que emanan de éste y en ese contexto existen deberes de prevención, puesto que existe el riesgo que personas vinculadas incurran en ilícitos penales. La infracción u omisión de dichos deberes conlleva un reproche por la manera en cómo se organizaron.

Si bien las colectividades son personas ficticias que actúan en el mundo social y tienen deberes que les son propios, surge la interrogante acerca de si esto es suficiente para afirmar que son destinatarias de normas penales. Es complejo asumir que las entidades son destinatarias de normas de determinación toda vez que éstas se dirigen a personas con libertad y autoconciencia, que comprenden las comunicaciones que emanan desde el sistema jurídico y por ende pueden adoptar una posición frente a éstas. Sin perjuicio de ello, siguiendo a Silva, si la norma se entiende como expectativas de conductas institucionalizadas y éstas son normas penales que una sociedad protege a través del castigo penal, puede entenderse que las personas jurídicas al actuar en el mundo social pueden considerarse como "…centros de imputación de la frustración de expectativa sociales y sujetos pasivos de las consecuencias de las mismas…"[171]. Abona a favor de esta teoría la circunstancia de que el legislador ha consagrado la responsabilidad de las corporaciones, porque esto determina que se han dirigido a su respecto expectativas de

justifica la disolución o cancelación de la persona jurídica, justamente en aquellos casos en que lo que se requiere es que dicho carácter desaparezca. En MAÑALICH (2011) pp. 302- 305.

[171] SILVA (2016) pp.306-307.

comportamiento con consecuencias penales, por ende, es posible que lesionen normas de valoración.

En el mismo orden de ideas, un fundamento de la responsabilidad de las colectividades que se base en el conocimiento de la antijuridicidad de la norma, y el consecuente comportamiento conforme a dicha comprensión, no es posible respecto de entidades que ontológicamente carecen de autoconciencia que les permita formarse un motivo para cumplirla. No obstante, es posible afirmar la existencia de un deber de organizarse adecuadamente, siendo factible reprochar cuando su conducción sobrepasa el riesgo permitido. El juicio de desvaloración respecto de su ser difiere del que se realiza a las personas físicas por los delitos concretamente cometidos.

Esta toma de posición se inserta dentro de un debate mucho más amplio sobre la fundamentación de la sanción en el derecho penal antropocéntrico. En la actualidad es posible afirmar que una parte importante de la doctrina ve en la prevención la justificación del castigo. No obstante, todavía la posición contraria congrega a muchos autores. Ejemplo de ello se aprecia en Schünemann, quien considera que en un Estado democrático de derecho por el respeto hacia la dignidad de la persona humana corresponde exigir que la sanción se funde en algo más que en su utilidad funcional, esto es, la culpabilidad como principio legitimador. Si bien no es posible fundamentar la responsabilidad penal de la empresa en la culpabilidad antropocéntrica, lo expresado por el autor proporciona un argumento *a fortiori* respecto de este tipo de responsabilidad. El que no estén revestidas de dicha dignidad permite afirmar que a su respecto un derecho penal de autor fundado en la prevención, incluso desde una perspectiva axiológica, puede ser justificado. Además porque en su caso su forma de ser o carácter viene previamente definida por el sistema jurídico que las crea.

Las concepciones anglosajonas sobre la culpabilidad proactiva y reactiva[172] se orientan en el mismo sentido respecto del reproche, porque participan de la idea de una

[172] En FISSE y BRAITHWAITE (1993) p. 158 y ss.

temporalidad que se vincula con un estado y que debe entenderse que trasciende a la acción individual. Además, el énfasis en el comportamiento previo y posterior permite delimitar el ser de la organización desde estadios distintos.

El fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas o principio legitimador, es un reproche por el carácter de la entidad que deriva de su déficit en la gestión de riesgos desplegado con anterioridad, durante y en algunos casos con posterioridad al delito cometido por la persona natural. Se cuestiona un estado general (anterior, coetáneo y posterior al delito). La empresa, más que los individuos que la componen, es responsable (tiene el deber) de administrar sus peligros. Sobre la base de ello se efectúa el reproche. Como ha señalado Mañalich respecto de la culpabilidad por el carácter: "…si dirige un reproche a una persona jurídica cuya estructura declarativa sea: "esta persona no debe ser". Y aquí hay que notar que el "modo de ser" de una persona jurídica resulta fácilmente determinable, a consecuencia de su ontología específica. Las personas jurídicas son, esencialmente, personas institucionales, esto es, personas cuya existencia está enteramente construida…"[173].

El elemento legitimador de la sanción penal[174] propuesto, asume que las corporaciones deben conducirse de manera de evitar poner en peligro o lesionar los bienes jurídicos, por lo que deben autorregularse de conformidad al ordenamiento jurídico. El sistema penal pretende lograr esta prevención evitando que superen los riesgos permitidos al

[173] MAÑALICH (2011) p. 304.

[174] Feijoo discute sobre la idea de plantear un principio legitimador que permita castigar penalmente a las personas jurídicas. Entiende que la culpabilidad no es predicable respecto de los entes morales, critica que sobre la base de ideas pragmáticas, fundadas en criterios de carácter económico se busque legitimar un sistema penal respecto de este tipo de entidades. Esto porque en definitiva se introducen en el sistema penal criterios que se relacionan con la prevención de delitos. Para él lo correcto es reconocer que estamos ante un derecho penal de autor que es posible de admitir, pero que la sanción para que se justifique debe encontrarse por la vía administrativa y no penal. En FEIJOO (2008) pp. 232-247.

interior de las corporaciones[175]. La sanción tanto a la persona jurídica como a la física, cuando proceda, le otorgaría mayor eficacia al sistema.

El fundamento del castigo consistente en el reproche por su carácter, al indagar por el ser de la corporación se opone a una responsabilidad vicaria o derivada. Por tratarse de un reproche en relación con su ser, la pena o su alternativa, debería ser establecida en relación con esta temporalidad y con el objetivo de poner término a dicho estado disfuncional.

De esta manera, el castigo de las entidades depende de que determinadas personas naturales relacionadas cometan ciertos delitos, respecto de los cuales tienen deberes de prevención. Su acaecimiento debe ser consecuencia de la omisión de sus deberes de vigilancia y supervisión. Se trata de un incumplimiento que se mantiene en el tiempo, no es solo un acto sino que una multiplicidad[176], lo que se explica en no contar con un programa de prevención de delitos o con haber omitido medidas eficaces para prevenirlos.

El rol que le corresponde al hecho de referencia en la responsabilidad penal de las colectividades ha sido objeto de una ardua discusión. Los autores dependiendo de los modelos de imputación le han atribuido diversas funciones. En el caso de las estructuras vicariales de imputación, al no existir un injusto colectivo se le atribuye el de la persona física. Este modelo es muy sencillo porque permite identificar claramente el que se atribuye a la entidad y el que corresponde a la persona física. Parte de la doctrina que se sitúa dentro de los modelos de autorresponsabilidad, a la que se suscribe en este trabajo, considera que el hecho de referencia es presupuesto, no fundamento de la

[175] En relación con la criminalidad de empresa, se ha señalado que la contención de los riesgos normalmente se realiza a través del derecho administrativo, que va a colaborar en la determinación de lo prohibido y de lo permitido. Además, debe existir una comunicación adecuada entre lo administrativo y lo criminal, caracterizándose el sistema porque las figuras penales son instrumentos del sistema de control, en el que distinguir el injusto administrativo del criminal resulta complejo. En ZÚÑIGA (2004) p.9.

[176] En el mismo sentido COLLADO (2013) pp.166 y ss.

responsabilidad penal. Dentro de este último grupo hay dos vertientes. Aquellos que califican el hecho de conexión como una condición objetiva de punibilidad y los que la consideran como un presupuesto de una eventual responsabilidad de la persona jurídica. Para quienes lo consideran como una condición objetiva de punibilidad indican que se trata de un elemento que desencadena la responsabilidad de la colectividad. Esta posición ha sido ampliamente criticada porque considera el hecho de conexión desvinculado de la responsabilidad de la entidad y esto no es así porque éste tiene un vínculo causal o de imputación objetiva con el defecto de organización (injusto) de la persona jurídica, toda vez que la persona jurídica responde cuando en el contexto de su autoorganización da lugar a un riesgo que supera el margen de lo permitido, que se concreta en el resultado lesivo producido. Por su parte, el hecho de conexión sería presupuesto de la responsabilidad penal del ente, lo cual no importa desconocer que éste es responsable por su propio injusto colectivo. Ello, sin perjuicio de que ambos se relacionan, como se explicará en lo sucesivo. Una de las razones por las que se requiere la existencia del hecho de conexión como presupuesto de la responsabilidad colectiva se debe a que en el defecto de organización, al igual como ocurre en los delitos imprudentes, existe un ámbito en el que se debe gestionar la organización y riesgos, por ello el sistema de derecho penal interviene una vez que se haya producido el resultado, no antes[177].

De acuerdo a la posición adoptada, la responsabilidad de la persona jurídica es autónoma y directa, dado que cada individuo, sea natural o ficticio, responde por su propio injusto y reproche. Entonces, se trata de una corresponsabilidad o responsabilidad cumulativa.

Para el sistema establecido por la Ley N°20.393 el delito individual es presupuesto o hecho de conexión de la responsabilidad penal colectiva. Lo anterior obedece a que es necesario que una persona natural incurra en alguna de las figuras penales comprendidas dentro del catálogo dispuesto por el artículo 2, sin perjuicio que la responsabilidad de la

[177] SALVO (2014) pp.263-270.

agrupación posea sus propios fundamentos. La comisión del delito por parte del ser físico expresa el defecto de organización que está presente en la persona jurídica, o como ha señalado un autor nacional, es "síntoma" de dicho defecto[178]. No existe un doble castigo, existen dos injustos, uno individual y uno colectivo. Lo mismo puede afirmarse en relación con las circunstancias relevantes para la determinación de la pena[179].

Prueba de la independencia de los injustos la proporciona el propio artículo 3 de la ley en referencia, que expresa que para la atribución de responsabilidad penal es necesario que alguna de las personas mencionadas en dicha norma hubiese cometido el delito en interés o provecho de la colectividad y siempre que este hecho sea consecuencia del incumplimiento por parte de la persona jurídica de sus deberes de dirección y supervisión. Esto lo confirma el artículo 5 de la Ley N° 20.393 que se refiere a la responsabilidad autónoma. De acuerdo a esta disposición es necesario que exista un hecho delictivo cometido por un ser físico y por ello su inciso final dispone que para la persecución penal de la corporación es indispensable que en el proceso respectivo se demuestre fehacientemente que el delito se cometió dentro del ámbitos de las funciones y atribuciones de las personas que se mencionan en el artículo 1[180].

El delito individual no es condición objetiva de punibilidad puesto que la punibilidad de las personas jurídicas no se fundamenta en el delito de la persona física. Tampoco la punibilidad del hecho de conexión depende de una gestión defectuosa de los riesgos. La persona jurídica no responde por el ilícito individual, sino que por su propia infracción de deberes de gestión de riesgos, lo cual influye en la comisión de ese hecho individual, por este motivo el artículo 3 de la Ley dispone que es consecuencia de dicho incumplimiento.

[178] MAÑALICH (2011) pp. 302-305

[179] En el mismo sentido FEIJOO (2016b) p. 67.

[180] Las personas mencionadas por el artículo 1 son: "…dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión…".

En suma, dado que el fundamento de la responsabilidad penal de las entidades se basa en su carácter, que se ha configurado por su forma de ser, la determinación de la consecuencia punitiva o persuasiva que debe seleccionarse en cada caso, debería dirigirse a superar los déficits de su gestión de riesgos. De ello se puede concluir que la respuesta punitiva o persuasiva derivada del proceso de persecución penal de la organización, debería mirar el comportamiento futuro de la entidad, en el sentido de permitir su perfeccionamiento, ya que es su forma de ser lo que se le reprocha y no un acto en concreto[181].

[181] En este sentido Silva Sánchez ha señalado: "Por tanto, la imposición de "penas" a las personas jurídicas requiere una triple constatación: un **juicio de pasado**, **un juicio de presente y un juicio de futuro**. Por un lado, requiere el juicio de pasado consistente en la determinación de que en la comisión del delito por la persona física influyó un defecto de organización de la persona jurídica, que la favoreció. Este juicio es, en puridad, un juicio de imputación objetiva: se trata de determinar que el riesgo jurídicamente desaprobado generado por el modo de estar organizada la persona jurídica se ha realizado en un resultado de favorecimiento de la actuación de la persona física y, en última instancia, en el resultado delictivo producido por ésta. Ello significa, por lo demás, que dentro de ese juicio de pasado debe efectuarse un sub-juicio ex ante acerca de si un espectador medio, a la vista de la organización de la persona jurídica, habría formulado un juicio de peligrosidad objetiva respecto a ella; y luego, un sub-juicio ex post sobre la realización precisamente de dicho riesgo, de dicha peligrosidad, en el resultado producido. Por otro lado, requiere un juicio de presente y de futuro. **Este consiste en la constatación de que el defecto de organización no ha sido corregido en el momento de dictar la resolución judicial y que es previsible que éste favorezca la nueva comisión de nuevos delitos en el futuro."**. El destacado es nuestro. En SILVA (2012) p.33.

V.- Fines de la pena en la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Como se señaló, el fundamento de la responsabilidad penal de los seres colectivos es un reproche basado en su carácter disfuncional. Considerando que el rol que le corresponde es justificar la imposición de la pena, tal como lo hace la culpabilidad en el sistema criminal antropocéntrico, el fundamento debe estar en concordancia con la finalidad de ésta.

Las personas jurídicas son castigadas en la medida que hubiesen incumplido sus deberes de supervisión y vigilancia en relación con la prevención de delitos, siempre que además se verifiquen otros supuestos contemplados en el ordenamiento jurídico. La sanción obedece a la finalidad de superar su gestión deficitaria de riesgos, expresado en otros términos, a las entidades, a través de la pena, se procura motivarlas para que cumplan con los deberes mencionados. Esto es coherente con un fundamento que reprocha su carácter, que corresponde a una forma de ser y no a un hecho concreto. Se trata de propender a perfeccionar su autorregulación, lo que se traduce en que al conducirse gestionen dentro del ámbito del riesgo permitido las contingencias que son propias de su giro, y que lo hagan, previniendo los delitos que podrían ser cometidos por personas físicas relacionadas.

Lo expresado es propio de un sistema penal colectivo que se basa en la idea del *self enforcement regulation* o autorregulación. Como concepto proviene del derecho administrativo y se vincula con la regulación y sus mecanismos[182]. Se trata de una

[182] Sobre el concepto de autorregulación y su evolución histórica véase DARNACULLETA. En su trabajo doctoral la autora explica que el concepto de autorregulación originalmente (liberalismo) se entendía como la actuación del mercado en búsqueda de su organización sin intervención del Estado. Este concepto se utilizaba en el marco de las relaciones económicas de la burguesía con el Estado. Se trataba de una racionalidad propia del mercado, no jurídica por oposición a la racionalidad del Estado que sí lo era. Esta forma de comprender al Estado y a la sociedad es abandonada producto de la influencia de autores como

regulación a distancia toda vez que el propio destinatario de ésta debe gestionarla porque el Estado le ha delegado esta misión[183]. Expresado en otras palabras, consiste en que el Estado controla la actividad tomando distancia, permitiendo que el propio ente determine sus normas de comportamiento y también los mecanismos de control de éstas (*enforcement*). A través de ella, se pretende que los regulados adopten un determinado comportamiento, que se relaciona con conceptos como responsabilidad social, buen gobierno corporativo y programas de cumplimiento. Para ello, el Estado entrega un ámbito de su potestad regulatoria, a través de la autoimposición de reglas, cumplimiento de la normativa y de ciertos estándares de comportamiento. Esta modalidad de regulación surge ante la imposibilidad (o incapacidad) del Estado de controlar todos los riesgos que derivan de la actividad empresarial. Constatada esta imposibilidad, se impone al regulado la carga de establecer mecanismos que cautelen efectivamente sus peligros. La autorregulación se comprende en el contexto de la sociedad de los riesgos y la participación de organizaciones en el tráfico jurídico. En consecuencia, el Estado

---

Luhmann y Habermas que explican la relación entre Estado y sociedad de una manera diversa, en la que el Estado y sociedad no se diferencian sino más bien existen distintos subsistemas que se comunican entre sí. No es la relación de jerarquía la que los distingue, sino que el aporte funcional de cada uno de estos subsistemas y su prestación mutua de recursos. Desde aquí el Estado abandona la cúspide y pasa a ser un integrante más de la sociedad, la cual a su vez se caracteriza por estar autorregulada. Desde este nuevo Estado que integra la sociedad también surgen nuevas formas de regulación, bajo este designio aparece la autorregulación. La evolución del Estado y su legitimación van dando cabida a la autorregulación que se vincula con una capacidad de organización que emana de la propia sociedad. Los privados se organizan y su capacidad de decisión tiene una mayor incidencia en la sociedad y para el Estado. Frente a esta afirmación se puede vincular a la autorregulación con un proceso de privatización y pérdida de injerencia del derecho administrativo, o por el contrario, como un quehacer público en el ámbito de los privados, es la sociedad la que se va haciendo más pública (administrativización) y no al contrario. Por su parte, la autorregulación regulada (especie de autorregulación) se produce debido a una pérdida del poder estatal de poder imponer sus decisiones a la sociedad. Esta pérdida no significa una menor intervención del Estado en la sociedad, sino que éste participa de una manera distinta. Esto se vincula con la complejidad de la sociedad actual. En DARNACULLETA (2003) pp. 26-32.

[183] Desde una perspectiva constitucional es posible cuestionar que el Estado entregue a los particulares funciones de prevención de delitos que le son propias.

administra desde un segundo plano la gestión de las organizaciones, lo que a su vez ha significado que el derecho penal económico asuma esta nueva realidad[184].

En todo caso son varios los sectores en los que se utiliza esta técnica: derecho medio ambiental, protección de la salud de los trabajadores, lavado de dinero, entre otros[185]. Estos mecanismos, en definitiva, son medios de control social, que regulan las conductas. En primer término, se trata de concretar aspectos de la legislación o principios que ella contiene. Un caso evidente en Chile es la legislación sobre lavado de dinero en la que los sujetos obligados deben adoptar un conjunto de indicaciones y regulaciones internas con el objetivo de controlar ciertos riesgos para evitar el blanqueo de capitales. Las sanciones según las infracciones pueden ser administrativas o penales[186].

La autorregulación forma parte de lo que se denomina sistema o cultura de *compliance*. La ausencia de autorregulación genera una defectuosa gestión de los peligros, pudiendo dar espacio a la comisión de delitos.

La autorregulación llevada al sistema de derecho penal debe ser relacionada con los fines tradicionales de la pena, con el objetivo de establecer con cuáles de éstos se puede identificar. Finalizada esa tarea, es posible valorar las sanciones que sean conducentes a dichas finalidades, instando por la eficacia del castigo de las colectividades. Por este motivo, resulta conveniente revisar lo señalado por parte de la doctrina perteneciente al ámbito del derecho común y el derecho europeo continental respecto del fin del castigo en relación con las personas jurídicas.

---

[184] FEIJOO (2008) pp.203- 204.

[185] NIETO (2008b) pp. 3-4.

[186] Véase la Ley **N°** 19.913, particularmente los artículos que establecen sanciones administrativas y penales.

Para el sistema de derecho penal norteamericano tradicional, las principales teorías sobre los fines de la pena son el retribucionismo[187] (una vertiente es el *Just desert*), *deterrence* (*Law and Economics*) y la incapacitación[188]. Las críticas al retribucionismo por estar vinculado a la venganza, dieron lugar a la teoría del J*ust desert* o justo merecimiento[189], que se caracteriza porque exige una correlación entre castigo y daño causado[190]. El castigo expresa la reprobación al condenado por su mal comportamiento. Esto se relaciona con el principio de proporcionalidad. Se parte de la premisa que el ser humano comprende la moral, por lo que puede reprochársele. Al mismo tiempo se envía un mensaje de prevención al resto de los miembros de la comunidad, al promover que se desistan del delito. Castigar al autor es una forma de reafirmar los valores morales de la sociedad (fin preventivo general). Al abarcar dos finalidades, desde la perspectiva del derecho europeo continental, no se podría considerar que el *Just desert* sea una teoría absoluta de la pena, sino más bien binaria, toda vez que está dotada al mismo tiempo de elementos retribucionistas y de prevención general positiva[191]. Otra vertiente es el retribucionismo limitador elaborada por Norval Morris, que se caracteriza por ser de orden negativo puesto que antes de delimitar el castigo que corresponde por el delito, determina cuáles son los no inmerecidos[192].

Una segunda teoría sobre el fin de la pena es la disuasoria o *deterrence* que ha sido principalmente promovido por la doctrina del *Law and Economics* y cuya vigencia se ha reconocido como fin de la pena para las entidades. De acuerdo a esta posición, se asume que el individuo es libre y racional. Mide sus acciones con anterioridad a adoptar sus

[187] Véase un interesante estudio sobre los fines de la pena en la responsabilidad corporativa, en el derecho anglosajón, en FISSE (1983) p.1141 y ss.

[188] ZYSMAN (2013) p. 27 y ss.

[189] Uno de sus exponentes más relevantes es Andrew von Hirsch quien desarrolla su análisis en la obra "Censurar y castigar".

[190] ZYSMAN (2013) p. 33 y ss.

[191] ZYSMAN (2013) pp. 38-39.

[192] ZYSMAN (2013) p. 42.

decisiones. Se analiza el castigo y el delito desde la economía valorando sus costos y beneficios. El fundamento es la prevención general negativa o *deterrence.* Mediante el análisis de costos y beneficios de delinquir, se castiga con una pena que sea capaz de disuadir al infractor de no volver a cometer el delito. Para algunos de los partidarios de esta concepción, la multa es la pena más adecuada ya que traslada los costos sociales derivados de la comisión del delito al delincuente y además lo motiva a no incurrir en nuevas infracciones[193].También la doctrina ha hecho referencia a una disuasión especial, en este caso se logran los efectos respecto de la empresa de una forma indirecta, ya que la sanción apunta a la administración, gerencia y empleados en relación con los daños que conlleva para ellos el que la colectividad sea castigada, entre otros efectos[194]. Una tercera teoría es la de incapacitación. Ésta se basa en la prevención especial. Su objetivo es impedir la comisión de más delitos a través de la imposición de barreras físicas; privación de libertad en recintos públicos, en el domicilio o a través de sistemas de vigilancia a distancia[195].

Respecto de las entidades colectivas en el sistema Federal de EE. UU., la mayoría de la doctrina ha descartado la finalidad retributiva. Entre otros argumentos se afirma que el castigo a las corporaciones persigue que éstas adopten programas de cumplimiento y en los casos en que existían *compliance programs*, e igualmente se cometieron delitos, lo pretendido con el castigo consiste en mejorar su control interno y perfeccionar la cultura de la corporación, para evitar la comisión futura de delitos. Se trata de una finalidad que se dirige a la prevención de delitos, siendo caracterizada como utilitarista[196]. Ésta se identifica con la prevención o *deterrence.*

[193] Respecto de las personas físicas y en relación con los hechos más graves como el homicidio y otros ilícitos, algunos representantes han señalado que la pena de multa es insuficiente. En este sentido, ZYSMAN (2013) pp. 45-56.

[194] ARTAZA (2013a) pp. 52-53.

[195] ZYSMAN (2013) p.56 y ss.

[196] GOENA (2017) pp.103-104.

De acuerdo a la doctrina de la disuasión o *deterrence* la pena de multa es considerada la sanción más adecuada para castigar a las personas jurídicas. En la discusión académica es recurrente la revisión de las ventajas y desventajas de la pena pecuniaria. Para los partidarios de la disuasión, la finalidad de autorregulación tiene un componente de prevención general. Esto es sin perjuicio de las críticas que se han formulado contra la pena económica, lo que ha dado origen a otras sanciones como las multas de capital de la empresa, *probation*, pena en beneficio de la comunidad o trabajo comunitario, entre otras, que han incorporado elementos de prevención general positiva y prevención especial[197]. Respecto de las sanciones interdictivas, la finalidad es de orden preventiva especial negativa cuando tiende a su inocuización y positiva cuando se dirige a su corrección o reestructuración.

La discusión sobre el fin de la pena en el sistema de derecho común ha sido mucho más limitada. En España, Carlos Gómez-Jara sostiene que la finalidad de la pena tanto para las personas naturales y jurídicas debería ser abordada desde la prevención general positiva. Incluso agrega que la moderna discusión respecto de las teorías de la pena es aplicable para ambos tipos de personas. El propósito que se persigue al castigar a los entes colectivos es el restablecer la vigencia de la norma que se ha afectado[198]. El autor destaca lo ventajoso que resulta para el derecho penal colectivo que su finalidad se identifique con la prevención general positiva, lo cual es coherente con su posición según la cual existe una verdadera culpabilidad respecto de las agrupaciones que han alcanzado cierto grado de desarrollo organizacional, y que les permite determinarse o no de conformidad al derecho. Adicionalmente sugiere que al momento de establecer las penas concretas que deben aplicarse, se tome en consideración cuáles son las necesidades de que dan origen al castigo de éstas y el lugar que las empresas ocupan en la sociedad[199].

[197] Esta materia será revisada con mayor detenimiento estudiar las penas contra las personas jurídicas.

[198] BACIGALUPO SAGGESE (1998a) p. 365-366.

[199] GÓMEZ-JARA (2016c) pp.108-109.

En Alemania, Dannecker en cambio, considera que los fines de la pena retributivos y preventivos son aplicables a las personas morales. El autor afirma que las multas a las personas jurídicas se aplican por razones de política criminal. La ley alemana, que solo las castiga administrativamente, lo hace con el objetivo de evitar que tengan una posición privilegiada en comparación con los seres físicos. Además, la multa pretende compensar las ventajas que obtuvo con el delito. La introducción de responsabilidad penal se justifica en la necesidad de sancionar hechos que son materialmente injustos de la misma manera. El derecho penal pierde eficacia si no castiga los hechos injustos, porque se pone en duda el concepto de justicia. Además, las penas pueden ser efectivas desde un punto de vista preventivo, ya que solo éstas permiten obligar al desarrollo de una ética y controles efectivos. La sanción se entiende como un mecanismo de control social, al ser necesaria para la conservación del orden jurídico. Lo relevante es considerar el rol de un moderno derecho penal, cuyo objetivo es restablecer el perjuicio y la seguridad de la futura paz jurídica. En este sistema pueden convivir además de las penas para personas físicas, otras sanciones penales que buscan estos objetivos[200]. Entonces, concluye que los fines de la pena son aplicables a estas nuevas consecuencias jurídicas que se aplican a los entes morales. La prevención general es predicable dado que el castigo que se impone a determinadas organizaciones produce efectos en otras. También sería posible atribuir fines preventivos especiales, ya que la entidad castigada, más que una persona física, no reincidirá en el delito. El fin retributivo también es posible, ya que si son destinatarias de normas de comportamiento, entonces pueden infringirlas y ser destinatarias de una sanción social por el hecho realizado[201].

En apoyo de la tesis de la prevención especial y general se encuentra Zúñiga. El fundamento emana primero de la capacidad de estos entes de ser destinatarios de las normas penales y, segundo, de la circunstancia que las medidas se dirigen a evitar que se continúe con la actividad delictiva. Existiría la posibilidad de motivar a la persona

[200] DANNECKER (2001) pp. 40-43.

[201] DANNECKER (2001) pp. 48-49.

jurídica, por cuanto sus comportamientos están determinados por su fama, de la que emana la confianza de los consumidores, entonces sería posible encausar su conducta[202].

Considerando lo que se ha sostenido en el debate anglosajón y europeo en relación con el fundamento de la responsabilidad penal de las agrupaciones y la naturaleza de la pena, se puede sostener que tras el castigo de las colectividades se encuentra la finalidad de la autorregulación, la que a su vez se identifica principalmente con los fines preventivos del derecho penal.

Lo señalado en el párrafo anterior se justifica en que si lo reprochado es su carácter, derivado de su defectuosa gestión de riesgos, por no haberse organizado de la manera en que el sistema jurídico esperaba, lo que se concreta en un delito realizado por un ser físico, el castigo de la agrupación tiene como finalidad prevenir que esa y otras colectividades mantengan una conducción que facilite dichas conductas ilícitas. De esta forma, la prevención general positiva está presente en la autorregulación porque el castigo persigue que el derecho se establezca y que las demás entidades se organicen de acuerdo al sistema jurídico, lo que, a su vez, es esperable de un ser institucional. La pena cumple un fin normalizador, dado que comunica la necesidad de restablecer el sistema jurídico.

También la autorregulación está dotada de un importante contenido de prevención especial, dado que se dirige a motivar y corregir el ser de la corporación[203]. Esto se

[202] ZÚÑIGA (2004) p. 27.

[203] Esto es sin perjuicio de que parte de la doctrina estima que solo es posible hacer referencia a la prevención especial negativa que tiende a la inocuización del ente. Los entes no pueden ser motivados por las normas, por lo que los modelos estructurales consideran que penas o medidas de seguridad sirven para asegurar a las personas jurídicas evitando que cometan más delitos. Como la empresa no puede motivarse, tampoco puede organizarse por sí misma, y por eso las sanciones que proponen los estructuralistas son la disolución, la intervención o la suspensión de actividades. Otros autores consideran que sí es posible trasladar los fines preventivos especiales a las personas jurídicas, ya que los entes tienen voluntad corporativa que se constituye por sus miembros, y si éste es el fundamento de su responsabilidad penal no

puede observar no solo en las penas que contempla el estatuto chileno que consagra responsabilidad penal para las entidades, sino que también en otros preceptos, como los que disponen circunstancias atenuantes de responsabilidad penal, particularmente en el numeral tercero del artículo 6 de la Ley N° 20.393, que permite rebajar la pena en caso que tempranamente se adopten medidas eficaces que prevengan la reiteración de la misma clase de delitos que han sido investigados. Asimismo, el artículo 25 de la misma ley, cuando establece para la suspensión condicional de la pena la condición de implementar un programa de cumplimiento en relación con la organización, administración y supervisión, entre otros preceptos que serán analizados en el capítulo IV de este trabajo.

El fin retributivo de la pena es el más complejo de identificar desde la autorregulación. Ello obedece a que mientras la autoorganización se dirige hacia el futuro, la retribución apunta a la conducta pasada o ya realizada. Esta finalidad pretende fomentar un comportamiento o forma de ser y no la aplicación del castigo en sí mismo, como resulta relevante para las teorías retribucionistas.

Como se ha afirmado en este trabajo[204], se estima que pese a que las colectividades carecen de libertad y autoconciencia, son centros de imputación y, asumiendo que las normas penales para las entidades constituyen expectativas de conductas institucionalizadas que una sociedad protege a través del castigo penal, por ello se les puede imputar la frustración de dichas expectativas de conducta[205]. Expresado en otros

---

debería impedirse que las sanciones puedan tener efectos preventivos sobre las personas jurídicas. En BAUCELLS (2013) p.179.

[204] Ver infra p. 81 y ss.

[205] Tiedemann también considera que la posibilidad de que las colectividades sean sujetos pasivos de sanciones penales, se niega cuando se entiende que no es posible efectuar reproches morales respecto de éstas y que tampoco pueden ser destinatarias de normas jurídicas. En caso contrario, resulta viable constatar la existencia de este tipo de responsabilidad. En relación con las finalidades preventivas, esto resulta un poco menos complejo, ya que aquellas teorías que se fundamentan exclusivamente en la prevención no resultan incompatibles con la responsabilidad penal de las corporaciones, especialmente si

términos, la aplicación de la pena en el caso de las colectividades pretende un cambio de su comportamiento y carácter, en tanto ello es funcional para la prevención del delito. Por este motivo lo preventivo prima como finalidad de la pena. Además, como se verá al momento de analizar la autorregulación responsiva, tampoco en todos los casos resulta funcional aplicar una pena, particularmente si en el caso concreto existen formas menos gravosas de lograr la autorregulación de la agrupación.

Por las razones reseñadas, la autorregulación resulta fundamental para el derecho penal colectivo. Las personas jurídicas son sancionadas con el propósito de incentivarlas para que se gestionen sus riesgos dentro de los rangos de lo permitido, vale decir, que se autorregulen eficazmente. Esto significa que deben cumplir ciertas reglas y estándares de comportamientos legales, reglamentarios y éticos tendientes a evitar la comisión de delitos[206]. Mediante el castigo se pretende que éstas conduzcan sus actuaciones de acuerdo a ciertas expectativas que el sistema penal tiene en relación con ellas, lo que es coherente con un sistema penal de autor que pretende que se gestionen de acuerdo a dichas expectativas institucionales.

Si bien la sanción se dirige contra las personas jurídicas, siendo ellas las responsables de asumir el castigo que se les impone, la pena colectiva también envía un mensaje a las personas físicas que la componen o integran, consistente en un llamado a modificar la administración de la colectividad con el objetivo de corregir su carácter disfuncional. Esta afirmación resulta compleja si previamente se ha asumido que las entidades son centros de imputación de frustración de expectativas sociales[207], y por ende, ellas son las

---

lo vemos desde el efecto preventivo que se causa respecto de los miembros de la sociedad. Las personas físicas resultan intimidadas con la pena que afecta a la persona jurídica y con ello su comportamiento probablemente tenderá al acatamiento de las normas. La condena de la empresa importa una reprobación de la sociedad. Pero también se produce una prevención de orden especial, ya que la empresa también se verá conminada a no reincidir en el delito. En TIEDEMANN (1999) pp.226-227.

[206] NIETO (2008a) p.23.

[207] SILVA (2016) pp.306-307.

destinatarias del castigo. Esto obedece a la particular conformación de las personas ficticias, a cuyo respecto, si bien el castigo se dirige en su contra, no es posible prescindir de la circunstancia de que su administración es realizada por seres físicos que gestionan la colectividad, que asumen obligaciones, pero al mismo tiempo su incumplimiento da lugar a la responsabilidad de la organización, no de los individuos considerados aisladamente. Esto responde a que el legislador considera que para lograr la corrección de su ser, no es suficiente la pena que se aplica a los individuos físicos concretos que cometieron el injusto individual, por ello sancionar a la persona jurídica resulta necesario[208].

La eficacia de la autorregulación depende de los incentivos externos que se adopten. En este contexto el derecho penal promueve, bajo la amenaza de sanción, que las personas jurídicas se autorregulen. La intervención del sistema criminal se produce cuando la autorregulación falla ante la prevención de delitos y no responde adecuadamente frente a su acaecimiento. Para que la autorregulación funcione, las empresas son incentivadas bajo amenaza de aplicar una pena. No obstante, también es posible incentivarlas desde los mecanismos que consisten en un cumplimiento desde la persuasión, de manera reflexiva y dialogada. Si el derecho penal es de *ultima ratio*, se debe procurar evitar el uso de la pena en los casos en que sea posible motivar de otra manera al ente, las herramientas persuasivas ofrecen esta posibilidad, como se verá en lo sucesivo de esta investigación.

[208] NIETO (2008a) p.24.

VI.- Conclusiones

Durante este capítulo se analizan algunos aspectos del debate en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Las críticas al castigo de las entidades dan cuenta de las diferencias que existen entre los seres reales y los ficticios. Al mismo tiempo explican por qué es necesario flexibilizar algunos aspectos de la teoría del delito para que resulten aplicables a estos últimos.

Como cuestión previa se acepta la procedencia de una responsabilidad penal (no administrativa) para las colectividades por diversos motivos. En primer término, las personas jurídicas y las físicas son castigadas conjuntamente, no obstante sus diferentes injustos. Esto obedece a que ambos se relacionan toda vez que el delito colectivo para ser penalmente relevante requiere de la comisión de un hecho individual y, éste último se realiza en un contexto o a consecuencia de una desorganización que fue causada por el ente. Estas vinculaciones explican también la necesidad de recurrir al mismo sistema procesal de punición para ambos injustos. En segundo lugar, la autorregulación de la persona jurídica se promueve a través de la amenaza de aplicar una pena, toda vez que la entidad evitará el reproche penal. Otra justificación relativa a la necesidad y merecimiento de pena, se refiere al bien jurídico amparado por la infracción individual, el que también es objeto de protección por el injusto colectivo. A partir de estas razones se concluye que en el caso de infracciones graves es esperable que el sistema jurídico penal disponga de equivalentes consecuencias para ambos tipos de injustos.

En concordancia con el objetivo propuesto relativo a determinar las premisas sobre las que se estructura la presente investigación, la primera parte se destina al estudio de los principales argumentos que han concentrado el debate en torno a que las personas jurídicas sean sujetos activos capaces de cometer delitos. El objetivo tras la revisión de estos planteamientos consiste en manifestar las diferencias entre el delito individual y el colectivo, lo que permite a su vez apreciar las diferencias en relación con los injustos.

Sobre el punto se reconoce que existen ciertas prerrogativas exclusivas de los seres físicos, como la libertad y la autoconciencia, que determina que a nivel de colectividades no pueda referirse la existencia de una auténtica culpabilidad sino de un equivalente a ésta.

También se formula la cuestión acerca de si la sanción que se dirige contra las corporaciones es una pena y en caso que no lo sea ¿cuál es su naturaleza? Sobre el punto se estima que el castigo a las corporaciones configura una tercera vía en materia penal, no se trata de penas en su sentido clásico ni tampoco son medidas de seguridad. Se considera una sanción de orden penal que se imputa a los entes morales por su injusto colectivo. La finalidad de la sanción es la prevención de los delitos por lo que se justifica su inclusión dentro del sistema de derecho penal, pese a que no se corresponda propiamente a una pena. Para sostener esta posición resulta necesario admitir una flexibilización de las categorías tradicionales de la teoría del delito, dado que la pena como ha sido entendida, no tiene espacio en la responsabilidad colectiva. A su vez, para la aplicación del castigo debe existir un reproche que corresponde al fundamento o su equivalente de la culpabilidad para los seres físicos.

Considerando la falta de libertad y autoconciencia de los seres ficticios se prefiere emplear el término fundamento por sobre el de culpabilidad.

En relación con el fundamento, si bien la discusión se ha centrado en delimitar una especie de culpabilidad o principio legitimador que justifique la intervención del sistema penal, es posible encontrar como elemento común a diversas posiciones cierto acuerdo en la necesidad de flexibilizar categorías del sistema criminal antropocéntrico. También se constata que si bien la doctrina todavía no ha arribado a una posición unívoca, es posible reconocer una tendencia mayoritaria que considera que uno de sus elementos es el defecto de organización o gestión deficitaria de su actividad.

El fundamento no corresponde a los modelos de imputación de responsabilidad penal de las corporaciones. Éstos pueden dar lugar a una responsabilidad por un hecho ajeno (sistema derivado, vicario o de heterorresponsabilidad) o por un hecho propio (sistema de autorresponsabilidad o culpabilidad propia). Una tercera posibilidad la proporcionan los sistemas mixtos que comparten características de los modelos antes mencionados.

Parte de la doctrina considera que el defecto de organización es un elemento que forma parte de la culpabilidad de las colectividades y su injusto se vincula con el hecho de conexión que realiza la persona física. Otra parte de la doctrina ha realizado un esfuerzo por identificar un injusto propio de las entidades. Para este grupo el defecto de organización forma parte de dicho injusto.

Se toma posición a favor de un concepto de culpabilidad (fundamento) referida por Lampe y Heine porque se trata de un reproche por su estado. El injusto colectivo se constituye por una forma de organización defectuosa que obedece al incumplimiento u omisión de los deberes de una correcta administración. Estos deberes son de la colectividad lo que supone asumir que son una realidad distinta de los seres físicos que la integran. El juicio de reproche se basa en que éstas son creadas para desenvolverse en el mundo de relación y su forma de ser está determinada previamente por el ordenamiento jurídico, de lo que se sigue que en su caso es posible cuestionar su carácter, cuando, debido a su mala administración sobrepasan los riesgos permitidos. De esta forma se reconoce que respecto de las colectividades se está ante una hipótesis de derecho penal de autor.

Es discutible que las entidades sean destinatarias de normas de determinación toda vez que éstas se dirigen a personas con libertad y autoconciencia, que comprenden las comunicaciones que emanan desde el sistema jurídico y por ende pueden adoptar una posición frente a éstas. Pese a ello y siguiendo a Silva Sánchez[209], si la norma se entiende como expectativas de conductas institucionalizadas y éstas son normas penales

[209] SILVA (2016) pp.306-307.

que una sociedad protege a través del castigo penal, puede entenderse que las personas jurídicas son centros de imputación de la frustración de las expectativas sociales.

Por lo tanto, si bien un fundamento de la responsabilidad de las colectividades que se base en el conocimiento de la antijuridicidad de la norma y el consecuente comportamiento conforme a dicha comprensión, es complejo respecto de entidades que ontológicamente carecen de autoconciencia que les permita formarse un motivo para cumplirla, es posible reprocharlas cuando su conducción sobrepasa el riesgo permitido.

El castigo de las entidades depende de que determinadas personas naturales relacionadas cometan ciertos delitos respecto de los cuales tienen deberes de prevención. Su acaecimiento debe ser consecuencia de la omisión de sus deberes de vigilancia y supervisión.

El papel que le corresponde al hecho de referencia en la responsabilidad penal de las colectividades ha sido ampliamente debatido. Dependiendo de los modelos de imputación le han atribuido diversas funciones. Para los modelos vicariales se le atribuye el de la persona física. Para los modelos de autorresponsabilidad el hecho de conexión es presupuesto, no fundamento de la responsabilidad penal. La realización del delito por parte del ser físico expresa el defecto de organización que está presente en la persona jurídica, lo manifiesta. No existe un doble castigo, existen dos injustos uno individual y uno colectivo.

El hecho de conexión no es condición objetiva de punibilidad puesto que la sanción de las personas jurídicas no se fundamenta en éste. Tampoco a la inversa. La persona jurídica no responde por el ilícito individual, sino por su propia infracción de deberes de gestión de riesgos, lo que a su vez influye en la realización del hecho individual, por este motivo el artículo 3 de la Ley dispone que es consecuencia de dicho incumplimiento.

También se concluye que desde este fundamento se debe analizar la primacía de las estrategias de carácter persuasivo o punitivo. El injusto colectivo se traduce en estado en

que lo reprochado es su carácter, no por un hecho concreto como sucede con las personas naturales. Por lo tanto, al momento de seleccionar una herramienta punitiva o persuasiva se debe tener en consideración que dicha elección favorezca su autorregulación.

Las entidades colectivas son castigadas en la medida que hubiesen incumplido sus deberes de supervisión y vigilancia en relación con la prevención de delitos, siempre que además se verifiquen otros requisitos contemplados en el ordenamiento jurídico. Mediante la pena se pretende motivarlas para que cumplan con sus deberes. Esto es coherente con un fundamento que reprocha su carácter, que corresponde a una forma de ser y no a un hecho concreto. Se trata de propender a perfeccionar su autorregulación.

El sistema penal colectivo se inspira en el *self enforcement regulation* o autorregulación. Esta noción proviene del derecho administrativo. Consiste en una regulación a distancia en que el Estado controla la actividad desde fuera, permitiendo que el propio ente determine sus normas de comportamiento y también los mecanismos de control de éstas (*enforcement*). El Estado proporciona un ámbito de su potestad regulatoria, a través de la autoimposición de reglas, cumplimiento de la normativa y de estándares de comportamiento. Su origen obedece a la incapacidad de controlar todos los riesgos que derivan de la actividad empresarial.

La autorregulación relacionada con los fines tradicionales de la pena, se identifica con algunos de éstos.

Después de revisar el debate anglosajón y europeo en relación con el fundamento de la responsabilidad penal de las agrupaciones y la naturaleza de la pena, se sostiene la autorregulación se identifica principalmente con los fines preventivos del derecho penal.

Ello porque se les reprocha su carácter derivado de su defectuosa gestión de riesgos por no haberse organizado de la manera en que el sistema jurídico esperaba, lo que se

concreta en un delito realizado por un ser físico, entonces, el castigo persigue prevenir que esa y otras colectividades mantengan una conducción que facilite la comisión de delitos. La prevención general positiva está presente en la autorregulación porque el castigo tiene por finalidad que el derecho se establezca, que otras personas jurídicas se organicen adecuadamente. La pena cumple un fin normalizador dado que comunica la necesidad de restablecer el sistema jurídico.

También, la autorregulación está dotada de un importante contenido de prevención especial, toda vez que se dirige a motivar y corregir el ser de la corporación.

El fin retributivo apunta a la conducta pasada o ya realizada, por lo que resulta difícil de identificar con la autorregulación.

No obstante las personas jurídicas carecen de libertad y autoconciencia, son centros de imputación por lo que a su respecto las normas penales constituyen expectativas de conductas institucionalizadas que una sociedad protege a través del castigo penal, por ello se les puede imputar la frustración de dichas expectativas de conducta. De esta forma, la aplicación de la pena procura lograr un cambio de comportamiento y carácter, en tanto ello es funcional para la prevención del delito.

Las personas jurídicas son sancionadas con el propósito de incentivarlas para que se gestionen sus riesgos dentro de los rangos de lo permitido, vale decir, que se autorregulen eficazmente. Mediante el castigo se procura que éstas conduzcan sus actuaciones de acuerdo a ciertas expectativas que el sistema penal tiene en relación con ellas, lo que es coherente con un sistema penal de autor que les reprocha su carácter.

La pena se dirige contra las personas jurídicas, pero al mismo tiempo interpela a las personas físicas que la integran, instándolas a corregir sus déficits. Esta afirmación no contradice lo ya señalado en relación con que las corporaciones son centros de

imputación de frustración de expectativas sociales[210], sino más bien obedece a la configuración de las personas ficticias, en las que su administración es realizada por personas naturales.

Lograr una adecuada autorregulación de las corporaciones depende de los incentivos. El derecho penal promueve, bajo la amenaza de sanción, que las personas jurídicas se autorregulen, sin perjuicio de ello las herramientas persuasivas también pueden hacerlo y en algunos casos de manera más adecuada.

[210] Ver infra p. 81 y ss.

<u>CAPÍTULO SEGUNDO:</u> Autorregulación: estrategias punitivas y persuasivas

I.- Introducción

Durante el capítulo anterior se aseveró que la autorregulación es el fin de la pena para la responsabilidad penal colectiva. En el presente se formula la pregunta sobre la primacía de herramientas persuasivas o punitivas para favorecer su promoción. De esta forma, el objetivo que se tiene en vista consiste en determinar, desde el fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (reproche o culpabilidad basada en su carácter), si alguna de las estrategias de cumplimiento de la ley (punitiva o persuasiva) debería primar por sobre la otra para alcanzar la finalidad de la autorregulación. Para responder la pregunta consignada resulta fundamental identificar cómo los mecanismos persuasivos y punitivos se conectan con dicho fundamento y en qué medida son funcionales para la efectiva autorregulación de la organización.

Como cuestión previa, se debe tener en consideración que las estrategias persuasivas y punitivas existen y se aplican conjuntamente durante el proceso regulatorio responsivo, por tanto, la pregunta se centra en establecer si alguna de ellas debe primar por sobre la otra, por ser más conducente a la autorregulación de las entidades. Por ende, este análisis no desconoce que ambas coexisten y se requieren recíprocamente, toda vez que dentro del proceso de autoorganización éstas se complementan siendo indispensables una respecto de la otra.

De acuerdo a la tesis que se sostiene en esta investigación, pese a que la responsabilidad de las personas jurídicas es de naturaleza penal y, si bien ambas estrategias se aplican de manera complementaria, lo persuasivo debería tener un espacio preponderante al colaborar de manera efectiva durante el transcurso de la autorregulación de la colectividad. A esta conclusión se ha arribado en algunos estudios empíricos que

afirman que la sola aplicación de sanciones no colabora con este proceso, a diferencia de lo persuasivo que permite que las agrupaciones de personas sean reeducadas y prevengan delitos[211].

Vinculado con lo anterior, otro argumento que favorece la primacía de lo persuasivo, es la influencia cada vez más generalizada de la cultura de *compliance*, que promueve la adopción de sistemas que incrementan los niveles de cumplimiento, dirigidos entre otras finalidades, a evitar la comisión de delitos de parte de las entidades. La incorporación de una cultura del cumplimiento en la administración y funcionamiento de las organizaciones responde a un proceso de orden persuasivo, que pretende anticiparse a la comisión de delitos, reaccionar adecuadamente cuando se verifican y adoptar medidas reparativas y educativas hacia el futuro.

El paso previo para aseverar la primacía de alguna de las estrategias de cumplimiento de la ley, requiere dar respuesta a la siguiente pregunta: ¿cuál de ellas permite elevar los niveles de cumplimiento dentro de la colectividad o garantizar una adecuada autorregulación? Si bien la amenaza de aplicar una pena promueve el establecimiento de regulaciones internas, externas y progresos en la ética de la corporación, lo punitivo también podría desincentivar este proceso especialmente cuando la sanción no favorece la autorregulación de la persona jurídica. Lo expresado se justifica porque el castigo no necesariamente propende a que la corporación se ocupe de sus fallas internas y corrija sus errores, puesto que incluso podría dar lugar a que internalice el castigo como un costo, sin implementar verdaderos cambios en su administración. Por su parte, lo persuasivo se basa en un proceso escalonado e individualizado (casuístico) de revisión de procesos y mejoras, con miras a evitar el castigo derivado de delitos que podrían cometerse, lo que podría ser más conducente a la finalidad de la autorregulación.

[211] Véase, por ejemplo, BRAITHWAITE (1985) en *To punish or persuade*.

También para valorar la primacía de alguna de las estrategias aludidas previamente, se debe delimitar en qué consiste o cuál es el significado de la autorregulación como finalidad de la pena para las entidades. A este respecto conviene tener presente que si bien esta noción se origina en el ámbito del derecho administrativo, concretamente respecto de la relación del Estado con los particulares, como una modalidad de regulación a distancia, en materia penal se conecta más específicamente con el cumplimiento normativo que conduce a una determinada manera de ser de la corporación, según la cual es relevante la prevención de ciertos ilícitos. De esta forma, se relaciona con la conducción de los riesgos de parte de las entidades, que se realiza con la finalidad de disminuir las posibilidades de que los seres físicos que las integran incurran en delitos que podrían dar lugar a una responsabilidad de la entidad. Esto último siempre quedará supeditado a que se verifiquen los demás supuestos exigidos por los modelos de atribución presentes en los respectivos sistemas jurídicos locales.

La autorregulación se relaciona con el comportamiento presente y, sobre todo, futuro de la corporación o, expresado en otros términos, a través de este proceso regulatorio autoimpuesto se pretende delimitar una cierta forma de ser (carácter) que evitará que en lo sucesivo se cometan delitos. No se trata de un desarrollo estático toda vez que se está ante un proceso que se actualiza permanentemente, como también surgen y se renuevan los riesgos que deben ser cautelados.

La noción de autorregulación se explica en la evolución del rol que el Estado cumple respecto de los individuos que son destinatarios de dicha regulación (regulados). Para su correcta comprensión resulta indispensable tener en cuenta el prolífero desarrollo tecnológico, el nacimiento de nuevos riesgos, la especialización de los roles y funciones, todo lo cual ha influido y afectado la capacidad del Estado para poder ejercer por sí mismo la administración.

Como se analizará durante este apartado, la autorregulación se conecta con una comprensión flexible del derecho, siendo tributaria de una concepción responsiva, que se

caracteriza por entender que el proceso regulatorio supone un tránsito participativo y casuístico.

Lo explicitado debe ser vinculado con la autorregulación como fin de la pena para el derecho penal colectivo. Esto desde una perspectiva sistémica, puesto que la mala comunicación entre el castigo de las colectividades y el fin de la pena, importa una contradicción, toda vez que la finalidad legitima la aplicación de la sanción. Por ello, resulta necesario responder la pregunta sobre la primacía de lo persuasivo o lo punitivo para la promoción de una adecuada autoorganización de las entidades. Así las cosas, tanto las penas, sus sustitutos y sus alternativas deberían ser aplicadas coherentemente con la mencionada finalidad de autorregulación.

Para determinar la primacía de las herramientas punitivas y persuasivas es pertinente realizar un estudio respecto de las penas que se han aplicado a las personas jurídicas. Revisar las sanciones y las consecuencias que ha conllevado para las colectividades y el sistema penal colectivo, puesto que ello permite ponderar su efectividad a la luz de la finalidad de la autorregulación. Esto se traduce en la revisión del modelo punitivo con sus dos subsistemas: el económico y el estructural. Relacionado con esto se presenta la discusión, instalada hace años en la doctrina[212] acerca de que el delito no necesariamente debería llevar aparejado la aplicación de una pena. Lo expuesto, llevado al ámbito de responsabilidad penal de las personas jurídicas, consiste en preguntar si la resolución del conflicto jurídico (que en el caso de las personas jurídicas se fundamenta en un reproche por carácter), ¿puede resolverse sin recurrir a la sanción? Y si ¿puede justificarse el recurso a soluciones alternativas a la pena? A su turno, también se analizará lo persuasivo, que hace primar el diálogo con la entidad por sobre su castigo, también la existencia de una pirámide escalonada de sanciones cuando sea necesario para el proceso de persuasión y, según el caso, la aplicación de criterios que emanan de la justicia restaurativa.

[212] Sobre el tema de reparación como tercera vía, véase: ROXIN (1999b); GALAIN (2005); MAÑALICH (2004).

En conclusión, durante este acápite se pretende determinar cuál de las dos herramientas favorece de mejor manera el proceso de promoción de organizaciones cumplidoras, que actúen con fidelidad al ordenamiento jurídico, propendiendo a la corrección de las conductas riesgosas y evitando la reiteración de comportamientos antijurídicos. Ello de acuerdo a los parámetros de una regulación responsiva (garrote y zanahoria) que concibe la coexistencia de ambas para garantizar el cumplimiento normativo.

II.- Autorregulación

II.1.- Concepto

La regulación es un concepto que tradicionalmente se vincula a la administración del Estado y que se materializa a través del derecho administrativo. En su acepción común se refiere a la actividad que despliegan los órganos de la administración con el objetivo de asegurar el orden público y la seguridad de los ciudadanos. Mientras que, a su turno, la autorregulación es realizada por los particulares (destinatarios). A primera vista, podría estimarse que regulación y autorregulación son conceptos opuestos, pero se trata de una contradicción aparente, toda vez que de acuerdo a la moderna comprensión del fenómeno regulatorio se erige como una modalidad de su actividad. Lo afirmado es consecuencia de una nueva forma de concebir el Estado y sus relaciones con la sociedad[213].

La autorregulación es un término que puede utilizarse para aludir a situaciones muy dispares. Arroyo menciona como ejemplos, que dan cuenta de estas diferencias, desde los reglamentos de conducta, certificaciones de una determinada actividad industrial, entre otras muchas formas de autoorganización. Un comentario adicional sobre estos ejemplos, es que no solo expresan diferentes modalidades de autoorganización, sino que además quedan sujetos a diversos regímenes jurídicos. Por su parte, se han reconocido[214] dos acepciones para la autorregulación. La primera se identifica con el sistema jurídico del *common law*, particularmente proveniente desde Estados Unidos de Norteamérica y Reino Unido. En relación con este último, siguiendo a Ogus[215], se trataría de un

[213] DARNACULLETA (2003) pp.19-22.

[214] ARROYO (2008) pp. 20-21.

[215] Ogus describe como el fenómeno de la autorregulación ha crecido mucho durante los últimos años. También las críticas que ha generado el fenómeno. A su juicio una de las razones por las que ha proliferado la autoimposición de normas se debe a que sus costos son más económicos que los que conlleva la regulación pública. Obviamente otra de las razones se refiere a desarrollo tecnológico y las innovaciones que son realizados por los mismos destinatarios del proceso regulatorio, lo que facilita que

concepto amplio, que comprende tanto la imposición voluntaria de estándares de comportamiento, sea para individuos físicos como para colectividades, así como la delegación de funciones públicas en particulares, ésta última configura un caso típico de autorregulación[216]. Un segundo concepto, que es propio del sistema de derecho civil, de particular desarrollo en Alemania, de naturaleza formal, solo considera como autorregulación aquellas actividades de autoorganización que son reconocidas por el derecho. Como aclara Arroyo, esta diferencia es muy importante, toda vez que de acuerdo al primer concepto, los casos de delegación de funciones públicas en privados serían especies de autorregulación, los que además configuran un ejemplo recurrente. En cambio, si se sigue la segunda noción, se estaría ante una hipótesis de regulación pública y por tanto quedarían fuera de dicho concepto. En efecto, quienes siguen la tesis formal consideran que la actividad que realizan los particulares al vincularse con las potestades públicas en definitiva tendría una naturaleza pública[217].

En este trabajo se sigue el concepto de autorregulación amplia[218]. Ello puesto que en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas la autoimposición de

---

sean los propios destinatarios los que se auto organicen. A ello se suma que los costos de monitoreo y supervisión dejan de ser asumidos por la autoridad. En todo caso la autorregulación ha sido muy criticada, tanto por abogados y economistas, toda vez que importa un corporativismo excesivo. Pero para este autor el principal problema en relación con la autorregulación son los limitados términos en los que ha sido comprendida. Para él, el concepto de autorregulación es amplio y puede incluir desde la autoorganización voluntaria realizada por particulares, hasta las hipótesis en que la Administración delega ciertos ámbitos en los privados. OGUS (1995) pp. 97-100.

[216] ARROYO (2008) pp. 19-20

[217] ARROYO (2008) pp. 20-23.

[218] Arroyo por su parte, después de explicitar la distinción entre la concepción amplia y la formal, declara que no le parece necesario decantarse por una u otra concepción, toda vez que el problema desaparece cuando se explicita con claridad cuál es el uso con el que emplea una determinada alocución. Agrega que ese uso tampoco es inmutable y puede ser utilizado de manera diferente según la ocasión. Así por ejemplo la noción formal es útil cuando en el contexto de los ordenamientos jurídico-públicos del ámbito europeo.

regulaciones, se relaciona con la conducción de los riesgos que son propios, a cuyo respecto el Estado le ha entregado la función de cautelar, bajo amenaza de incurrir en una sanción. La naturaleza de las disposiciones autoimpuestas no es pública, pero se realiza dentro de un marco proporcionado por el Estado, por lo que se incardina dentro de la sub especie denominada autorregulación regulada. Por su parte, si bien en un momento la tendencia fue que las colectividades simplemente se sometieran a las regulaciones estatales, en la actualidad su participación en la elaboración de reglas propias (programas de prevención de delitos o *compliance,* entre otros) es cada vez más frecuente.

La proliferación del fenómeno de la autorregulación obedece a que ha cambiado la forma en cómo se relaciona el Estado con los individuos[219]. La conformación de la sociedad moderna, el reconocimiento de derechos que limitan la actuación del Estado, la proliferación de los riesgos, entre otros factores han dado lugar a que se transite desde una polarización ideológica, que se traducía en abordar las relaciones entre particulares y Estado desde los extremos de la regulación o desregulación, hacia soluciones intermedias[220]. En suma, la autorregulación es una de las consecuencias derivadas de la concepción actual del Estado y la sociedad[221].

A su turno, la terminología anglosajona es más adecuada, dada su amplitud, cuando se emplea en el contexto de la teoría regulatoria. En ARROYO (2008) p.22.

[219] En el mismo sentido, se ha señalado que el fenómeno de la autorregulación no surge desde la idea de desregular o por oposición a la regulación pública de orden vertical, sino más bien responde a otras circunstancias. La realidad es que el regulador se ha topado con "*núcleos duros de densa complejidad"*, de diversa naturaleza, científica, técnica, económica, entre otras y, son los expertos quiénes tienen mayores posibilidades de determinar esa regulación puesto que conocen estas materias específicas y complejas. En ESTEVE (2008) p.41.

[220] Si bien durante el siglo XX se observaban dos posiciones muy claras en relación con el rol del Estado en la sociedad: los partidarios de la primacía de la intervención del Estado para evitar las inequidades del mercado y los que sostenían una posición liberal que ponía su énfasis en la libertad individual (para estos últimos era necesario que el mercado fuera libre y estuviera a cargo de los privados), en la actualidad el

Lo expresado también se conecta con la circunstancia de que una de las propiedades de la sociedad del siglo XX, que pervive hasta nuestros días, consiste en que ya no se identifica un único centro que organiza, por el contrario, hoy se reconoce la existencia de una sociedad policéntrica, que se caracteriza por la existencia de varios centros autónomos. Esta sociedad policéntrica, a la que alude Luhmann, importa un debilitamiento de la administración y sus poderes. Mientras la soberanía se vincula con la capacidad de coacción estatal o de establecer decisiones vinculantes para la sociedad, la legitimación se refiere a su justificación. La contracara de este proceso de debilitamiento, es el aumento del poder de los subsistemas que no formarían parte del Estado, lo que va decantando en una mayor participación y empoderamiento de las organizaciones sociales y también de las corporaciones. Paralelamente van surgiendo actuaciones administrativas que no se imponen coactivamente, sino que son de adopción voluntaria por parte de sus destinatarios. De esta forma, el proceso de regulación cada vez más supone una mayor participación de los regulados, en la medida que van emergiendo reglas que proporcionan espacio a los privados para que actúen de manera autónoma[222]. Este fenómeno se complementa con la circunstancia de que estamos ante una sociedad de los riesgos y del conocimiento. En este contexto, las empresas son consideradas como una de las mayores productoras de dichos riesgos, pero también son importantes creadoras de conocimientos. Bajo estas circunstancias el Estado ha

---

Estado y los individuos participan conjuntamente del proceso de regulación. De manera que el regulado no solo se somete a una regla que le viene impuesta desde la administración, sino que participa en la generación de dicha regulación y parte del proceso es directamente asumido por él. En NIETO (2008b) pp. 2-3. También sobre la materia se ha señalado que además de los dos extremos generados por regulación y desregulación, es posible encontrar mecanismos de intervención estatal intermedios que se pueden incluir dentro del concepto de autorregulación. En COCA (2013) pp. 43 y ss.

[221] En el mismo sentido sobre la sociedad policéntrica, véase ESTEVE (2008) pp. 39 y ss.

[222] DARNACULLETA (2003) pp.19-22

entregado ciertos espacios de control a los particulares, pero como contrapartida les somete a mayores exigencias y responsabilidades[223].

El proceso de autorregulación puede ser considerado de dos formas: como un fenómeno que importa una pérdida de preponderancia del intervencionismo estatal y un robustecimiento de lo privado o como un proceso de fortalecimientos de algunos subsistemas sociales[224]. La autoimposición de reglamentaciones obedece a que los niveles de complejidad y especialización que van adquiriendo los subsistemas sociales, afectan la posibilidad de que el Estado lo realice exclusiva y directamente. De esta forma, y producto de la progresiva pérdida de poder del Estado, la autorregulación se ha ido fortaleciendo[225]. La finalidad es facilitar el proceso regulatorio en la sociedad contemporánea, en la cual las estructuras clásicas de la administración requieren de la participación de los regulados[226]. Entonces, el Estado asume el rol de supervisor al ceder a las organizaciones espacios para su autoorganización, reservándose para sí la función de vigilarlas[227].

A mayor abundamiento, el desarrollo tecnológico y la proliferación de los riesgos ha generado "un conflicto fundamental en la tríada sociedad/Estado/empresa", lo que ha dado lugar a que el Estado haya ido perdiendo el monopolio de la protección de los bienes jurídicos, en la administración de los riesgos y su planificación, por carecer de la capacidad para asumirlos. Esto deriva de la insuficiencia de la administración para regular todos los ámbitos, siendo las empresas quienes han asumido el rol principal en materia de innovación, ciencia y tecnología. Esto se debe a que fueron las propias corporaciones las que comenzaron a asumir el desarrollo de las nueva metodologías y tecnología, lo que generó como consecuencia que la posibilidad del Estado de

[223] GÓMEZ-JARA (2017) pp. 28 y ss.

[224] DARNACULLETA (2003) pp. 22-25

[225] DARNACULLETA (2003) p.25

[226] DARNACULLETA (2003) pp.26-27.

[227] GÓMEZ-JARA (2017) p. 31.

controlarlas, se fuera reduciendo en la medida que se desarrollaban los avances en estas áreas, llegando al punto, donde nos encontramos hoy, en el que la propia entidad comienza a precaver los riesgos que emanan de su actividad[228].

Desde la perspectiva del contenido o materia que es objeto del proceso de autorregulación, se incluyen tanto las disposiciones que conforman el derecho vigente (que se repiten en los programas o normativas internas), como también aquellas que propiamente no pueden ser consideradas como tales, como ocurre con regulaciones éticas o procesos de trabajo relativos a procedimientos internos para mitigar riesgos, reglas técnicas, solo por nombrar algunos ejemplos.

Uno de los aspectos positivos de la autorregulación es que favorece el proceso regulatorio, porque el propio destinatario de las reglas especiales y técnicas[229] se ocupa de su implementación y cumplimiento, lo que puede realizarse con mayor efectividad que la que probablemente tendría el Estado.

Autorregulación regulada

[228] GÓMEZ-JARA (2017) pp.25-27. La cita textual corresponde a Heine que es parafraseado por el autor mencionado.

[229] Esto se justifica en parte debido a la especialización que conduce a que los regulados sean los que detentan mayor conocimiento respecto de ciertas áreas, con lo que el proceso de autogeneración de normas resulta inevitable. El riesgo está dotado de elementos tecnológicos, que a su vez conllevan complejidad. El conocer y controlar los riesgos es tarea de expertos o profesionales que se desempeñan en diversos sistemas. Cada cual opera en su respectiva área sea de salud, alimentos, medio ambiente, etc. Cada uno funciona con sus categorías propias, de manera autorreferencial, de acuerdo a la nomenclatura utilizada en la teoría de los sistemas. En ESTEVE (2003) pp.146-147.

La doctrina alude a la noción de autorregulación regulada[230] como especie dentro de la autorregulación. La autoorganización regulada se caracteriza porque la autoridad pública determina los marcos dentro de los que se verifica, abarcando prácticamente todas las esferas que son objeto de una autodeterminación por parte de sus destinatarios, con excepción de aquellas que sean voluntarias o autoimpuestas. Expresado en otros términos, en la medida que el proceso de autorregulación faculte al auto regulado a determinar cómo se gestiona u organiza para controlar su actuar o, mejor dicho, cómo administrar los riesgos que su actividad o giro conlleva y, ello se realiza dentro de un marco fijado previamente por la autoridad pública, se está ante lo que se ha denominado como autorregulación regulada o *self enforcement regulation*. Lo opuesto a este tipo de autoorganización sería lo que se ha identificado como la "autorregulación pura" que consiste en el fenómeno a través del cual un individuo se somete a reglas propias porque lo ha estimado necesario o útil. Éste sería, por ejemplo, el caso de contratos basados en la autonomía de la voluntad, convenios, y en general toda aquella normativa o reglamentación interna que es creada al interior de una organización y que es suscrita por uno o más individuos para su propia autogestión. Esta actividad se relaciona con el ejercicio de libertades propias de personas o instituciones que deciden generar reglas para organizar su actuar. La autorregulación pura se realiza sin intervención de los poderes públicos[231].

La autorregulación regulada es incentivada por el Estado, lo que no significa que éste defina específicamente el contenido exacto de la materia regulada, se trata más bien de motivar a través de incentivos, para que un individuo adopte una determinada autoorganización en un área que la autoridad considera que es riesgosa o que requiere de mayores controles. Para estos efectos la autoridad pública proporciona marcos o límites

[230] En ARROYO (2008) pp. 23-24. En el mismo sentido, se ha señalado que lo propio de la autorregulación regulada es que se trata de una forma de intervencionismo estatal que se realiza a distancia, dado que la administración se sirve de las empresas para lograr sus fines. En el mismo sentido véase COCA (2013) p. 52.

[231] COCA (2013) pp.48-50.

dentro de los que dicha autogestión se debería llevar a cabo. Sin perjuicio de ello, en algunos casos el Estado no solo promueve el proceso de autorregulación sino que además fija mínimos dentro de los que debe verificarse.

Lo característico de la autorregulación regulada es que el Estado previamente tiene en vista ciertos objetivos o intereses que procura alcanzar en relación con la entidad destinataria. La delegación de la facultad regulatoria puede ser total o parcial. Será parcial cuando el Estado establezca un ámbito de co-regulación o que la institución en conjunto con él debe elaborar la reglamentación a la que quedará sometida.

Expresión del fenómeno de la autorregulación regulada son los programas de cumplimiento creados e implementados con el objetivo de instalar una administración interna que sea fiel a la ley, que procure prevenir la comisión de delitos, mitigar los riesgos derivados de la actividad empresarial, reparar daños, investigar los ilícitos acaecidos al interior de la empresa o institución y en general adoptar todas aquellas medidas que tiendan a desarrollar un sistema de *compliance*[232].

El proceso de autorregulación es una actividad técnica, a través de la cual se organiza la producción y gestión. La escrituración y documentación de este proceso es prueba de ello[233]. Por esta razón para las personas jurídicas el proceso de autorregulación deriva en el establecimiento de preceptos que regulan su comportamiento, consignados en instrumentos tales como, códigos de conducta, de buenas prácticas, etc. La característica de estos códigos o documentos es que permiten concretar principios que se han establecido de manera general y, que a partir de ese momento se especifican de conformidad a las características propias del regulado. El proceso adicionalmente lleva aparejado una capacitación de los miembros que integran la empresa o persona jurídica

[232] Este fenómeno está presente en Chile en la Ley N° 19.913 que crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos: Ley 20.393 que establece responsabilidad penal de las personas jurídicas.

[233] DARNACULLETA (2003) p. 181.

de la que emanaron dichas disposiciones[234]. Se pueden consignar como hitos que conforman el proceso de *compliance*, actividades tales como, instalar una cultura de cumplimiento, definir ciertos objetivos de la institución, realizar una matriz de riesgos, adoptar medidas que mitiguen y contengan los riesgos, establecer las competencias, definir sistemas de comunicación interna y comprender sistemas de supervisión y de sanción[235].

En la autorregulación regulada, el Estado no queda liberado de su función de administración, sino más bien privilegia su rol definiendo los marcos legales dentro de los que deben ser realizadas las actividades, también debe velar porque la actividad privada se ejecute cumpliendo con las disposiciones legales que la vinculan[236]. Se trata de una nueva modalidad de control del Estado. En palabras de Nieto, es una nueva forma de control estatal a distancia, no muy conocida para el sistema penal. Su objetivo es que los individuos que componen la organización se comporten de una cierta forma[237]. Esto afecta principalmente a las empresas porque el Estado ha visto en ellas un poder importante que puede afectar las relaciones sociales.

De acuerdo a Nieto, las consecuencias del proceso de autorregulación se pueden sistematizar de la siguiente forma[238]: en primer término el establecimiento de reglas de comportamiento que quedan consignadas en documentos denominados de diferentes maneras, códigos de conducta, de buen gobierno, buenas prácticas, etc. En este proceso se especifican principios que estaban enunciados de manera genérica o no explícita, los que dependerán de la realidad de la corporación. Se trata de un proceso de codificación de conductas que serán exigibles para sus miembros. En segundo término, respecto de la transmisión de la información, promueve la existencia de un adecuado traspaso de

[234] NIETO (2008b) p.5

[235] COCA (2013) pp. 56- 59.

[236] DARNACULLETA (2003) p. 136.

[237] NIETO (2008b) pp. 3-4.

[238] NIETO (2008b) pp. 5 y ss.

información interna y externa. En este último caso adquiere especial relevancia para la prevención e investigación de los delitos, poner en conocimiento de las autoridades las denuncias sobre actividades ilícitas que han ocurrido al interior de la empresa. Finalmente, se integra por el proceso de institucionalización o establecimiento al interior de la empresa de estructuras que hagan que esta modalidad funcione. Esto último normalmente se traduce en la existencia de oficiales de cumplimiento, sistemas de auditorías internas y externas, entre otros mecanismos que van dando cuerpo a esta organización.

La autorregulación, para efectos de este trabajo, es relevante en la medida que tenga reconocimiento o que produzca efectos en el sistema jurídico. En el caso chileno existe coincidencia en la doctrina, en orden a que la Ley N° 20.393, se ha basado en la estrategia de autorregulación regulada o *self enforcement regulation*[239]. En este caso el legislador en el artículo 4 de la Ley N° 20.393 promueve, bajo amenaza de pena, que las entidades se autorregulen en materia de prevención de delitos determinados. Para estos efectos la ley establece los mínimos que debe contener un programa de prevención de delitos y, junto con ello, las facultades y atribuciones de los encargados de prevención de delitos. El artículo 4, N° 4, de la ley también hace referencia a la certificación de los modelos, los que si bien son realizados por entidades privadas, como empresas de auditoría externa, sociedades clasificadoras de riesgo u otras entidades registradas ante la Superintendencia de Valores y Seguros, el legislador expresamente ha dispuesto que se entenderá que las personas naturales que participan en las actividades de certificación, realizadas por las entidades señaladas cumplen una función pública en los términos del artículo 260 del Código penal.

En atención a la manera en cómo el legislador ha plasmado lo relativo a programas de prevención de delitos, resulta bastante claro que la autorregulación es la finalidad

[239] HERNÁNDEZ (2010) pp.218-219, quien además señala que podría discutirse la legitimidad de que el Estado traspase a particulares tareas que le son privativas como la prevención, la detección y la indagación de los delitos; BOFILL (2011) p. 189; COLLADO (2013) p.140.

pretendida por el legislador de la Ley N° 20.393, toda vez que la amenaza de pena busca motivar a las colectividades para que se autorregulen.

II.2.- Autorregulación y derecho reflexivo

El derecho reflexivo surge de la evolución del concepto de derecho, que se transforma o modifica tal como ocurre con las sociedades en las que rige. La mirada evolutiva del derecho asume los cambios que han experimentado los sistemas jurídicos acorde a las modificaciones que también experimentan las sociedades[240]. El derecho formal es criticado por su rigidez y formalismo, por no ser capaz de dar solución a diversos problemas que se plantean, sobre todo en relación con la igualdad de trato, pero también se le cuestiona que impide la introducción de criterios valorativos o fines éticos. Esto condujo a la incorporación de elementos materiales. Pero, a su turno, el derecho material también es objeto de críticas, esta vez, porque su contenido está compuesto de principios, lo que genera que el derecho pierda su carácter sistémico y su coherencia, que era justamente lo que le proporcionaba el formalismo jurídico[241]. Desde estos cuestionamientos surge el derecho reflexivo.

La incorporación de criterios flexibles se justifica en el cuestionamiento que se realiza al derecho vigente respecto de cómo enfrenta la resolución de los conflictos actuales, las críticas se dirigen a las tendencias formales y materiales del derecho. Para el derecho formal debe primar el principio de legalidad, esto se traduce en que la ley determina la sociedad en la que rige, no al revés. Por su parte, el derecho material se caracteriza porque promueve una mayor intervención del Estado en la especificación de los fines a

[240] DODDS (2011) pp. 100 y ss.

[241] DODDS (2011) pp. 102 y 103

los que se dirige la sociedad[242]. Estos cuestionamientos son consecuencias de los cambios que se han producido en la sociedad moderna. Se ha puesto en duda que el hombre contemporáneo pueda resolver sus conflictos bajo el sistema de derecho inspirado por la racionalidad formal.

De esta forma, la pregunta que se formula recae sobre la racionalidad del derecho. No basta con constatar la existencia de una ley para afirmar que el sistema es racional (criterio formal)[243].Se requieren nuevas formas para solucionar los conflictos, como por ejemplo los mecanismos flexibles[244]. Las sociedades son cada vez más complejas y el derecho debe adaptarse a estos cambios. Lo reflexivo no se basa solo en la realidad (como la sociología jurídica), pero tampoco se justifica exclusivamente en la teoría. El objetivo es conjugar ambas, con la finalidad de solucionar los conflictos jurídicos, por esta razón el derecho reflexivo surge como alternativa frente al formalismo de los sistemas legales y, a la arbitrariedad e inseguridad jurídica que conlleva el derecho material. La flexibilidad que se propone es necesaria para solucionar los problemas jurídicos de una sociedad contemporánea[245]. Ello se traduce en que el derecho debe adaptarse a la sociedad a la cual regula.

[242] MORALES DE SETIÉN (2000) pp. 44

[243] MORALES DE SETIÉN (2000) p.15.

[244] MORALES DE SETIÉN (2000) p.18.

[245] En relación con el derecho vigente se critica que la validez formal de las normas sea compatible con los ideales de justicia y libertad. Estas críticas se tradujeron en que se fuera desarrollando el aspecto material del derecho, con lo que se fue generando un proceso de desformalización. Según Habermas esto obedece a cuatro fenómenos. Lo primero, el derecho reflexivo. Se constata una colisión entre el derecho formal y el material. El derecho reflexivo surge como alternativa. El propio regulado establece normas propias dentro de un marco que es determinado por el legislador. Lo segundo, hay ámbitos de la realidad en las que el derecho tiene un efecto marginal. En tercer lugar, la posibilidad de que el Estado participe del proceso de regulación a momentos es una mera quimera. Por último, en cuarto lugar, la sociedad a través de sus agentes sociales demanda justicia material. A consecuencia de estos fenómenos se genera un proceso de desformalización del derecho. En MORALES DE SETIÉN (2000) pp. 40-42.

Por su parte, las concepciones reflexivas también generan críticas. Toda vez que puede traducirse en casuismo y arbitrariedad al abandonar parcialmente el hecho de que la ley es creada por el legislador y se abre a la resolución del caso concreto.

Nonet y Selznick son los precursores del derecho responsivo. Para ellos existe un avance o progreso evolutivo[246]en relación con la etapa previa del derecho autónomo de Weber, el cual se caracteriza por su formalidad[247]. Esta evolución se manifiesta en tres etapas; derecho represivo, autónomo y responsivo (*responsive law*). Este último debe ser capaz de lidiar con la formalidad del derecho represivo, adaptando las normas jurídicas a la sociedad. Esta adaptación debe realizarse de manera responsable, evitando que se discrimine y seleccione. Para ello se deben armonizar las pretensiones finalistas del Estado (orientación finalista) con las demandas de participación propias (creación de normas) de una sociedad más desarrollada.

El derecho responsivo resuelve la tensión entre el derecho represivo y el autónomo. No se trata de mera apertura y flexibilidad, sino que más bien de permitir que se realice una discriminación y selección adaptativa. Para que esto funcione es necesario que exista una finalidad, ya que ésta permite criticar las prácticas establecidas y abrirse al cambio[248]. La mencionada finalidad facilita la acción de jueces y prácticos del derecho porque les traza un camino y, al mismo tiempo, establece parámetros para la interpretación de las normas. Tras esta doctrina existe la percepción de que es necesario corregir las instituciones y la politización que ha ido experimentando el derecho.

Por su parte, el concepto de derecho reflexivo obedece a los cambios sociales y legales. Para Teubner la flexibilidad es necesaria para la sociedad actual que se caracteriza por

[246] Las teorías neo-evolucionistas parten de la premisa de la autorreferencialidad del sistema legal. Se lo considera al mismo tiempo abierto y cerrado. El cambio se produce en lo interno porque es influido desde lo externo y al mismo tiempo afecta hacia el exterior (su entorno). Con esto se explican los cambios del sistema legal y social, dado que ambos van experimentando esta evolución. EN TEUBNER (2000) pp.92-96.

[247] TEUBNER (2000) pp.92-96.

[248] NONET y SELZNICK (2009) pp. 76-77.

tener muchas y diversas funciones[249]. Existe una crisis social y del derecho, que se traduce en una dicotomía entre los conceptos sobre legalización/deslegalización y los formales/materiales[250]. Para elaborar sus postulados Teubner considera los trabajos de Nonet y Selznick en Estados Unidos sobre derecho responsivo y los de Luhmann y Habermas en Alemania[251].

[249] Teubner se sirve de la metodología neo evolucionista. Las teorías evolucionistas son criticadas porque asumen que la mayor complejidad que se verifica en la sociedad es sinónimo de evolución, no obstante, existen casos en los que se verifica una simplificación de los fenómenos sociales, lo que desvirtuaría el postulado inicial. Pese a estas críticas, resulta claro que algunos aspectos de la sociedad se han ido complejizando con el desarrollo de las sociedades. Esto se puede observar, por ejemplo, en las organizaciones y su interacción.

[250] TEUBNER (2000) pp.86-87.

[251] Estos autores también desarrollan su trabajo desde el neo evolucionismo utilizado en el campo de la sociología jurídica. Los primeros proponen un sistema que está dotado de tres estados evolutivos: derecho represivo, derecho autónomo y derecho responsivo. El derecho responsivo se caracteriza porque por oposición al formalismo, contempla una visión del derecho que asume finalismo y participación A éste se llega debido a la evolución que experimenta el derecho autónomo. Por su parte, en Alemania Luhmann y Habermas también desarrollan concepciones críticas al formalismo del derecho. El primero desarrolla la "teoría de sistemas", en la cual las sociedades evolucionan desde las segmentadas a las estratificadas, llegando a las funcionalmente diferenciadas. Para Luhmann la crisis del derecho se debe a la transición desde la sociedad estratificada a una funcionalmente diferenciada. A su vez, cada una de las sociedades mencionadas tiene su propio ordenamiento legal, los cuales siguen paralelamente a la sociedad. La crisis del derecho se produce durante el proceso de transición. La forma de superarla es mediante la abstracción, el pensamiento funcionalista y la autorreferencialidad del sistema. Por su parte, Habermas postula desde la "teoría crítica" la existencia de sociedades que también evolucionan. Éstas son estudiadas desde un punto de vista moral y ético. El derecho emana de la institucionalización de una secuencia histórica de estructuras racionales, que a su vez pueden ser convencionales o pre convencionales. El derecho formal es una estructura racional convencional. La actualidad muestra que vamos hacia una nueva racionalidad legal y social. Teubner busca puntos de convergencia entre estos tres modelos descritos. De Nonet y Selznick recoge que su posición se fundamenta en aspectos "internos" de los sistemas legales y de Luhmann y Habermas las interrelaciones externas entre lo social y el derecho. TEUBNER (2000) pp.89-92.

Para Teubner se está ante una sociedad que promueve un derecho finalista, en la que sus leyes y su institucionalidad son determinadas por esta perspectiva. La sociedad ha transitado desde un derecho formal hacia uno material o finalista, cuyo objetivo es que la sociedad consiga objetivos concretos. Este fenómeno se designa como "rematerialización del derecho". La consecuencia es que el derecho es por una parte más general y abierto y por otra parte más detallista que el derecho formal, perdiéndose la seguridad, que lo formal proporciona respecto de la actuación del Estado. Frente a ello se plantea una nueva perspectiva del derecho: lo reflexivo[252].

Si bien Teubner para elaborar su tesis sobre lo reflexivo se basa en el derecho responsivo, también lo critica porque conlleva dos especies de racionalidad jurídica. Se trata por una parte de la racionalidad material y por otra de la reflexiva. Nonet y Selznick al formular su teoría sobre el derecho responsivo asumen que el sistema legal ha transitado desde el formalismo a una racionalidad material que se destaca por el finalismo[253]. El derecho responsivo genera un espacio en el que confluye el derecho material y el reflexivo, se trata de un finalismo participativo, lo que permite resolver algunos conflictos que solo pueden ser abordados desde éste prisma. Lo que debe determinarse son las áreas del derecho que pueden ser influidas y cuáles no deberían serlo[254].

El derecho reflexivo se dirige hacia una autonomía regulada. Se trata de establecer sistemas sociales que sean capaces de autorregularse mediante normas de organización y de procedimiento. La función del derecho reflexivo es estructurar los sistemas sociales, lo cual se efectúa promoviendo mecanismos que faciliten la autorregulación. Para ello se basa en las normas de procedimientos que ordenan los procesos, su organización y la

[252] TEUBNER (2000) pp. 83-87.

[253] TEUBNER (2000) pp. 98- 101.

[254] TEUBNER (2000) pp. 98- 101.

distribución de sus funciones. Desde aquí se puede afirmar que el énfasis de lo reflexivo está en el resultado pero sin intervenir en el contenido de éstos[255].

Lo expresado debe contrastarse con el fenómeno de la autorregulación, la que ha ido tomando fuerza en el ámbito de las reglas técnicas. Este es un espacio que es difícil de regular para el Estado, tanto por la especialización como por la velocidad con la que se modifican dichas reglas, por ello la autorregulación ha sido una solución frente a la incapacidad del Estado de poder controlarlos. Los riesgos surgen producto del desarrollo que ha ido experimentando la sociedad, y a su vez, durante su transcurso surgen otros nuevos[256]. Este desarrollo es veloz y progresivo. Las reglas jurídicas para su generación obedecen a ciertas formalidades, la posibilidad de que éstas avancen con la misma rapidez con la que evoluciona el conocimiento no es factible. El derecho debe ser capaz de resolver este problema. Además, en consideración a que los riesgos son obra de las personas, el sistema jurídico debe determinar la responsabilidad que implica el haber intervenido o participado en su creación. Entonces, la interrogante es, ¿cómo el derecho enfrenta estos riesgos? Una respuesta la ofrece el derecho reflexivo[257].

A mayor abundamiento, las empresas han liderado el proceso de industrialización en el marco del progreso y la elaboración de nuevos productos, el que a poco andar, ha conllevado consecuencias que afectan a la naturaleza y también a las personas. El desarrollo ha ido dando origen a una legislación que establece autorizaciones,

[255] TEUBNER (2000) p. 106-109.

[256] Para Esteve Pardo el hombre históricamente ha buscado obtener de la naturaleza la satisfacción de sus necesidades, para lo cual debe enfrentar los peligros que emanan de ella. Para lograr este objetivo, la humanidad ha desarrollado la técnica. Lo que caracteriza el desarrollo es que la técnica ha sido capaz de liberar al ser humano de ciertos peligros permitiendo que satisfaga sus necesidades. La contracara de la técnica son los riesgos que genera. Mientras los peligros provienen de la naturaleza, los riesgos derivan de la tecnología y afecta, por ejemplo, al ser humano y al medio ambiente. Hoy la mayor preocupación de los hombres se vincula a los riesgos más que a los peligros naturales. Esto genera como consecuencia que el derecho también deba enfrentarse a este nuevo escenario. En ESTEVE (2003) pp.137-140.

[257] ESTEVE (2003) pp.140-141.

reglamentaciones técnicas y sanciones para el caso de incumplimiento, todo ello con el objeto de ir controlando los riesgos que la actividad humana genera[258]. El Estado, que va más atrás en este proceso, se va encargando de regular esta nueva actividad, muchas veces con reglas reactivas, porque el progreso avanza de manera muy acelerada, más que el derecho que emana de un proceso formal de creación.

En suma, los riesgos presentes en la sociedad se originan principalmente producto de la industria y la tecnología. Éstos surgen dentro de un sistema jurídico que los regula, determina e incluso promueve. En este ámbito se produce la paradoja de que el derecho actúa en contradicción a sus postulados, haciéndose reflexivo, porque los riesgos surgen de la actividad lícita sea pública o privada, y por lo tanto, cada vez que se toma una decisión, en definitiva se prefiere un riesgo por sobre otro[259]. Los riesgos que existen en la actualidad derivan mayoritariamente de la industria legal, desde donde se origina la necesidad de establecer si los peligros que se producen son tolerables o no. La tecnología también origina riesgos, que, inclusive en algunos casos, deben ser combatidos con otras tecnologías, cuyos peligros deberían ser inferiores a aquellos que se persigue evitar.

La autorregulación regulada es tributaria de las concepciones reflexivas. El derecho se ha visto en la necesidad de acudir a otros métodos, dado los cambios en la sociedad que hoy es policéntrica (funcionalmente diferenciada), especializada y tecnificada, lo que demanda un derecho que sea capaz de adecuarse con velocidad a los cambios que se experimentan, dejando su formalidad y siendo más flexible. Al respecto, Gómez-Jara indica que los principales atributos de la racionalidad reflexiva son: 1) Control de la autorregulación: se instalan modalidades de cooperación social; 2) Estructuración y restructuración de sistema para el discurso interno y la coordinación externa; 3)

[258] DARNACULLETA (2003) p. 130.

[259] ESTEVE (2003) p. 141.

Procedimientos: estructuras institucionales y procesos de decisión que se encuentran relacionados[260]

Para el derecho reflexivo la autorregulación es un elemento central, puesto que el derecho más que intervenir directamente en la sociedad, debe proporcionar un contexto que concede un margen para que los individuos puedan autorregularse. Son los subsistemas los que se organizan y autorregulan[261]. Esta concepción que reconoce mayor flexibilidad del derecho para resolver los conflictos jurídicos, puede explicarse de acuerdo a dos paradigmas: el derecho responsivo y el derecho reflexivo.

El derecho reflexivo[262] es especialmente útil en ámbitos como el regulatorio, en el que si bien se pretende comprender un espectro amplio de lo social, dada su complejidad, muchas veces supera la posibilidad de cualquier sistema regulador. En el otro extremo, la lógica de la desregulación tampoco funcionaría porque termina imponiéndose el sistema económico por sobre los demás sistemas, lo que afecta a la sociedad en su conjunto. De esta forma la autorregulación proporciona una solución frente a este problema regulatorio.

[260] GÓMEZ-JARA (2017) p. 32

[261] GÓMEZ-JARA (2017) p. 33.

[262] El derecho reflexivo ha sido criticado por variadas razones. En primer término, porque se partiría desde un error metodológico. Su concepción neoevolutiva del sistema derecho, trata de evitar los efectos del "reduccionismo sociológico". Pero acepta el modelo de la evolución autónoma del derecho, cercana al concepto Luhmanniano de estructuras autorreferenciadas. Aquí los output del sistema son filtrados selectivamente y adaptados de acuerdo a su normal desarrollo. La dificultad es que desde esta premisa toma el concepto de derecho responsivo de Nonet y Selznick pero utiliza la dogmática tradicional del derecho autónomo para valorarlo. Esto envolvería una contradicción. También se cuestiona que su utilización puede abrir paso a la justicia del caso concreto y por ende a la arbitrariedad, como se indicó precedentemente. Si bien el primer cuestionamiento es compartido por nosotros, lo segundo puede relativizarse. El derecho reflexivo no abandona al sistema legal para resolver los conflictos, más bien dispone cómo se organizan los ámbitos discrecionales respecto de cuestiones que requieren una regulación diferente o que no quedan abarcadas por la disposición general. Se busca alcanzar una autonomía regulada.

Las corporaciones debido a sus complejidades, a su poder, a sus características, y sus estructuras, son propicias para la autorregulación regulada, en la que el Estado les ha fijado los límites dentro de los que deben auto organizarse. Esta fórmula regulatoria resulta tan fundamental para la prevención de los delitos, que el sistema penal promueve el proceso de autogestión bajo amenaza de aplicar una pena. De esta manera, uno de los elementos para imputar responsabilidad penal se basa en su organización defectuosa, la cual configura una determinada forma de ser que es disfuncional. Esto determina que estemos ante instituciones que detentan ámbitos para desarrollar su propia administración, pero, al mismo tiempo, son responsables de sus déficits de organización[263]. Considerando que cada sistema funcionalmente diferenciado posee sus propias particularidades y es gobernado por distintas reglas, la facultad de autorregularse se comprende desde una concepción reflexiva del derecho que permite realizar una administración centrada en sus particularidades y su realidad.

En conclusión, la autorregulación para las personas jurídicas requiere de la flexibilidad que proporciona el derecho reflexivo y el responsivo, que se definen por oposición a la autonomía o formalidad del derecho y que se caracterizan porque permiten tender a soluciones específicas para los conflictos jurídicos.

II.3.- Autorregulación y derecho penal. Su legitimidad desde el ius puniendi estatal

La influencia de la autorregulación en el derecho penal genera como consecuencia que el Estado haya debido recurrir a los particulares para cautelar algunos riesgos que están presentes en las sociedades modernas[264]. Para lograr este cometido las entidades ficticias

[263] RODRÍGUEZ (2015) pp. 154-156.

[264] Al respecto Silva Sánchez hace referencia a la existencia de un Estado de garantía, que se caracteriza porque ha descentralizado su poder, dando paso a la autorregulación regulada. Es una administración que

asumen la posición de garantes de éstos[265]. Las razones que han dado lugar a este fenómeno son variadas. En primer término (ya mencionada en el apartado anterior), la

observa y que solo retiene la última responsabilidad por el bien común de los habitantes. Esto supone depositar un grado importante de confianza en los particulares que colaboran de manera forzosa con la regulación que realiza el Estado. El sistema funciona mediante la asignación de marcos reguladores por parte del Estado. En el caso europeo, primero está el *soft law* que está dado por las recomendaciones de organizaciones internacionales, en un segundo nivel, el *hard law* que está constituido por el derecho europeo, por último, el derecho de cada Estado. Esta superposición de legislaciones conlleva algunas dificultades. En el nivel inferior se sitúa la autorregulación, que es la regulación entregada a los privados. El problema principal que deriva de todo esto es responder la pregunta acerca de por qué las infracciones a estas regulaciones pueden ser calificadas de sanciones penales. El autor agrega que el derecho penal como se entiende al día de hoy, pese a las leyes penales y la existencia de elementos normativos, al menos en su núcleo se encuentra vinculado a una legislación que emana desde el Estado. Esta vinculación se pierde cuando se hace referencia a las reglas de los privados. Bajo este contexto, el derecho penal se entiende para desincentivar la comisión de conductas ilícitas. Por ello para este autor la aplicación de una pena basada en la autorregulación es concebir la pena bajo criterios utilitaristas ajenos a todo merecimiento de pena, lo que se busca es reforzar el cumplimiento de la ley o de la teoría de la disuasión. Para Silva no existe otro fundamento y por eso se justifica que aquellos que colaboran con la administración queden exentos de pena. En suma, el autor estima que la instrumentalización y flexibilización del derecho es prueba de lo mismo. En SILVA (2015) pp. 1 y ss.

[265] En Chile, Hernández hace referencia a la privatización forzada del derecho penal económico, para aludir al fenómeno mediante el cual el Estada ha ido entregando a los particulares diversos deberes en relación con la prevención de delitos, realización de investigaciones internas, entrega de información al Estado respecto de operaciones que son ejecutadas por sus clientes, entre otras actuaciones. Tras ello existe una verdadera transferencia a los particulares de facultades de prevención, que siempre se entendieron radicadas en la administración. El autor agrega que las cuestiones sobre la legitimidad de realizar este traspaso de funciones, no se han manifestado tanto por la entrega de los deberes de vigilancia a los privados (más allá de los costos que esto conlleva), sino más bien los alcances que conlleva que la responsabilidad se funde en la infracción de dichos deberes. Pero, el autor considera, que hay que distinguir según la consecuencia se traduzca en responsabilidad penal para una persona física (dirigente de la empresa) del caso en que dichas infracciones conlleven responsabilidad para las entidades ficticias. En el caso de las entidades, siempre que se supere el debate en relación con que dicha responsabilidad como tal pueda ser inconstitucional, las dudas de constitucionalidad surgen en relación con las garantías procesales y penales, cuya aplicación es diversa que respecto de los seres físicos. Dado que para el

nueva composición de la sociedad, que se caracteriza por la concurrencia de diversos centros. La coexistencia de diversos sistemas funcionales, cada uno con sus ámbitos y riesgos, que si bien conllevan mayores espacios de libertad, al mismo tiempo, se traducen en más exigencias en términos de responsabilidad[266]. Una segunda razón, es la existencia de sociedades tecnificadas y especializadas, que han forzado al Estado a entregar ámbitos de su administración a los privados, asumiendo un rol de supervigilancia respecto de su funcionamiento[267]. En tercer lugar, la adopción de una metodología reflexiva por sobre el formalismo, toda vez que este último se apega más a la existencia de mandatos y de prohibiciones. De esta forma, el derecho ha cedido espacios a la autorregulación, que proporciona ámbitos de autogestión para sus destinatarios[268].

La explicación esbozada no da respuesta a la interrogante acerca de si la relación entre autorregulación regulada y el sistema de derecho penal puede considerarse legítima desde el *ius puniendi* estatal. Ello, en particular, respecto de la responsabilidad penal de las corporaciones. Los cuestionamientos derivan de la legitimidad de que el defecto de organización, generado por el incumplimiento de los deberes de supervisión y vigilancia, quede entregado al propio destinatario de la norma penal.

---

derecho constitucional, personas físicas y jurídicas no son lo mismo, entonces se comprende una aplicación diferenciada de dichas garantías. Por ello para este autor el debate constitucional en este ámbito tiene que ver más bien con la identificación de las garantías que les son aplicables. Para Hernández resulta evidente que son garantías diversas y que resulta necesario adaptar las existentes a la naturaleza de las organizaciones morales. Para el autor además existe otro argumento que permite afirmar este debilitamiento de las garantías, que se relaciona con que el conflicto penal fue pensando entre el Estado poderoso y una persona que resultaba vulnerable frente a dicho poder y, por tanto, lo único que tenía eran sus garantías. La responsabilidad penal de las personas jurídicas las ubica en un escenario distinto, porque las empresas son sujetos poderosos. Aunque finalmente el autor reconoce que las diferencias en relación con las garantías obedecen a temas objetivos. En HERNÁNDEZ (2020) pp. 23-33.

[266] GOENA (2017) pp. 208-209.

[267] GOENA (2017) p. 209.

[268] GOENA (2017) p. 209.

Como se ha expresado, la autorregulación regulada proporciona márgenes dentro de los que las entidades deben orientarse y, al mismo tiempo, la ausencia de una adecuada autorregulación es uno de los elementos que dan lugar a la responsabilidad de las agrupaciones[269]. La conducción riesgosa importa una falla en el proceso de su autorregulación o gestión de riesgos, que según el caso, determina su castigo. Ello se traduce en que la autogestión y la imperfecta conducción de riesgos se encuentran vinculadas, la primera pretende garantizar la correcta administración de la empresa en términos de sus peligros[270].

[269] Para Gómez-Jara la influencia de la autorregulación en diversos sistemas jurídicos da cuenta de una cierta evolución o avance del respectivo sistema. Mientras más complejo es el ordenamiento existe una mayor predisposición a la autorregulación regulada y con ello también adquiere más relevancia la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En GÓMEZ-JARA (2017) pp.77-78.

[270] Sobre el punto, Artaza explica que una de las justificaciones para la responsabilidad penal de las colectividades sería "fomentar su autorregulación", lo que implica depositar expectativas de comportamiento en las entidades, en relación con la prevención de los delitos. Esta posición se justifica en las características de la relación que existe actualmente entre el Estado y la empresa. Ello deviene en parte debido al poder acumulado por las empresas, pero también gracias al fenómeno de la globalización, toda vez que las empresas ya no se limitan a un territorio específico. Inclusive, muchas veces, dividen entre los Estados sus sedes dedicadas a la producción y en países distintos ubican aquellas destinadas a la administración. Una tercera razón que esgrime el autor se refiere a la tecnificación y especialización de la industria. Todo ello derivaría en que la empresa asume un rol más complejo en el proceso de regulación. De esta forma, la pena para las colectividades queda supeditada a la no adopción de mecanismos de control y de organización de sus riesgos. Pero esta estrategia no solo importa lograr mayor eficiencia en la prevención de ilícitos, sino que también se traduce en la reducción de los costos para el Estado, puesto que las corporaciones asumen el costo social de la delincuencia empresarial. Esta perspectiva se fundamenta en la utilidad que conlleva, desde la eficiencia, el transferir la responsabilidad a las empresas a través de la autorregulación, en búsqueda de un resultado más exitoso. La empresa participaría en el proceso de formación de sus reglas propias bajo el modelo del "traslado de la responsabilidad". Este sistema apunta también a motivar a los administradores respecto de la adopción de mecanismos que le permitan prevenir este tipo de comportamientos. También a los accionistas que exigirán que se adopte el sistema de *compliance* con la finalidad de disminuir los riesgos de ser sancionado penalmente. Pero el desafío se encuentra en lograr que se dé un equilibrio entre la búsqueda de beneficios económicos por parte de las

Expresado en otras palabras, son las caras opuestas de la misma moneda, toda vez que la ausencia de autorregulación se traduce en un ser defectuoso, lo que justifica la responsabilidad penal de la corporación. Como señala Nieto, la autorregulación ha sido útil para el planteamiento original del defecto de organización elaborado por Tiedemann, en tanto le ha dotado de contenido. La adecuada organización de la corporación en términos de evitar la comisión de delitos y lesión de los bienes jurídicos supone estar dotado de un buen sistema de autorregulación[271]. De esta manera el carácter defectuoso se debe a la falta o imperfecta autorregulación. Cuando este déficit está presente en una corporación, implica que no se ha dado cumplimiento al deber de vigilancia respecto de sus integrantes. Expresado en otros términos, la relación entre ésta y el derecho penal se manifiesta en que producto de la especialización y tecnificación que existe en ciertos ámbitos, la autogeneración de estándares de comportamiento o deberes de cuidado ha quedado entregada en parte al propio destinatario de la infracción, dado que para la administración estatal es imposible hacerlo, producto de que el desarrollo es acelerado, especializado y técnico. Por su parte, a través de los modelos de cumplimiento o de prevención, la empresa procura prevenir delitos o detectarlos cuando hubiesen tenido lugar. Cuando carece de programas de *compliance*, o poseyéndolos no los implementa, o cuando no adopta medidas preventivas y/o reactivas, se expone a que su deficiente autorregulación conlleve un castigo.

Por su parte, la relación entre autorregulación y derecho penal genera críticas porque la persecución criminal no debe renunciar al principio de legalidad[272], ni entregar a los

---

corporaciones y el cumplimiento de la legalidad por el otro lado y para ello el monto de las multas debe ser de un valor que implique que los costos de prevenir delitos, justifiquen de todas formas estas medidas, por sobre el pago de las multas. En ARTAZA (2013a) pp.55-58.

[271] NIETO (2008b) p. 14.

[272] En Chile, Bedecarratz ha cuestionado los programas de cumplimiento establecidos en la Ley N° 20.393 desde la perspectiva del principio de legalidad. Sobre la materia este autor considera que el Estado ha establecido modelos de autorregulación para las organizaciones con la finalidad de impedir o disminuir los riesgos de comisión de delitos por parte de personas relacionadas. Con ello la administración les ha

particulares la construcción de las infracciones o de la conducta delictiva. Esto ha sido manifestado por parte de la doctrina[273] argumentando que equivale a una privatización

transferido a los particulares el deber de organizarse y también de realizar investigaciones internas en el caso de comisión de ilícitos bajo su seno. De esta forma, el legislador chileno ha vinculado los deberes de autorregulación, o más bien su ausencia, con la aplicación de una pena. Pero esto debería importar que los modelos de autorregulación establecidos en la ley cumplan con las exigencias de la ley penal para la aplicación de una sanción. A juicio de este autor, el problema es que modelos de prevención de delitos dispuestos por el legislador chileno no cumplen con las exigencias de precisión normativa que requiere el sistema de derecho penal. La indeterminación de los modelos de cumplimiento plasmados en la Ley N° 20.393 sería entonces un problema desde la perspectiva del principio de legalidad. Esto obedece a que en el caso chileno el artículo 4 no contemplaría los requisitos mínimos que debe contener un programa de cumplimiento. La infracción a la legalidad sería en relación con la *lege certa*, que se vincula con la garantía de conocimiento de la ley penal por parte de sus destinatarios. Adicionalmente, el autor agrega que desde la perspectiva práctica también es relevante porque la falta de determinación impedirá que las entidades sepan a qué atenerse. El autor propone como soluciones a esta indeterminación las certificaciones, siempre que cumplan con ciertos requisitos y el complemento a través de la normativa infra-legal. En BEDECARRATZ (2018) pp. 208 y ss.

[273] En España, Pastor ha criticado la autorregulación porque el derecho penal no debe depender de operaciones aritméticas que determinen su eficiencia para la víctima. Los delitos importan un conflicto que es de naturaleza pública y grave, por lo que ni la víctima ni el imputado son los titulares de dicho conflicto, el Estado debe estar presente. En la medida que la autorregulación no signifique que el delito de la empresa quede liberado por la circunstancia de haber denunciado a las personas naturales que lo cometieron, la autorregulación sí puede ser muy útil para el derecho penal. No si se traduce en una privatización del conflicto, en el que el ilícito no es castigado cuando la empresa denuncia, por cuanto dicha actitud importa privatizar un conflicto público por motivos de eficiencia, lo que no es compatible con el sistema de derecho penal. En PASTOR (2006) pp. 9-12. Por su parte, Schünemann considera que el derecho penal cuando realiza una remisión a una norma técnica o regulación privada, caracterizada por ser mudable a lo largo del tiempo y que emana de los particulares, es inconstitucional. Esto afecta el mandato constitucional relativo a que el origen de las normas debe provenir del Poder Legislativo, además de no cumplir con la publicidad de las leyes, dada la insuficiente publicidad de las regulaciones que emanan de los particulares. La carta magna no puede admitir la generación o concreción de normas fuera de quienes detentan las prerrogativas públicas para hacerlo. En SCHÜNEMANN (1994) pp.318-319. Sieber considera que los programas de *compliance* conllevan la cuestión sobre la privatización de la prevención de los delitos, lo que establece desafíos para el futuro. En SIEBER (2013) p.1.

del *ius puniendi* del Estado. Este problema conduce a la cuestión relativa a la legitimidad de la autorregulación regulada desde el sistema penal. Dicha legitimidad de acuerdo a Nieto se puede analizar desde la integración del sistema penal mediante reglas técnicas que operan como complemento de normas penales y, desde su integración como criterios para configurar su deber de cuidado o garantía[274].

En cuanto a las normas de complemento, si la corporación define las normas técnicas que a su vez pueden configurar responsabilidad penal en caso de infracciones, se le entrega al destinatario de la norma penal la configuración de la conducta prohibida, lo que evidentemente se puede prestar a abusos. Ello como norma penal en blanco para la determinación de su tipicidad. Además se cuestiona que puede afectar la publicidad de la normativa técnica en tanto se dificulta su conocimiento general al ser elaborado por sus destinatarios. Este cuestionamiento en relación con las leyes penales en blanco, no se presenta en la responsabilidad penal de las personas jurídicas, por cuanto el injusto colectivo supone la infracción de una norma penal por parte de una persona física como presupuesto y un estado disfuncional de la corporación que favorezca la comisión del delito. No se trata de normas de complemento de una disposición penal en blanco, que de ser infringidas deberían dar origen a este tipo de responsabilidad. La intervención del sistema penal se produce en tanto se verifique el hecho de conexión y exista una organización defectuosa que favorezca la comisión del ilícito. A través de la autorregulación la corporación cumple con su deber de cuidado o de vigilancia en relación con la conducción de los riesgos, lo que no queda entregado a su criterio, sino que a normas estatales e internas que concretan sus deberes de cumplimiento[275].

[274] NIETO (2008c) p. 86. El mismo Nieto también ha relevado lo importante que resulta la autorregulación para determinar el cuidado con que actúa la empresa, en cuanto permite concretar los niveles de diligencia que debe tener la empresa. Los empleados confían que sus actuaciones se encuadran dentro de un estándar de diligencia que es razonable y ha sido determinado por la corporación en su normativa interna. En NIETO (2008b) p.10.

[275] Véase NIETO (2008c) p.85 y ss.

De acuerdo al principio de legalidad vigente en el sistema de derecho penal, el proceso de autorregulación debe ser legítimo desde la generación e integración de normas que lo componen. El objetivo es establecer estándares de comportamiento destinados a la prevención de delitos y la reacción adecuada cuando ya se hubieran verificado. Por ello resulta fundamental que este proceso se ampare en disposiciones legales que establezcan sus límites. Prueba de lo mencionado es la existencia de sistemas de certificación establecidos por parte de la autoridad que velan porque se cumplan las disposiciones legales generales que resultan vinculantes para la entidad. De este modo, resulta fundamental que al momento de elaboración de los modelos de prevención de delitos que se realiza durante el proceso de autorregulación, se lleve a cabo dentro de un proceso de regulación en que el Estado participa fijando marcos legales y disposiciones generales. Así el juez al momento de efectuar el reproche a la persona jurídica también determinará la infracción de los deberes de supervigilancia y dirección de acuerdo a estos estándares generales[276]. De acuerdo a este criterio, se garantiza la integridad para el sistema penal y no queda entregado a la mera construcción del particular o del destinatario de la norma[277].

[276] NIETO (2008c) p. 90.

[277] Navas destaca que se debe ser cuidadoso ante una eventual afectación del principio de legalidad. En concreto, se refiere a la conformación del injusto penal que podría configurarse con normas que emanan de un proceso de autorregulación. El mayor problema se produce cuando se afirma la tipicidad de una conducta si lo vulnerado ha sido establecido en una norma extrajurídica (norma técnica) y no en una norma jurídica. Citando a Nieto, propone dos modelos de integración de normas que emanan del proceso de autorregulación. Una primera solución que permite superar las críticas en relación con el principio de legalidad, consiste en que las normas sean revisadas por grupos sociales afectados por las normas de autorregulación participando en el proceso de creación de las mismas. Con ello se pretende dar legitimidad democrática al proceso y además sería una forma de dar contrapeso a las empresas privadas. La segunda propuesta se realiza bajo la misma administración y el proceso de creación de la norma de complemento donde la administración participa en alguna de las etapas de creación. Ello puede materializarse estableciendo las directrices para su elaboración, o con posterioridad, comprobando la eficacia de este proceso. En NAVAS (2013) pp. 124-125.

III.- ¿Cómo promover la autorregulación en la empresa?

Partiendo de lo aseverado en orden a que la responsabilidad penal de las personas jurídicas se relaciona directamente con la autorregulación, sumado a que el castigo debe ser compatible con el principio de *ultima ratio,* puesto que el derecho penal debe reservarse para las infracciones más graves que justifican la imposición de sanciones, surge la pregunta sobre cómo y bajo qué modalidades se incentiva a las agrupaciones de personas para favorecer el cumplimiento de la normativa estatal y la implementación de regulaciones internas y éticas en el marco del proceso de autorregulación.

Para responder la pregunta formulada en orden al tipo de estrategia que puede ser empleada en materia de responsabilidad penal de las corporaciones, corresponde revisar los modelos punitivos y persuasivos, con el objetivo de determinar cuál de dichos sistemas debe primar, por ser más conducente a la finalidad de la autorregulación, en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Como se indicó, la autorregulación regulada promueve que el propio destinatario, dentro de los límites proporcionados por un marco legal institucional o estatal, se organice y gestione internamente previniendo delitos. Parte fundamental de dicho proceso es dar cumplimiento a las normas generales que son vinculantes, también delimitar sus riesgos y mitigar sus potenciales efectos dañinos, procurando alcanzar estándares de cumplimiento que favorecen la prevención de eventuales delitos. De esta forma, la autorregulación se dirige principalmente al futuro, esto es, lo que la entidad debe ser, frente a lo cual se adoptan las medidas necesarias que garanticen dicho objetivo.

La autorregulación se comprende, también, desde la finalidad que se tiene en vista al momento de la creación de los seres ficticios, los que emanan del propio ordenamiento jurídico, con el objetivo de cumplir ciertas finalidades, encontrándose delimitados por

sus propios marcos jurídicos. Expresado en otros términos, son creadas por ley y en su funcionamiento deben apegarse a ella.

Para fomentar el cumplimiento normativo de las agrupaciones de personas existen dos especies o modalidades de estrategias: la punitiva (disuasiva) y la persuasiva.

La estrategia punitiva se sirve del castigo y su amenaza para que las corporaciones sean disuadidas de no volver a incurrir en nuevos ilícitos. La sanción favorece la prevención de infracciones y con ello se propende hacia el cumplimiento normativo.

La estrategia persuasiva privilegia que el proceso de cumplimiento de la ley se verifique de manera flexible, admitiendo que la entidad, durante el transcurso del proceso que conlleva su autorregulación, pueda incluso incurrir en incumplimientos normativos e ilícitos, entendiendo que el castigo debe reservarse para los casos más graves o para las reiteraciones. Esta modalidad se sirve de un método participativo en el que se involucran los regulados, especialmente durante la generación de las normas o su adopción. Se parte de la premisa de que debe alcanzarse una convergencia de los ámbitos públicos y privados. Como se ha señalado, se trata de poner a disposición del órgano sancionador un conjunto de instrumentos que pueden lograr que los regulados cooperen. De esta forma es posible elegir y además determinar la intensidad con que se aplica la medida[278].

De acuerdo al modelo persuasivo, las sanciones persiguen la finalidad de modificar el comportamiento de los destinatarios. Bajo este paradigma la persuasión es más eficaz que lo punitivo para lograr el cumplimiento de la ley.

La convergencia de ambas estrategias no es contradictoria, sino que por el contrario, ambas son sinérgicas. En este sentido, la práctica regulatoria responsiva muestra que una convivencia entre éstas permite potenciar el proceso de autorregulación. Por ejemplo, el sistema persuasivo de cumplimiento de la ley ha demostrado ser efectivo gracias a la

[278] GUILOFF y SOTO (2015) p. 101.

implementación de un modelo que contempla una pirámide escalonada de sanciones[279], en la que los casos más graves de incumplimiento quedan sometidos a sanciones penales. En este sentido, Soto ha señalado que la elección solo de lo punitivo o exclusivamente de lo persuasivo es un error, porque los regulados que se motivan exclusivamente por el sistema de la disuasión (punitivo) sacarán provecho de lo persuasivo y, por su parte, la mera aplicación del castigo desincentiva a los regulados a facilitar el proceso de regulación, puesto que se lo va a castigar de todos modos[280].

La pregunta que surge es si el derecho penal de las personas jurídicas, puede adoptar estrategias de cumplimiento de la ley o *enforcement* que admitan y privilegien lo persuasivo, pese al carácter punitivo del sistema criminal, o solo debe franquearse espacio a lo meramente sancionatorio. Detrás de esta interrogante, la cuestión principal, es el por qué se cumple la ley, o expresado en otros términos, qué es lo que lleva a que las entidades se autogestionen, como evidentemente tiene en vista el legislador de la Ley N° 20.393[281].

Las mayores dificultades emanan desde la teoría del delito que, por esencia, es punitiva, lo que en principio podría llevar a descartar cualquier aproximación que se encuentre fuera de estos márgenes. No obstante, de acuerdo a lo analizado, es plausible identificar la existencia de espacios no punitivos, flexibles o discrecionales al interior del sistema de justicia criminal. Junto con ello corresponde indagar, además, sobre la posible interpretación de algunas disposiciones en clave no punitiva −o más bien persuasiva− y

[279] BRAITHWAITE (1985) p. 1 y ss., y BRAITHWAITE (2002) pp. 1 y ss.

[280] En SOTO (2016) p.197.

[281] Lo persuasivo al interactuar con el regulado favorece que el destinatario comprenda de mejor manera el proceso regulatorio. En este sentido Baldwin indica que las reglas no funcionan cuando aquellos que quieren cumplir realmente no comprenden lo que significa este proceso, o no son informados o estimulados para hacerlo. Una buena regulación demanda participación e involucramiento de parte del regulado. El autor agrega que existe un sin número de razones que pueden explicar por qué un legislador no sabe cómo acercarse al destinatario de la norma. En BALDWIN (1990) pp. 336-337.

si ello resulta ser coherente con la finalidad de la pena, particularmente en el caso de los delitos cometidos por las organizaciones.

La experiencia acumulada en la materia en el derecho administrativo[282] es muy ilustrativa para evidenciar los términos del problema enunciado. Ello porque hace varias décadas se estudia la relación entre autonomía y responsividad, concretamente en relación con la efectividad de la aplicación de la ley. En este ámbito la doctrina utiliza la nomenclatura de derecho administrativo de luz roja y verde. Lo primero se refiere al control de la legalidad y discrecionalidad de los órganos administrativos. Lo segundo, se dirige a la eficacia de la regulación y servicio público[283].

El derecho administrativo de luz roja se afirma en el principio de legalidad. Se trata de la primacía de las normas por sobre la arbitrariedad de las autoridades, la ley como expresión de voluntad soberana evita que el gobierno dependa de decisiones caprichosas[284]. Ello determina que el poder se ejerza a través del derecho, que es un sistema autónomo que corresponde a abogados (técnicos). De esta forma el respeto por las garantías de los individuos queda sujeta a las leyes, no a decisiones individuales o colectivas que podrían variar según las circunstancias. La autonomía del derecho pretende garantizar la aplicación e interpretación de la ley por quienes tengan entregada

[282] Soto indica que desde la perspectiva del derecho administrativo el concepto de efectividad de la legislación es de suma relevancia, toda vez que ésta debe ser capaz de cumplir el objetivo que se tuvo en vista al momento de ser creado. Esto también se relaciona con el cumplimiento de los fines por los que se estableció una determinada política pública. Una de las herramientas que colaboran con la eficacia de la regulación pública, son las sanciones administrativas. En este sentido Soto hace ver la existencia de "una aproximación funcionalista del derecho público", pero junto con ello, también se incorpora una "regulación responsiva". Lo propio de la responsividad, de acuerdo a este autor, consiste en que la autoridad sea capaz de acercarse y adaptarse a los destinatarios de dicha regulación. En SOTO (2016) pp.189-190

[283] MONTT (2010) pp.2 y ss.

[284] MONTT (2010) p. 3.

esta potestad. Los conflictos legales se resuelven con normas y principios, las lagunas legales con la ayuda de la dogmática jurídica[285].

Las dificultades para la autonomía del derecho se producen por la existencia de ámbitos de discrecionalidad. La sujeción a la ley no proporciona las respuestas para los espacios donde existe discreción para actuar. Para parte de la doctrina administrativista, la formalidad del sistema autónomo no habría sido capaz de mantener el paradigma de la legalidad. Incluso se ha instado por el establecimiento de respuestas únicas para la resolución de ciertos conflictos que pueden presentarse. Esto, siempre bajo la finalidad de reducir la discrecionalidad[286].

Las críticas a la autonomía del derecho han permitido que la doctrina también abogue por el reconocimiento de ámbitos más flexibles o responsivos en el derecho administrativo, lo que es justificado por la necesidad de solucionar conflictos que se derivan de la evolución que experimenta la sociedad[287]. El asumir la responsividad permite que el derecho considere aspectos no legales, como lo económico y social. Esta vertiente alude a un derecho administrativo de luz verde, que se mantiene fuera del ámbito del control judicial y se basa en alternativas a éste. Su objetivo es otorgar un buen servicio público, por ello resulta relevante la consideración a la sociedad. Esta posición no renuncia al principio de legalidad, se trata más bien de incorporar flexibilidad en ciertas áreas. Un ámbito en el que se manifiesta es en la capacidad de controlar y acotar el poder discrecional de los órganos de la administración. Para estos efectos es fundamental el proceso de formación de la voluntad administrativa, para ello se pretende reglamentar los poderes de la administración a través de una lógica responsiva[288].

[285] MONTT (2010) p.4-5.

[286] MONTT (2010) pp. 4 y ss.

[287] MONTT (2010) pp. 9 y ss.

[288] MONTT (2010) pp. 9 y ss.

Esta materia está estrechamente vinculada con la idea de eficacia. El derecho administrativo persigue ser eficaz al momento de establecer una determinada política pública, que conduce a la sociedad en una dirección preestablecida. La virtud de la estrategia responsiva, que alterna lo punitivo y persuasivo, es que permitiría establecer una política reguladora que se encuentra en consonancia con el ámbito regulado. Existe una consideración a los destinatarios de la acción reguladora, en términos tales que se consideran sus características y finalidades. Esto permite establecer estrategias diferenciadas según el sector concreto que está siendo afectado por la actividad reguladora. La responsividad no define reglas fijas para uno u otro sector, se trata del establecimiento de medidas que van a depender del destinatario, su cultura, la manera en que ha funcionado. Todo esto en relación con el momento actual en el que se está desarrollando. En definitiva, el éxito de la estrategia dependerá de que efectivamente se logre el cumplimiento que se persigue a través de la autorregulación.

Por su parte, el derecho penal tradicionalmente ha sido considerado como un ejemplo claro de autonomía o sistema de luz roja. Los jueces se encuentran sujetos al principio de legalidad. La dogmática se reserva para la solución de los vacíos que puedan surgir, con ello se proporciona seguridad al ciudadano puesto que sus garantías serán respetadas por el Estado, en el ejercicio del derecho a castigar. La autorregulación de las corporaciones motivada por la amenaza de aplicar sanciones es una clara expresión del aspecto punitivo, propio del sistema de derecho penal. En cambio, las estrategias persuasivas, son propias de un sistema de luz verde y, pueden ser consideradas *prima facie* como un cuerpo extraño para el sistema criminal. Por este motivo resulta fundamental revisar la contribución que la persuasión puede conllevar para la adecuada autorregulación. Para estos efectos se revisará el rol que ha estado cumpliendo hasta este momento.

Indagar acerca de la primacía de lo persuasivo por sobre lo punitivo en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, confirma que este tipo de responsabilidad penal posee sus atributos propios y diversos de los que concurren

respecto de la responsabilidad de los seres físicos. Especialmente en relación con el criterio de eficiencia antes aludido, puesto que en esta materia el castigo está dotado de un fuerte componente utilitario, por sobre otras finalidades que son esenciales para el sistema de derecho penal antropocéntrico.

En suma, la coexistencia de lo punitivo y persuasivo resulta ser efectivo para alcanzar buenos estándares de cumplimiento normativo. Las estrategias responsivas se basan en la idea del "garrote y de la zanahoria", lo que supone resolver el caso de acuerdo a sus dinámicas y particularidades, alternando castigo y persuasión. Todo ello con la finalidad de garantizar una adecuada autorregulación.

III.1.- Estrategias para el cumplimiento de la ley: punitivas y persuasivas

Como cuestión previa al estudio de las estrategias punitivas y persuasivas para alcanzar la autorregulación de las agrupaciones de personas, conviene tener presente los modelos de atribución de responsabilidad penal, que existen en los diversos sistemas legislativos adoptados por los Estados que han reconocido a las entidades como sujetos activos de delitos.

El establecimiento de sanciones para las personas jurídicas en los códigos penales o leyes especiales adoptadas por diversos Estados son, en parte, consecuencias de una política punitiva. Los modelos para atribuir responsabilidad difieren de una legislación a otra, siendo tres los reconocidos por la doctrina: sistema vicarial, de culpabilidad propia o mixto[289]. A su vez, el castigo puede ser de naturaleza penal o administrativa.

[289] NIETO (2008c) p. 94 y ss. Sobre los modelos véase SILVA (2002) pp. 321-327, y en derecho común el trabajo de ARLEN y KRAAKMAN (1997) p. 687 y ss.

El modelo de responsabilidad vicarial o de transferencia de responsabilidad, se caracteriza por utilizar estructuras de imputación propias del derecho civil. La empresa responde por las actuaciones que son realizadas por ciertos miembros de la organización. Se trata de una responsabilidad de naturaleza estricta (*strict liability*). Constatada la responsabilidad de la persona natural, y siempre que el acto se hubiera realizado en beneficio de la empresa, sumados a otros requisitos, se transfiere la responsabilidad del agente a la colectividad sin que esta última pueda exonerarse. En todo caso, se trata de una responsabilidad cumulativa porque la persona física también será sancionada por el tipo penal realizado por ella.

Dentro del sistema vicario a su vez, existen dos vertientes, la de origen británico o *identification theory* y la vicarial. De acuerdo a esta última los requisitos que deben concurrir son: la existencia de un delito cometido por un miembro de la empresa, realizado dentro del ámbito de sus funciones y con el objetivo de generar un beneficio para la persona jurídica. Por su parte, la doctrina partidaria de la identificación solamente exige la concurrencia de los dos primeros elementos y considera que exclusivamente sus dirigentes son idóneos para transferir responsabilidad a la entidad[290].

Las exigencias de los sistemas vicariales en ambos casos son ampliamente discutidas, por lo que su simpleza en relación con los sistemas de culpabilidad de la empresa es solamente aparente[291].

---

[290] NIETO (2008a) p. 88 y ss.

[291] Ambas vertientes se caracterizan por la transferencia de responsabilidad a las personas jurídicas a partir de un hecho realizado por un agente de la misma. Es relevante determinar quiénes son agentes o qué tipo de funcionario o cargo posee para vincularla. El sistema de identificación es considerado más exhaustivo que el modelo vicarial, al exigir que la persona natural ejerza algún cargo directivo al interior de la institución. Esto se ha puesto de manifiesto en la conocida sentencia *TESCO SUPERMARKETS LTDA. V. NATTRASS* de 1972, en la que se hace referencia a los administradores y directores de la empresa, los que representan la mente y voluntad de la corporación, por oposición a otros trabajadores que actúan de acuerdo a las órdenes de otros. La teoría de la identificación es la utilizada en el sistema británico y

A su turno, el modelo de culpabilidad de la empresa desecha la idea de transferencia de responsabilidad y persigue la determinación de una culpabilidad propia o un principio legitimador que justifique el castigo. Junto con ello, esta teoría reacciona frente a las críticas que se formulan respecto de la responsabilidad estricta del sistema vicario, en el que la empresa no puede acreditar que desplegó actividades para evitar la comisión de delitos, por ello bajo este modelo, la entidad quedará liberada del castigo en la medida que se hubiese conducido gestionando adecuadamente los riesgos que derivan de su actividad. En el caso del modelo de culpabilidad propia se debe diferenciar la contribución realizada por el ser físico de la que proviene de la persona jurídica.

El tercer modelo es el mixto o de determinación de la pena, que se caracteriza por adoptar aspectos del sistema vicarial y del de culpabilidad[292]. Caso paradigmático lo constituye el norteamericano contemplado en las S*entencing Guidelines for*

---

también en ciertas áreas del derecho penal norteamericano (sistema estatal respecto de aquellos Estados que han adoptado el sistema del Penal Code, a nivel federal rige el sistema vicarial). El sistema de Reino Unido se considera más exigente que el de los Estados norteamericanos que adhieren al Penal Code. En el primer caso, se exige que el delito sea realizado de propia mano debiendo constatarse en esa persona el elemento subjetivo del delito. Adicionalmente, en relación con el agente, debe ser identificado con su grado de responsabilidad. Este problema de identificación, que se desglosa en dos hipótesis, lo primero es que realmente exista una dificultad de identificación ya que se sabe que ha acontecido un delito pero se desconoce quién lo realizó y la segunda situación se manifiesta como un problema respecto de la culpabilidad, ya que por distintos motivos es posible que el agente carezca de responsabilidad penal (obró en virtud de un error de prohibición, etc.) A este respecto, algunos sistemas exigen que se determine que ha existido un delito sin que sea necesario la identificación precisa de quien lo ejecutó. El segundo problema es más complejo, y por ello la ley italiana, por ejemplo, ha señalado que procede esta responsabilidad aun cuando la persona natural no sea imputable. Por su parte, en EE. UU. se ha utilizado el concepto del conocimiento colectivo en el que el dolo es la suma de los conocimientos particulares de diversos agentes. En relación con el requisito que exige que el acto se incardine dentro de los fines de la empresa y finalmente que éste se realice en beneficio de ésta, en la actualidad no es necesario que éste sea objetivo exclusivo del agente ni tampoco que deba acreditarse un beneficio concreto. En NIETO (2008a) pp. 89-101.

[292] NIETO (2008a) p. 177 y ss.

Organizational Offenders o Directrices para la determinación de la pena de las organizaciones[293], originalmente creadas en 1991[294]. Se trata de un conjunto de directrices para los jueces, de carácter no vinculante. Su propósito es auxiliarlo en la determinación de la pena. De acuerdo a esta guía, el juez con posterioridad a consignar la culpabilidad de la organización, de conformidad al sistema vicarial de imputación, al momento de la determinación de la pena puede agravar o atenuar dicha responsabilidad. Para estos efectos considera el comportamiento desplegado antes, durante y con posterioridad a la comisión del delito[295].

III.2.- Estrategias punitivas: modelo económico y estructural

De acuerdo a las estrategias punitivas, para lograr el cumplimiento de la ley el castigo de las corporaciones es la herramienta, ya que gracias a la sanción se logra el objetivo de motivar su autorregulación disuadiéndolas de no cometer delitos. Las sanciones que se seleccionan responden a criterios de disuasión (*deterrence)* sobre la base de un análisis económico de las ganancias y pérdidas que les reporta el delito. A su vez, dentro de las herramientas punitivas se identifican dos sub grupos: 1.- El modelo económico que enfatiza la racionalidad del cálculo económico que significa incurrir en el delito y 2.- El

[293] Estas directrices son elaboradas por la *United State Sentencing Comission*, la cual forma parte del Poder Ejecutivo. De carácter independiente, su misión es establecer directrices para dictar sentencias para las cortes federales; asistir al gobierno y al congreso en la elaboración de políticas criminales, y recolectar, analizar e investigar información sobre los crímenes federales y las sentencias, la cual queda a disposición del gobierno, del poder judicial de la academia y del público en general. En http://www.ussc.gov/about.

[294] Estas fueron modificadas durante el año 1988 y posteriormente durante el año 2003, después de la conmoción pública originada por casos como Enron. Una revisión de las *Sentencing guidelines for organizations*, su aplicación y efectividad, se puede encontrar en MURPHY (2002).

[295] ZYSMAN (2013) pp.161-173.

modelo estructural que pretende dar respuesta a las críticas formuladas al primero, instando por la búsqueda de sanciones que permitan resolver algunas dificultades que derivan de la aplicación de las multas.

Para una mejor comprensión de este tema, y dado que el debate se ha verificado principalmente en Estados Unidos de Norteamérica, conviene revisar las discusiones que se han producido en dicho país en relación con la determinación del castigo que resultaría más conducente para la autorregulación.

Para parte de la doctrina anglosajona, el castigo se fundamenta en el *Deterrence* o prevención general negativa. Su fundamento se relaciona con el efecto de disuasión que conlleva la amenaza de sanción. Esta doctrina asume que las personas jurídicas imputadas son sujetos racionales que van a responder sensiblemente frente a incentivos o desincentivos de orden económico. Se parte de la premisa de que las colectividades actúan motivadas por una finalidad de lucro, instando por la obtención del mayor provecho posible. Sus decisiones se adoptan como consecuencia de un cálculo económico, vale decir, un razonamiento objetivo que analiza los costos y los beneficios. Esto sería una diferencia con las personas físicas que son afectadas en sus emociones, lo que puede dar origen a decisiones impulsivas o no racionales[296]. A partir de esta breve exposición queda de manifiesto una de las críticas que se formula en contra de las herramientas punitivas, esto es, que si todo se vincula con un cálculo monetario, entonces el derecho civil a través de la pena de multa podría lograr el mismo efecto disuasivo.

La doctrina anglosajona acepta, en menor medida, la retribución como finalidad de la pena respecto de los delitos cometidos por las agrupaciones de personas, esto debido a su contenido moral. Por su parte, para el retribucionismo el castigo derivado del delito o por el actuar indebido, se debe imponer siempre y sin consideración a finalidades utilitarias. Esta afirmación supone cierto componente moral que no es predicable

[296] BAUCELLS (2013) pp. 179-180.

respecto de los seres ficticios. No obstante, algunos autores como Friedman, afirman que sí es posible aludir al retribucionismo respecto de los seres colectivos, en tanto ellos son entidades diversas de los seres físicos, siendo posible identificar atributos propios, como la capacidad de expresar juicios morales que pueden ser completamente distintos de los juicios que se realizan por sus miembros[297]. También Minzner considera que lo retributivo está presente en el castigo a las corporaciones. La sanción no es mero consecuencialismo, también existe en consideración a los criterios retribucionistas, porque el imputado lo merece[298].

Dentro de la estrategia punitiva otros autores fundamentan el castigo contra las organizaciones en la prevención general positiva. El castigo favorece la retribución comunicativa o colabora con el restablecimiento comunicativo de la norma al reforzar la fidelidad al derecho. Lo anterior, se debe a que la sanción promueve el desarrollo de la autorregulación de la corporación, robusteciendo la creación y conservación de un sistema fiel al ordenamiento jurídico[299].

Lo común a todos los sistemas punitivos en materia de entidades ficticias, independiente de la finalidad preventiva o retributiva que se le atribuya, es que la autorregulación regulada se concreta en la medida que las conductas ilícitas sean amenazadas con la aplicación de una pena. Desde este paradigma se debe analizar si el castigo y las concretas sanciones que pueden ser dirigidas contra los seres morales, son funcionales a dicha finalidad.

Al igual que respecto de los seres físicos, las penas que se aplican contra las entidades colectivas deben ser proporcionales a la infracción realizada. La pena debe ser adecuada

[297] FRIEDMAN (2000) pp.834 y ss.

[298] En MINZNER (2012) pp.853 y ss.

[299] Se critica que no sea posible demostrar que la autorreferencialidad de ciertas agrupaciones de personas pueda asimilarse a la complejidad de la mente humana. Por ello se señala que el objetivo es más de índole preventiva integradora respecto del sistema jurídico. En BAUCELLS (2013) pp. 177-178.

al delito o *fit in the crime*. Si es demasiado severa comparada con la infracción, los jueces tenderán a no aplicarla y si no es lo suficientemente gravosa las corporaciones no se verán disuadidas de no cometer el hecho nuevamente. Adicionalmente debe determinarse cuál o cuáles sanciones son las que se corresponden con los fines del derecho penal[300].

La discusión sobre las sanciones concretas que sean adecuadas a los delitos colectivos se encuentra en pleno desarrollo. Queda claro que por las particularidades de la responsabilidad colectiva, no es posible simplemente trasladar las discusiones y conclusiones que se han dado en el ámbito del sistema antropocéntrico. Por otra parte, respecto de las organizaciones, la identificación de aquellas que sean conducentes a su autorregulación es fundamental para su eficacia, si lo que se persigue con ella es promover su proceso de regulación interna. Este problema no es menor dado que la sanción tradicional del sistema penal antropocéntrico es la privación de libertad, la que obviamente no es posible de aplicar contra estos seres ficticios. Desde aquí surge la primera dificultad, en orden a determinar cuáles penas pueden serles aplicadas y si es necesario establecer algunas específicas para ellas.

La pena de multa, que usualmente se contempla como sanción aplicable a las personas jurídicas, está incluida en los códigos penales o leyes especiales de diversos países respecto de los seres físicos. Ésta se caracteriza por ser especialmente aplicada en el caso de los delitos de bagatela, habiendo desplazado en algunos casos a la privación de libertad[301]. En este contexto, en primera instancia, en el sistema de derecho común y después en el de raigambre europea, se ha producido una conocida discusión en torno al castigo y a la eficacia de las penas, especialmente respecto de la multa. Este debate ha dado lugar a dos modelos: el económico y el estructural. Para el primero la multa es considerada como una medida de coerción externa que tiende a la promoción de su autorregulación logrando superar los defectos de organización. Este sistema se basa en

[300] MCADAMS (1977) pp. 989 y 990.

[301] DE VICENTE (1999) p. 232.

un control externo de la persona jurídica. El segundo modelo, que se origina en las críticas realizadas contra la pena de multa, se basa en un sistema de control interno que pretende intervenir en la organización propia de la entidad[302].

Para ilustrar el alcance de los subsistemas, estructural y económico, en lo que sigue se revisarán los aspectos principales de cada uno.

III.2.a. Modelo económico

Debido a la ausencia de una corporeidad que permita la aplicación de penas privativas de libertad, la multa sería la sanción propicia para castigar a las agrupaciones de personas. Más aún, esta sanción puede resultar muy eficaz cuando se está ante entidades que posean patrimonios importantes para responder por los ilícitos cometidos. Por ello las legislaciones de diversos países contemplan el castigo pecuniario dentro de su catálogo de penas. No obstante sus ventajas, desde la doctrina, se formula la pregunta en orden a si la pena patrimonial desincentiva realmente la comisión de nuevos delitos, motivando la autorregulación de las corporaciones.

Para el modelo económico que se basa en la metodología de análisis del derecho denominada *Law and Economics,* la pena de multa es la sanción óptima. Esta afirmación ha sido planteada en el conocido trabajo de Becker, considerado un estudio imprescindible en el ámbito del análisis económico del crimen y el castigo[303]. De acuerdo al planteamiento clásico de esta metodología, existe un costo por delinquir. El delincuente es un ser racional que al igual que cualquier persona toma una elección en relación con los costos y beneficios de cometer el ilícito. Algunas personas cometen delitos no porque sean diferentes respecto de los que no lo hacen, sino porque sus costos

[302] SILVA (2012) p. 30.

[303] En dicho trabajo el autor refiere que esta metodología no es del todo novedosa dado que en el siglo XVIII y XIX, este tipo de análisis estuvo presente en autores como Beccaria y Bentham. BECKER (1974) p.45.

y beneficios son distintos[304]. No existen diferencias entre el delincuente y el que no lo es, todas las personas tienden a adoptar decisiones que maximizan los beneficios. El infractor cometerá la falta siempre que el beneficio de usar su tiempo y su capacidad en el delito sea superior al que obtendría con una actividad legal, o le reporte mayores beneficios que los perjuicios que eventualmente le puede generar la imposición de la pena. Dentro de los elementos que se consideran se encuentra el poder ser aprehendido, la pena asignada al delito y lo que se obtiene con la infracción.

Para la teoría sobre Análisis Económico del Derecho, como se indicó, la sanción óptima es la multa porque permite una transferencia pura, al poder calcular los costos del delito y porque éstos, al momento de la condena, pueden ser traspasados al infractor. De esta forma el propio delincuente lo asume. Por este motivo, la multa debe ser lo suficientemente alta para cubrir los costos que la infracción originó. La sanción pecuniaria óptima sería, entonces, aquella que por sus costos determina que se cometan cero infracciones[305]. Las restantes sanciones no permiten traspasar todo su valor al delincuente, porque los ilícitos si bien afectan al infractor también lo hacen respecto de la sociedad[306]. Otra ventaja es que su ejecución es relativamente sencilla. Además, en el caso de las víctimas, las multas presentan la virtud de que permiten reparar los daños causados respecto de la comisión de ciertos tipos de delitos, logrando, según el caso, volver al estado previo al momento de la realización del hecho[307].

[304] BECKER (1974) p. 9.

[305] BECKER (1974) pp. 25-26.

[306] Se pone como ejemplo el caso de las prisiones en las que el Estado debe asumir los costos de la manutención de los privados de libertad, los guardias, vale decir, del sistema carcelario en general. De ello se deriva que el costo del castigo equivale al costo de los delincuentes más el costo o menos la ganancia de las demás personas. BECKER (1974) pp. 12 y 13.

[307] BECKER (1974) pp. 28 y 29.

El modelo económico aplicado a las corporaciones[308] asume que éstas son infractores racionales. La racionalidad económica descrita es especialmente aplicable respecto de aquellas entidades que se han constituido con el objetivo de obtener ventajas pecuniarias de su actividad. Las acciones que se adoptan obedecen a la idea de lograr el mayor provecho posible incurriendo en el menor gasto. La finalidad de sus actuaciones es el ánimo de lucro, su motivación no es pasional, sino económica[309]. La pena debe lograr el objetivo de disuadir (*deterrence* o prevención general negativa) que no cometan el delito. La disuasión depende de que el monto de la multa sea más alto que la ganancia que le reportaría incurrir en la infracción. La amenaza de la sanción pecuniaria produce un efecto de intimidación que se traduce en una mejor autorregulación[310]. Esta racionalidad económica es más factible en el contexto de los delitos económicos, que respecto de otros ilícitos que involucran la afectación de otros bienes jurídicos.

En apoyo del modelo económico, tanto en sistemas de imputación vicarial como de culpabilidad propia, la normativa expresamente dispone que el delito deba verificarse en beneficio de la persona jurídica, lo que se traduce en una ventaja económica[311] resultante a su favor. Aunque el legislador no ha regulado que este interés deba ser superior al eventual costo que trae aparejada la realización del hecho punible, la mención sobre la ventaja pone de manifiesto que se toma en consideración el factor económico para la

[308] Becker en su estudio no hacía referencia a la corporación, sí lo hizo Posner. Para este autor el objetivo de la pena es incentivar a los miembros de las personas jurídicas para que se comporten adecuadamente. Las agrupaciones de personas incurren en delitos debido a un análisis racional. Por este motivo, cuando se la intimida con un delito en el que su *expected punishment cost* (costo esperable del castigo) resulta equivalente al beneficio que podría obtenerse con la comisión del delito, la empresa no lo hará. La pena con que se castigan los delitos es la multa y para Posner no es claro que ésta deba tener una naturaleza penal. Para él, el sistema penal tiene sentido cuando los costos de cometer el delito sobrepasan la mera devolución de estos costos al Estado. En POSNER (1980) pp.

[309] BAUCELLS (2013) pp. 179-180.

[310] NIETO (2008c) p. 98.

[311] Aunque la doctrina reconoce que el beneficio también puede ser de naturaleza no económica como por ejemplo en lo relativo a su honor.

configuración de la responsabilidad penal colectiva, por cuanto éste ha sido un elemento relevante para condicionar el comportamiento de la persona jurídica[312].

Algunas de las evidentes virtudes del modelo económico, a la hora de determinar la sanción óptima para las agrupaciones de personas, es la facilidad que franquea la pena de multa para la autoridad encargada de aplicarla, en comparación con las sanciones interdictivas; el hecho que permitan a la empresa continuar a cargo de su administración; la posibilidad de generar fondos para la persecución de otros delitos; su económica ejecución, entre otras[313].

No obstante la racionalidad del sistema, el modelo económico ha sido objeto de diversas críticas. Una de ellas se refiere a que no es posible afirmar que frente al delito concurra exclusivamente un cálculo de sus ventajas y desventajas, también se consideran otros factores que escapan a lo meramente económico[314]. Incluso estudios afirman que algunas de las decisiones que se adoptan escapan a la lógica[315]. Un ejemplo lo proporcionan los delitos culposos en los que más que un cálculo sobre el comportamiento, opera una administración poco diligente que favorece la realización de ilícitos o, el cuándo el delito se origina en un defecto de organización originado en la ignorancia o de la incapacidad del ente para organizarse en concordancia a la normativa[316]. También se ha señalado que la lógica económica antes descrita, más que inducirlos a verse disuadidos de no infringir la ley, producen el efecto contrario ya que para maximizar los beneficios incurren en infracciones[317]. En contra de este último argumento, es posible argüir que si lo que está en juego es la maximización de los

[312] El artículo 3 de la Ley N° 20.393 expresamente dispone que el hecho debe ser realizado en interés o provecho de la persona jurídica.

[313] FISSE (1983) p.1215.

[314] SILVA (1996) pp. 97-106.

[315] Véase THALER (2016) pp. 177 y ss.

[316] FARALDO (2016) p.9.

[317] Felber en su "Economía del bien común" citado por Baucells. De acuerdo a estos estudios debe primar el bien común y la cooperación por sobre lo meramente economicista.

beneficios, entonces sería correcto afirmar que la amenaza de una pena económica puede promover un cambio en su conducta con el objeto de evitar verse expuesto a pagar una multa que sea contraria a sus intereses (*deterrence*)[318].

Las principales críticas contra el modelo económico se dirigen respecto de la poca efectividad e injusticia de la pena de multa. En primer lugar, las multas no lograrían satisfacer las finalidades ni de la disuasión ni de la retribución, porque no influyen sobre los aspectos no monetarios de la empresa. Tampoco existiría certeza de que la multa produzca el efecto de revisión interna de sus políticas. Las corporaciones no asumen obligaciones adicionales que tiendan a una corrección de los procedimientos internos, por lo que es posible que en la práctica se traduzca en el pago de un precio por la comisión de delitos[319]. En este último caso, la pena de multa deja de ser disuasiva configurándose en un gasto para el delincuente económico, ya que para él se trataría de una capitalización de su infracción, la que con posterioridad incluirá en sus costos y probablemente será traspasada a los consumidores[320].

La determinación de la multa óptima genera dificultades, dado que debe encontrarse un equilibrio, toda vez que debe ser lo suficientemente disuasiva, sin producir demasiadas externalidades negativas, tanto internas y externas. Una crítica recurrente en este sentido es la *Deterrence Trap o* trampa de disuasión[321]. Ésta se verifica cuando la corporación carece de suficientes recursos para pagar las multas impuestas, debido a los altos montos que involucran. En este caso, si bien teóricamente éstas servirían para lograr el efecto disuasivo, en la práctica conducirían a su insolvencia[322].

[318] BAUCELLS (2013) pp. 179-180.

[319] FISSE (1983) p.1217.

[320] DE VICENTE MARTÍNEZ (1999) p. 232.

[321] Concepto creado por COFFEE (1981) p. 389 y ss.

[322] FISSE (1983) pp.1217-1218.

Otro de los efectos perniciosos que puede traer aparejada esta sanción es el *Overspill*, que se produce cuando la multa afecta, desde un doble punto de vista, a personas inocentes o partes menos culpables. En este sentido, en primer término los costos que generan se internalizan como pérdidas que afectan a los accionistas[323] que son inocentes (*spillovers of fines*). En segundo lugar, las multas pueden trasladarse también a los empleados que no están en la administración de la empresa y a los consumidores. El *Overspill* afecta a personas que están en una posición que les impide evaluar los riesgos de las acciones de la empresa. Se refiere a la incidencia de aplicar multas penales a las corporaciones o el efecto de las multas que abarcan a personas que no pueden ser catalogadas como culpables. Las víctimas de estas externalidades, en primer término, son los accionistas que ven reducido el valor de sus acciones; los tenedores de bonos también se ven afectados y la actividad empresarial se hace más riesgosa respecto de ellos. Esto no obstante, al menos en el caso de los accionistas, genera una situación que es mejor que la de otras personas, ya que ellos se beneficiaron con el enriquecimiento de la institución. Un ejemplo de personas inocentes que pueden verse afectadas son los trabajadores, que pueden perder su fuente de trabajo producto de las consecuencias que genera la multa para la empresa. También existen perjuicios para los consumidores, debido a que la sanción pecuniaria se traduce en precios más altos[324]. Respecto de este último efecto se ha señalado que para las corporaciones no es tan sencillo elevar los precios de los productos, dado que ellos operan en mercados competitivos por lo que las variaciones en los valores de los productos podrían afectar el comercio de esos bienes[325].

[323] En contra de este criterio se ha señalado que en los accionistas recae la decisión de nombrar a los directores, lo que les da cierto ámbito de control. Pero tampoco resulta sencillo controlar la actuación de éstos. Además, los mismos accionistas que se pueden ver perjudicados por el pago de una multa por una infracción cometida por la persona jurídica, también se pueden ver beneficiados por una ganancia indebida derivada de un ilícito. En MCADAMS (1977) p. 994.

[324] FISSE (1983) p.1219. Se ha denominado esta situación como el problema de las externalidades. En COFFEE (1981) pp.400-403.

[325] TIEDEMANN (1985) pp.169-170

Si bien la doctrina sostiene que las penas deben ser altas para lograr el efecto disuasorio, una eventual consecuencia de aplicar una excesivamente onerosa, es que de su imposición se derive la insolvencia de la empresa. De ocurrir esta circunstancia la pena de multa no es eficaz, considerando que en este supuesto desaparece el efecto intimidatorio dando lugar a uno inocuizador. A lo anterior se adiciona la valoración que realizan los jueces respecto de su impacto en la economía de la empresa y de terceros. La judicatura valora cómo la aplicación de multas puede afectar a trabajadores o acreedores, lo que en algunos casos da lugar a la *nullification,* que se trata de un fenómeno que tiene lugar cuando los magistrados se niegan a imponer penas pecuniarias que puedan producir estos efectos[326].

Otro posible efecto perverso concurre cuando la corporación inocente, antes de la dictación de la sentencia, para evitar la condena y el juicio, negocia una multa más baja que no la exponga al riesgo de insolvencia y cierre. Esto acontece respecto de instituciones que no pueden soportar la duración de un procedimiento judicial, por lo que prefieren optar por un acuerdo que les permite poner término a esta incertidumbre[327].

De las ventajas y desventajas de la multa se evidencia que, si bien en principio se trata de una pena adecuada a los fines de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, también puede generar consecuencias que anulan este efecto o lo morigeran afectando su eficacia. Estas consideraciones deben tenerse presente al momento de valorar las estrategias para el cumplimiento de la ley en esta materia. El desafío a este respecto consiste en delimitar esta sanción de tal forma que sea posible cumplir con los fines del sistema penal colectivo.

En suma, esta pena debe ser lo suficientemente alta para disuadir la comisión de los delitos, dado que si se fija en un monto bajo carecerá de la aptitud para motivar la

[326] NIETO (2008c) p. 98.

[327] COFFEE (1981) pp.402-403.

autorregulación de los destinatarios. Por otra parte, si se establece en un monto muy elevado podría dar lugar a alguno de los efectos indeseados ya revisados, los que a la postre, podrían anular sus ventajas. Por estos motivos y frente a las dificultades que presenta la pena de multa, la doctrina propone soluciones y alternativas. Debiendo revisarse cómo y bajo qué condiciones debe aplicarse. En este contexto surgen elementos que postulan flexibilidad, consideración al beneficio obtenido o al patrimonio del sujeto activo, entre otros muchos, que se analizarán en el capítulo sobre la legislación vigente en Chile.

Una de las corrientes que reacciona frente a las desventajas que puede presentar la pena pecuniaria, es el ya anunciado sistema estructural que se revisa a continuación.

III.2.b. Modelo estructural

El sistema estructural parte de la misma premisa que asume el modelo económico, esto es, que las sanciones que se aplican contra las corporaciones deben promover su autorregulación. Su fundamento también es de índole utilitarista, pero orientada a proporcionar respuestas más realistas.

Se origina en las críticas y desventajas que conlleva la pena de multa. En este modelo se proponen otros tipos de sanciones, que no produzcan los efectos negativos reseñados y que además tiendan a perfeccionar la actuación de las agrupaciones de personas y de su administración. Se trata de una mirada interna, hacia la estructura misma de la entidad.

La correcta gestión interna será alcanzada si existe colaboración desde fuera de la corporación, es decir, mediante una intervención judicial o externa[328]. La intervención se justifica porque no se está ante una entidad racional, a diferencia de lo que consideran los partidarios del modelo económico. Por este motivo, la determinación de las acciones

[328] NIETO (2008a) p. 184.

que deben adoptarse para mejorar su organización debe provenir desde el exterior de la corporación. Dentro de las sanciones estructurales se encuentra la *probation* y la intervención judicial. También para algunos autores, deben incluirse medidas tales como la publicación de la sentencia, la *equity fine* y en general las sanciones interdictivas[329].

En lo que sigue, se realizará una breve descripción y análisis de las medidas que son promovidas por los partidarios del sistema estructural.

Corporate Probation

El origen del sistema estructural se encuentra en la aplicación de la *probation*[330] ajustada a las personas jurídicas, la que recibe el nombre de *corporate probation*. Los primeros casos son de los años mil novecientos setenta, cuando algunos jueces norteamericanos comienzan a aplicarla pese a que hasta ese momento estas medidas eran reconocidas exclusivamente para las personas físicas condenadas. En el caso de las personas jurídicas su objetivo era reemplazar la pena de multa por otras condiciones que se relacionaran con mejorar su gestión interna[331]. El hito jurisprudencial se configura con el caso ARCO[332], en que el tribunal dedujo (no estaba expresamente regulado) que el *Federal Probation Act*[333] era aplicable a las personas jurídicas, no solo a los seres físicos a través de la *individual probation*[334]. En este caso, el tribunal suspende la aplicación de la pena

[329] NIETO (2008a) pp. 272-274.

[330] NIETO (2008a) p. 272.

[331] NIETO (2008a) p. 272.

[332] UNITED STATE V. ATLANTIC RICHFIELD COMPANY (1972).

[333] Esta normativa es del año 1925 y rigió hasta el año 1987 cuando es reemplazada por la *Sentencing Reform Act* de 1984. La *Federal Probation Act* faculta a las Cortes de Distrito a suspender las condenas que no consistan en penas de muerte o privaciones de libertad de por vida.

[334] La *probation* aplicada a las personas naturales tiene su propia historia. En EE. UU. comienza a ser utilizada durante la segunda mitad del S.XIX con la finalidad de promover la rehabilitación de las personas condenadas fuera de la prisión. Esto se ejecutaba a través de dos modalidades de suspensión de la condena: algunos tribunales suspendían la imposición de la condena, para lo cual si bien se dictaba el veredicto de culpabilidad o el reconocimiento de culpabilidad, no se dictaba la sentencia condenatoria. En

de multa por un lapso de seis meses, lo cual fue apelado por la corporación condenada, resolviéndose que si bien la *probation* es aplicable a las agrupaciones de personas, en el caso concreto no se admitió, porque estaba establecida en términos muy vagos[335].

Uno de los objetivos de la aplicación de la *Probation Act* a las personas jurídicas era favorecer su rehabilitación desde un doble punto de vista. En primer término, evitar que el establecimiento de una sanción muy gravosa pudiera impedir el proceso de rehabilitación y, en segundo lugar, regular la conducta del imputado en términos tales que sea conducido hacia su propia rehabilitación. Este objetivo se establece bajo la lógica de que si se evita la aplicación de multas excesivamente onerosas, desaparecen los efectos negativos para terceros inocentes y no se pone en riesgo la sobrevivencia de

---

caso que se violara esta suspensión, se dictaría la sentencia. La segunda modalidad, consistía en dictar la sentencia, pero esta no se ejecutaba en la medida que se diera cumplimiento a las condiciones acordadas. La existencia de la *probation* siempre fue objeto de mucha discusión en EE. UU., incluso algunos estados la limitaron a casos de justicia juvenil y quedaron fuera los delitos más graves. En GRUNER (1988) pp. 12-13.

[335] Este caso fue muy relevante porque se discute la posibilidad de aplicar la *probation* respecto de una persona jurídica. La Corte de Distrito suspende la aplicación de la pena de multa bajo las siguientes condiciones: Elaborar dentro de un plazo de 60 días un programa para manejar o controlar los efectos del derrame de petróleo en el suelo o en el agua, y la segunda, consiste en que en caso de no dar cumplimiento a la primera, el tribunal nombrará un funcionario para asegurar el cumplimiento de la *probation* el cual tendrá poderes y será supervisado por el propio tribunal. El imputado estuvo en desacuerdo con esta medida y la impugnó, reclamando que la Corte no podía imponerle esta *probation* a una persona jurídica, ni tampoco en contra de su voluntad. A raíz de ello surge la pregunta en orden a si es posible que un tribunal lo haga en contra de la voluntad del imputado y si éste tiene derecho a reclamar que se le aplique la pena originalmente impuesta. Los jueces resolvieron que las corporaciones sí están sujetas a las disposiciones legales que permiten a los jueces suspender las penas y dar lugar a la *probation*, siempre que estimen que la aplicación de esta medida es mejor que la sanción. La Corte llega a esta conclusión ya que la ley cuando se refiere al demandado en la ley en general, no distingue si se trata de una persona natural o jurídica por lo que la *probation* es aplicable a las corporaciones. No obstante esta decisión, en el caso concreto se estimó que no procedía la *probation* porque sus términos eran excesivamente amplios. En UNITED STATE V. ATLANTIC RICHFIELD COMPANY (1972).

la empresa. De esta manera, la empresa conserva suficientes recursos para seguir funcionando, pero al mismo tiempo abandona sus prácticas ilegales. Un segundo objetivo que se persiguió con la aplicación de esta normativa, es poder castigar a las corporaciones con una sanción distinta a la multa, se trata de una pena que se puede adecuar a las particularidades de la persona jurídica. Un tercer objetivo es el *Deterrence* o prevención general negativa, dado que a través de la *probation* se pretende evitar la repetición de futuras conductas ilícitas[336].

Posteriormente, específicamente en el año 1984, se dicta la *Sentencing Reform Act*. En esta ley se contemplan sanciones para las corporaciones y también la posibilidad de someterlas a *probation*. Originalmente las posibilidades que contemplaba dicha Ley eran condenas a multas, *corporate probation* o ambas. En todo caso, la multa sigue siendo la sanción más relevante, probablemente porque resulta más fácil de imponer en comparación con otras, pero con la particularidad, de que estas sanciones pecuniarias son más gravosas que las reservadas para los particulares. Lo más destacable de la *corporate probation* y, que la hace diferente de la *individual probation*, es que para la *Sentencing Reform Act* es un tipo especial de castigo, que puede ser impuesto en conjunto con otros. No se trata de una mera suspensión de una sentencia como ocurre en el caso de las personas físicas. Incluso ésta puede ser aplicada en conjunto con otras penas como una multa, servicio comunitario, reparación u otra.

La *Sentencing Reform Act* adicionalmente especifica los objetivos concretos que debe tener la *corporate probation*. Ello porque si bien debe ser utilizada para rehabilitar a los condenados, también debe ser funcional para la prevención y la retribución[337].

En la actualidad la normativa más relevante es la S*entencing Guidelines for Organizational Offenders o* Directrices para la determinación de la pena de las organizaciones, que se presenta como una guía para los jueces en la determinación de las

[336] GRUNER (1988) pp. 16-18.

[337] GRUNER (1988) pp. 28 y ss.

sanciones contra las personas jurídicas. Dentro de las medidas se destaca la *corporate probation*, la cual, sin discusión, se adecúa a la definición de Gruner sobre *structural sanctions* o sanciones estructurales[338].

La *corporate probation* se debe imponer con posterioridad al establecimiento de la responsabilidad corporativa, por lo que no evita la ejecución de la pena, es más bien una sanción que busca modificaciones estructurales en la persona jurídica. Consiste en el cumplimiento de un conjunto de condiciones que son objeto de control por parte de los tribunales. Desde el año 1984[339] la imposición de la *probation* no puede ser rechazada por las empresas. Antes de esta fecha, siempre que la multa impuesta les resultase menos onerosa que las condiciones impuestas por la *corporate probation*, podían optar por ella. En la actualidad es posible someter a las empresas cumulativamente a una *probation* y sanciones pecuniarias[340]. En el *Organizations Federal Guidelines* (capítulo octavo parte D) se regula la *corporate probation*. Algunos de los casos en los que procede: cuando al momento de la sentencia no se paga toda la multa o cuando la empresa tiene 50 o más trabajadores y es necesario establecer un programa de cumplimiento o un programa ético; cuando la sentencia pretende disminuir en el futuro el riesgo de que la institución cometerá delitos, etc.[341].

La principal ventaja de la *corporate probation* es su flexibilidad al proporcionar un amplio rango de medidas, cuya característica común es que están sujetas a supervisión judicial, de tal forma que el comportamiento de la persona jurídica es controlado permanente.

---

[338] FARALDO (2015) p.65.

[339] *Sentencing Reform Act* of 1984.

[340] GRUNER (1993) pp. 297 y ss.

[341] En el párrafo 8 D1.2 se indica que esta medida no puede exceder de cinco años. En el §8D1.3 las condiciones de la *probation.* Una de las condiciones es que la empresa se comprometa a no cometer más delitos durante el tiempo de la *probation* y dentro de las condiciones se puede establecer la restitución, trabajo comunitario y en general cualquier condición que resulte razonable de acuerdo a las características de la condenada. En *Guidelines Manual* 2015, *Chapter Eight Sentencing of Organizations*.

La supervisión permite definir programas enfocados en la realidad de una determinada corporación, cuestión que no es posible con las penas de multas y otras sanciones cuyos rangos están definidos. De este modo, resulta plausible lograr la satisfacción de ciertos objetivos, que se establecieron concretamente respecto de ese caso específico[342].

Otro aspecto positivo de la *corporate probation*, en relación con la pena de multa, es que permite adoptar medidas específicas en relación con la conducta futura de la empresa, lo que no es posible con la pena económica que se dirige a una conducta que fue realizada en el pasado.

La *probation* facilita la aplicación de sanciones enfocadas en la empresa y los ejecutivos, evitando los efectos adversos del castigo a terceros inocentes como accionistas y otros. De esta manera se prescinde de los efectos negativos del *spillovers* y además permite motivar (intimidar) a la plana directiva, ya que la intervención externa será justamente dirigida respecto de ellos. El objetivo de esto es que el sistema sea más disuasivo para quienes están a cargo de la administración, dado que serán intervenidos en caso de incurrir en alguna infracción. También es posible aplicar castigos que afecten la reputación de la firma y sus ejecutivos, cuestión que la sanción pecuniaria no puede realizar sin afectar a todos[343].

Para el buen funcionamiento de esta sanción estructural es deseable que no se apliquen sanciones económicas y que los jueces tengan una amplia discrecionalidad para establecer los términos o condiciones a los que se someterá la persona jurídica. No obstante, ha sido recurrente que se contemplen castigos económicos, cuestión que se ha observado negativamente por la doctrina[344].

[342] GRUNER (1988) pp. 3-4.

[343] GRUNER (1988) pp. 4-6.

[344] GRUNER (1988) p. 10.

La institución no ha estado exenta de críticas. Entre éstas, que los términos de algunos acuerdos son vagos e imprecisos, lo que proporciona márgenes de arbitrariedad para los oficiales encargados de su supervisión. Esta ambigüedad además impediría que las empresas puedan saber con exactitud qué es lo que se espera de ellas[345]. También se ha observado negativamente el alto costo que significa el someterse a supervisión o esta especie de curatela que resulta implícita para la *probation*.

Adverse publicity

La *adverse publicity* es otra de las sanciones que son catalogadas de estructurales[346]. Ésta se sirve del carácter estigmatizador que deriva de la exposición a un juicio criminal, derivado del daño para la imagen de la persona jurídica frente a los consumidores y a la sociedad en general. La *Federal Sentencing Guidelines* la contempla como condición dentro de la *corporate probation.* Mediante ella se obliga a la corporación a pagar una publicidad que es contraria a su imagen[347]. Su implementación ha generado discusión en torno a la manera en cómo debe realizarse. Una de las críticas apunta a que el Estado no es experto en temas de publicidad por lo que definir sus términos y contenidos no es del todo claro. A ello se adiciona que las críticas a las corporaciones existen y llenan los medios de comunicación, por lo que es difícil medir el impacto que esta publicidad negativa adicional pueda realmente causar, además las corporaciones pueden matizar o anular los efectos de la publicidad negativa contratando propaganda a su favor. Adicionalmente, la publicidad contra la compañía puede tener el mismo efecto nocivo (externalidades) que las multas en efectivo, dado que el comprometer la imagen de la empresa, puede traducirse en pérdidas económicas que vulneran a accionistas y trabajadores[348]. Esta crítica cuestiona el carácter estructural de esta sanción, más allá de

[345] GRUNER (1993) pp. 302-303.

[346] COFFEE (1981) p.425.

[347] GRUNER (1993) p. 320 y ss.

[348] COFFEE (1981) pp.425-428.

poder incorporarse dentro del catálogo de condiciones a cumplir dentro del marco de una *corporate probation*.

Community service

Otra sanción que recurrentemente se impone como condición de la *corporate probation* es la *community service* o servicio comunitario, que puede establecerse como condición de mitigación[349]. Su finalidad se orienta hacia la rehabilitación más que a la retribución o disuasión. Lo que no resulta tan evidente es la determinación de los servicios comunitarios que sean realmente adecuados para la agrupación de personas específica que está siendo objeto de ella[350].

Además de establecerse como condición en el contexto de la *corporate probation*, puede ser impuesta como una sanción independiente, cuya duración debe corresponderse con la iniciativa o servicio concreto que la corporación va a ejecutar. El costo del trabajo comunitario debe ser equivalente al monto de la multa que habría sido impuesta en caso de corresponderle dicha sanción. En este contexto se deben valorizar las horas que requiere el proyecto que se va a ejecutar y sus costos en general[351].

Un aspecto relevante del servicio comunitario es la determinación de aquello en lo que va a consistir, se han efectuado recomendaciones respecto de cómo debe realizarse: el plan de trabajo debe ser propuesto por la corporación y aceptado por el tribunal. Debe considerarse el daño causado al momento de determinar el servicio, para que de esta manera sea posible lograr que el daño sea revertido. El servicio debe ser realizado por

[349] FISSE (1981) p. 971 y ss. El autor desarrolla la utilización de los servicios comunitarios bajo los tres supuestos mencionados, estimando que los tres usos que se le han dado pueden ser catalogados de insatisfactorios.

[350] FISSE (1981) pp. 972- 973.

[351] FISSE (1981) pp. 981 y ss.

trabajadores de la empresa, salvo que el tribunal autorice que sea ejecutado por un servicio independiente[352].

Los costos del servicio comunitario podrían dar lugar a similares críticas que las vistas al momento de analizar la pena de multa, por este motivo también resulta relevante evaluar los efectos del servicio en la comunidad, no simplemente realizar una valorización económica de los daños causados y resarcirlos mediante esta sanción.

Equity fine

Otra pena que se vincula al modelo estructural es la *equity fine* o multa de capital. En este caso la pena pecuniaria no se traduce en el pago de una suma de dinero, sino que consiste en una reducción del valor nominativo de cada acción que compone a una sociedad determinada.

El monto del capital reducido es utilizado para emitir nuevas acciones que se integraran a un fondo del Estado, que puede utilizarse para reparar los daños que se causaron a las víctimas o gestionarse a través de una administración fiduciaria. Para calcular el valor de las nuevas acciones, se fija un monto respecto del capital de la institución (número de acciones) que debe ser equivalente al de una multa en efectivo. Estas acciones deben ser liquidadas de manera tal de maximizar lo que se obtenga.

El objetivo de la *equity fine* es superar los problemas del *overspill.* De esta forma, los accionistas, no los trabajadores ni los consumidores, ven reducido su patrimonio[353].

---

[352] FISSE (1981) p. 983.

[353] *Pass Through Fine*, es otra alternativa a la pena de multa. Fue elaborada por Christopher Kennedy. Su objetivo es que la pena de multa también se haga efectiva en los accionistas. Cada titular de acciones debe responder civilmente por la alícuota de la pena que fue impuesta a la empresa, de tal manera que se reparte entre todos quienes las detenten. De esta forma cada cual paga lo que corresponde a la multa según la cantidad de acciones que posea. Con esta fórmula en caso que la empresa no tenga capital, no es

Otra de las ventajas que proporciona, es que es posible que se obtenga más dinero que el que se podría haber recaudado con una multa en efectivo, porque el valor obtenido producto de la venta de las acciones, según el caso, permitirá recaudar más recursos que los que usualmente se encuentran en la caja de una empresa[354].

Esta sanción se ha criticado porque no supera todas las dificultades del *overspill*, puesto que dentro del grupo de los accionistas o tenedores de acciones, existen personas inocentes que no contribuyeron a la realización el delito, no obstante ven afectados sus derechos de propiedad respecto de la empresa. Especialmente afectados se verán los accionistas minoritarios cuya cuota en la persona jurídica serán aún menor. Tampoco resulta sencillo valorizar la compañía y el precio de las acciones. Adicionalmente, no resulta aplicable a las corporaciones cuyo capital no esté dividido en acciones[355].

problemático porque responde directamente el accionista. Esta multa evita las dificultades que genera la *equity fine* que afecta al capital de la empresa. También es útil para generar mayor pro actividad de parte de los socios ya que saben que en caso de infracciones ellos responderán con su patrimonio. La desventaja de este sistema es que no existe castigo para los directores y administradores de la corporación, por lo que no se verán disuadidos de cambiar su comportamiento. También plantea dificultades en su ejecución porque se debe cobrar la parte a cada accionista, lo cual es caro y además en muchos casos los accionistas viven fuera del país donde opera la persona jurídica. En NIETO (2008a) pp. 284-285.

[354] COFFEE (1981) p.413.

[355] ROMERO (2014) p.294.

III.3.- Estrategias persuasivas

De acuerdo a las estrategias persuasivas los defectos de organización de las empresas no deben ser sancionados en todos los casos. Primero, porque dichos déficits de administración en sí mismos no son sancionables sino hasta que se verifique el hecho de conexión por parte de un ser físico[356]. En segundo lugar, debido a que la adecuada conducción de los riesgos de parte de las corporaciones y las correcciones de sus defectos de organización, son posibles de alcanzar a través de mecanismos participativos, flexibles y que procuren reconocer y adecuarse a las particularidades de cada ente. Expresado en otros términos, la correcta autorregulación regulada se puede verificar persuadiendo a la persona jurídica, para que su conducción no sea riesgosa y se prevengan los delitos.

La estrategia persuasiva tiene por finalidad lograr que la organización se autorregule, a fin de evitar que el carácter, estado o conducción de la persona jurídica sea defectuosa. Ello debe relacionarse con la autorregulación que está dotada de una finalidad preventiva, instando por la evitación de los delitos, lo que justifica que la necesidad de organizarse adecuadamente sea anterior a la comisión del delito. Por este motivo la adopción de modelos para prevención de delitos es voluntaria[357], elaborada e implementada por la misma entidad que será regulada por dicho modelo, todo ello con la finalidad de lograr una administración que controle adecuadamente sus riesgos[358]. De

[356] Esto es evidente en los sistemas vicarios y en los mixtos.

[357] Voluntaria en el sentido de que el legislador chileno en el artículo 4 no lo impone como un deber, sin perjuicio que el no adoptarlo y mantenerlo, puede traducirse, eventualmente, en responsabilidad penal para la institución.

[358] Esto es bastante claro en el artículo 4 de la Ley N° 20.393 que dispone la adopción voluntaria de programas de prevención de delitos. El efecto de la adopción de estos programas antes de la comisión de delitos y siempre que sean idóneos y se hayan implementado impide que la corporación sea castigada, ello responde claramente a una finalidad de persuasión en que la entidad voluntariamente se somete a un modelo que elabora internamente. Todo ello con el objetivo de autorregularse.

esta forma la persuasión, como herramienta de cumplimiento de la ley, es anterior a que pueda imputarse responsabilidad penal a la corporación, aunque también puede tener lugar como una reacción frente a delitos ya realizados, pero siempre dirigida hacia el comportamiento futuro de la entidad, no hacia el pasado como se orientan algunas penas.

En segundo lugar, la persuasión ha mostrado ser efectiva para las corporaciones, si la comparamos con la aplicación de sanciones colectivas. La aplicación de penas no siempre permite alcanzar la autorregulación que se tuvo en vista al momento de consagrar este tipo de responsabilidad penal. El efecto de la pena pecuniaria ha sido valorado de manera negativa por diversos autores. Como se ha visto[359], sus críticas en general apuntan a que las empresas tienden a reembolsarlas, compensarlas o asegurarlas con el objeto de evitar o minimizar las pérdidas que conllevan. Por su parte, si bien la *corporate probation* puede ser un instrumento muy adecuado desde el punto de vista de la disuasión y de la prevención especial, en la práctica no ha sido muy utilizada por los tribunales dado que requiere elaborar las condiciones y luego realizar el seguimiento, lo que conlleva costos[360].

Lo persuasivo se relaciona directamente con el aspecto flexible del derecho responsivo, que se presenta como una alternativa al formalismo del derecho. Este último, a diferencia del primero, se caracteriza por asegurar la vigencia de principios como seguridad jurídica e igualdad, por sobre una aplicación discrecional y casuística del derecho. La vinculación de lo persuasivo con el derecho responsivo se materializa en todos los casos en los que el legislador proporciona márgenes de flexibilidad, ya sea para autorregularse como ocurre con los programas de prevención del delito o cuando le permite a jueces y fiscales evitar el castigo o reducir la pena a condición que la entidad se autorregule conforme al derecho.

[359] Sobre el modelo económico y el estructural, ver infra pp. 146 y ss.

[360] ORLAND (1980) pp. 515-517.

Mientras el sistema punitivo utiliza mecanismos sancionatorios para prevenir la comisión de nuevos delitos, el derecho responsivo[361] utiliza un método reflexivo, que pretende lograr que la empresa cumpla con las regulaciones, a través de un proceso colaborativo con la administración. Para lograr el cumplimiento de la ley se requiere de un proceso participativo, puesto que cada agrupación de personas posee su propia realidad, riesgos y ámbito de funcionamiento que determina que la prevención de delitos será correlativa a dicha realidad. Esta forma de propender hacia la autorregulación permitiría una mejor comprensión de la normativa y rangos de cumplimiento por parte del regulado. Para estos efectos se le permite que aporte con sus particularidades durante el proceso de autorregulación.

Lo expresado obedece a que el derecho responsivo asume una determinada posición frente a la antinomia de la regulación o desregulación de la industria. No se sitúa en los extremos de la regulación estatal o de la privada, sino que plantea un nuevo paradigma[362], donde se consideran las estructuras de las instituciones, el grado de injerencia o regulación y la necesidad de dialogar con los regulados, para conocer los objetivos que persiguen[363]. Adicionalmente, este modelo permite disminuir los costos que le significan al Estado realizar el proceso de regulación, debido a que parte de éstos los asume la empresa.

Los partidarios de la *responsive regulation* consideran que ésta conduce a una menor intervención estatal. Su aplicación es casuística, porque dependiendo de las características de la corporación irá adaptándose a la manera en que el regulado implemente el cumplimiento de la ley durante su proceso de autorregulación. Negociar

[361] La pregunta sobre la primacía de castigar o persuadir ha sido formulada en diversos trabajos académicos, uno de los más relevantes es la publicación del reconocido autor australiano Braithwaite en el que efectúa una investigación empírica respecto de las corporaciones dedicadas a la minería del carbón en Australia. Véase BRAITHWAITE (1985).

[362] AYRES y BRAITHWAITE (1992) pp. 3-4.

[363] AYRES y BRAITHWAITE (1992) pp. 4-7.

se valora positivamente. Persuadir es más económico que castigar. Si la agrupación de personas actúa de manera racional, no debe ser obligada a cumplir la normativa porque esto genera una cultura de resistencia. Es ventajoso dialogar más que imponer[364].

La regulación responsiva se sostiene en una idea básica, que consiste en que el Estado debe ser receptivo a la hora de regular, siendo capaz de evaluar cuando una menor intervención será positiva para el regulado. Debe ser consistente a la hora de valorar de qué manera las corporaciones se están autorregulando, antes de decidir escalar a las sanciones o intervenciones más drásticas. Mientras bajo un sistema de derecho formal las conductas graves o menos serias se definen de antemano, así como también la reacción que se debe adoptar cuando ésta se verifica, el derecho responsivo atiende a la conducta del infractor o cómo éste reacciona frente al mismo. No es lo mismo que la persona jurídica reaccione asumiendo su error y tratando de corregirlo, que escondiendo los antecedentes para evitar la sanción[365].

El trabajo de Scholz es un referente en esta materia. En éste incorpora la teoría de los juegos respecto de la discusión sobre la regulación[366]. Para estos efectos utiliza el dilema del prisionero[367]. Esto significa que la empresa quiere disminuir los costos que le genera la regulación, y por su parte, el regulador pretende maximizar el cumplimiento por parte de las instituciones. Se trata de la estrategia del *Tit for Tat*[368], según la cual la cooperación mutua genera el máximo de beneficios para ambas partes, si uno deja de

[364] AYRES y BRAITHWAITE (1992) pp. 19-20.

[365] BRAITHWAITE (2002) pp. 29 y ss.

[366] AYRES y BRAITHWAITE (1992) p. 21. Los trabajos de John Scholz que son citados: SCHOLZ (1984a) pp. 179-224 y SCHOLZ (1984b) pp. 385-404.

[367] El dilema del prisionero forma parte de la teoría de los juegos, de acuerdo a la cual es posible que dos partes puedan no colaborar entre ellas, pese a que el no hacerlo pueda perjudicarlas. La cooperación mutua de los jugadores es la mejor opción para ambos, si uno no lo hace, entonces el otro adopta represalias, y cuando el otro jugador vuelve a cooperar, se restablecen los beneficios mutuos.

[368] En español la traducción es toma y daca que viene de toma y dame acá.

hacer aquello que es ventajoso para ambos, la otra parte deja de cumplir y adopta represalias hasta que su contraparte vuelva a cumplir[369].

Esta estrategia asume que la cooperación mutua es algo positivo y que las empresas van a querer colaborar porque ello les genera un mayor beneficio. No obstante, se reconoce que en todos los casos no será efectivo persuadir, hay ocasiones en que será necesario castigar. El éxito de una regulación exitosa dependerá de lograr alternar de manera correcta persuasión y castigo[370].

La persuasión es fundamental para el sistema responsivo, el cual se estructura mediante una metodología de intervención escalonada (piramidal) o *enforcement pyramid*. Se trata de una pirámide regulatoria o *regulatory pyramid*, cuya función es resolver la pregunta acerca de en qué momento es mejor castigar o persuadir[371]. En la base se debe producir el diálogo entre regulador y regulado, y se deben implementar los sistemas de cumplimiento. Luego de manera escalonada se establecen las sanciones. La mayoría de las infracciones que puede cometer una empresa se encuentran en su base y son las menos intensas, como una amonestación o una amable advertencia acerca de cómo debe regularse[372]. Las restantes se ubican en los niveles superiores, escalando de acuerdo a su gravedad. En la cúspide se ubican las sanciones criminales, las suspensiones y las revocaciones o cancelaciones de la personalidad jurídica. Existen menos infracciones graves que leves, lo que se grafica en la pirámide cuya base es su parte más ancha.

La pirámide funcionaría porque se reservan sanciones penales necesarias para quienes no obstante haber transitado por el proceso de *compliance*, mantienen su estructura de no cumplimiento. La sanción penal es un motivo que favorece el cumplimiento durante el proceso de convencimiento a la empresa. Algunas estructuras piramidales permiten en

[369] AYRES y BRAITHWAITE (1992) p. 21.

[370] AYRES y BRAITHWAITE (1992) pp. 21-26.

[371] BRAITHWAITE (2002) p.30.

[372] BRAITHWAITE (1985) pp. 142-143.

caso de infracciones graves recurrir directamente a la estructura de sanciones más graves. Ello dependerá de las definiciones que se realicen al momento de optar por uno u otro sistema[373].

Se privilegia la autorregulación regulada a través de la persuasión porque pretende establecer una administración eficiente mediante el *compliance* y otros mecanismos que disminuyen la intervención estatal. Además con esta metodología se reducen los costos públicos de la regulación.

El sistema asume que diversas infracciones obedecen a desconocimiento de las reglas, mala gestión o en general conducción errada, por sobre los casos en los que existen estructuras ilícitas que tienda al delito de manera deliberada[374]. Desde aquí la relevancia de los modelos de cumplimientos, las advertencias de la autoridad, la educación de la institución y las demás medidas que persiguen que la persona jurídica se erija institucionalmente alcanzando una cultura corporativa fiel al derecho.

El modelo descrito funcionaría con las corporaciones porque es una alternativa que resulta más respetuosa con ésta, al proporcionarle la oportunidad de resolver los comportamientos inadecuados. Esto no significa que la persuasión siempre funciona, hay casos en los que falla. Por ejemplo: no funciona cuando la empresa efectúa el cálculo económico sobre si es más rentable incumplir que cumplir la normativa. Pero en la medida que las sanciones van escalando a las más graves el mismo cálculo racional induce al cumplimiento de la ley porque resulta más económico[375].

---

[373] NIETO (2008c) pp. 101-102.

[374] NIETO (2008c) p. 102.

[375] Desde la perspectiva de los fines de la sanción, el sistema persuasivo también apela a la justicia restaurativa en una primera instancia, la que de no lograrse debe considerar la disuasión y en caso de fracasar esta última se apela a la incapacitación. Desde esta perspectiva también se produce un sistema escalonado en relación con los objetivos que se tienen a la vista durante el proceso. De acuerdo a los fines, la justicia restaurativa se encuentra en la base de la pirámide. Esto significa que previo a la aplicación de

Las críticas al modelo persuasivo se concentran en que propiciaría un sistema privatista que ideológicamente rechaza la intervención del Estado. A lo que se suma el que mostraría una posición benévola con la delincuencia de empresa[376]. Otra cuestión que se ha valorado negativamente son los altos costos que involucra la fiscalización realizada por inspectores, así como la desigualdad que puede importar el trato que ellos den a los fiscalizados en cada caso concreto[377].

IV.- Persuadir o castigar en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas

El sistema responsivo que alterna herramientas punitivas y persuasivas se condice con la autorregulación regulada, toda vez que la amenaza de pena promueve y mejora el cumplimiento por parte de las organizaciones, pero al mismo tiempo, resulta fundamental el aspecto persuasivo de este tipo de regulación, toda vez que es esencial que las entidades participen en su proceso de autogestión y asuman la importancia de ser garantes de los riesgos que se derivan de su actividad.

---

sanciones, se debe instar por un proceso de restauración. La efectividad de proceder de esta manera se debería a que permite que las víctimas se sientan satisfechas, incluso más que con la intervención penal; es más satisfactoria desde la perspectiva del infractor y, en tercer lugar, para la comunidad es más reparadora que la aplicación de sanciones penales. Estas tres afirmaciones se avalan en estudios empíricos que han sido realizados en países anglosajones. Desde la prevención de los delitos, también se ha estudiado la eficacia de la justicia restaurativa que en vez de castigar busca puntos de encuentro y reconciliación entre la víctima, el ofensor y la comunidad. La justicia restaurativa se entiende desde una regulación responsiva que escucha al regulado y también a la comunidad. Además, se debe considerar que la solución para cada caso dependerá de los involucrados por lo que la existencia de participación y deliberación común es fundamental para garantizarla. En BRAITHWAITE (2002) pp. 32 y ss.

[376] NIETO (2008c) p. 103.

[377] NIETO (2008c) p. 104.

De acuerdo a lo revisado hasta este momento, la sola aplicación de sanciones frente al defecto de organización ha demostrado ser ineficaz, en algunos casos, para alcanzar una adecuada autorregulación de parte de las entidades, por este motivo, resulta beneficioso introducir los aspectos persuasivos de la regulación responsiva, que apuntan a un proceso participativo y promovido desde la propia organización que aspira a una adecuada gestión de riesgos.

Adicionalmente, como se ha indicado reiteradamente en este trabajo, ambas estrategias se orientan al cumplimiento de la ley, pero realizado de acuerdo a métodos diferentes. Mientras los partidarios del sistema punitivo utilizan mecanismos sancionatorios para prevenir la comisión de nuevos delitos. Lo persuasivo utiliza un método que supone voluntariedad, participación, casuismo con la finalidad de que la empresa logre un estado de organización que debido a su cumplimiento con las regulaciones permita prevenir la comisión de delitos[378]. De esta forma se favorece que el cumplimiento de la ley sea logrado mediante un proceso participativo. Esto permitiría una mejor comprensión y rangos de cumplimiento. Para estos efectos se le permite que aporte con sus propias peculiaridades durante el proceso de autorregulación[379]. Esto último es claro respecto de los encargados de prevención de delitos que participan en la creación, implementación y mantenimiento de los programas de prevención de delitos, lo que además debe ser realizado con la participación del órgano encargado de la administración de la persona jurídica[380].

La cuestión sobre la primacía de castigar o persuadir ha sido formulada en diversas investigaciones académicas de carácter empírico. Una de las más relevantes se encuentra en el trabajo de Braithwaite en el que efectúa una investigación respecto de las

[378] En el mismo sentido, Brown, quien afirma que el cumplimiento impuesto bajo el modelo punitivo, genera resistencia de parte de los grupos y sus comunidades, dando un escaso margen para la cooperación con los reguladores o el *compliance*. En BROWN (2001) p.1304

[379] En el mismo sentido véase NIETO (2008c) pp. 99-109.

[380] Artículo 4 de la Ley N° 20.393.

corporaciones dedicadas a la minería del carbón[381]. Para este estudio la muestra consideró prácticamente todos los accidentes ocurridos en Estados Unidos de Norteamérica, Gran Bretaña y Australia entre 1960 y 1981. En total son 39 casos, siendo la mayoría explosiones y algunos incendios. El objetivo del estudio fue descubrir las deficiencias en la administración o gerencia. Para estos efectos se determinaron los incumplimientos de la ley, defectos de la organización y defectos individuales que fueron los que originaron los desastres. Durante la investigación se realizaron entrevistas a funcionarios de distinto rango que trabajaron al interior de estas empresas. Se observó que el acaecimiento de desastres al interior de las organizaciones, muchos de los cuáles eran constitutivos de delitos, se vinculaba con la administración deficiente o con el incumplimiento de normativas que regulan la actividad de dicha corporación. En el estudio Braithwaite concluye que en los casos en que existe un cien por ciento de cumplimiento de la ley, los desastres (delitos) pueden evitarse[382].

De esta forma se plantea la siguiente interrogante: ¿el castigo puede prevenir delitos? o ¿la persuasión puede hacerlo? La respuesta de Braithwaite es que, si bien ambas estrategias deben convivir, dependerá de cada caso cuándo se debe castigar y en qué caso se debe persuadir. De esta forma, por ejemplo respecto de ciertos delitos como el robo, violación, homicidio y otros ilícitos graves, lo que corresponde es castigar. A su turno, la persuasión funciona mejor respecto de ilícitos que se relacionan con el desempeño futuro de una institución o sus mejoras. De esta forma el autor plantea un sistema responsivo que promueve la utilización de ambos tipos de estrategias (garrote y zanahoria). La pregunta tras esta teoría es ¿cuándo se debe castigar y cuando se debe persuadir?

Por su parte, la persuasión funcionaría mejor respecto de las organizaciones, que respecto de las personas naturales, puesto que una institución es mucho más maleable

[381] BRAITHWAITE (1985) pp. 1 y ss.

[382] BRAITHWAITE (1985) pp. 1 y ss.

que los seres humanos. Adicionalmente, gracias a la persuasión se puede evitar que la organización oculte el delito, toda vez que le favorece la autodenuncia, en la medida que se le otorgue una recompensa o beneficio por poner en conocimiento de la autoridad el ilícito. Por su parte, además, desde un punto de vista económico, resulta menos costoso persuadir a la corporación que castigarla. El estudio concluye que la aplicación de la ley es relevante a la hora de prevenir o evitar desastres al interior de las instituciones.

Mediante la persuasión es posible arribar a resultados más eficientes que con la aplicación de sanciones. No obstante, debe encontrarse un punto de equilibrio, en el que castigo y persuasión funcionen de manera armónica y recíproca. Este es el postulado de la regulación responsiva. Este planteamiento descarta que la finalidad de la sanción pueda vincularse con aspectos éticos o de retribución, su objetivo es la prevención y garantizar un adecuado nivel de seguridad para los integrantes de la entidad. Para lograr una adecuada autorregulación, el Estado debe entregar a los particulares áreas de control interno, sin perjuicio de la existencia de inspectores y de agencias encargadas de la supervigilancia de las personas jurídicas. Además, plantea la existencia de un sistema escalonado o piramidal que se inicia con las fiscalizaciones, continúa con las recomendaciones, hasta llegar a la cúspide donde se alojan las medidas punitivas, que se utilizan cuando las anteriores resultan insuficientes[383].

Otro estudio empírico que muestra resultados similares fue realizado por Short y Toffel. Para la muestra se basaron en industrias norteamericanas que emiten contaminantes y que se encuentran reguladas por el *Federal Clean Air Act*. La información con la que realizaron esta investigación se obtuvo de dichas empresas entre los años 1993 y 2003. Ante las críticas que la doctrina norteamericana había realizado a las sanciones punitivas, estos autores analizaron la autorregulación regulada desde los mecanismos que motivan que ésta se verifique. Concluyeron que las empresas tienden a cumplir mejor con el proceso de autorregulación, cuando estando sujetas a estricta fiscalización y

[383] BRAITHWAITE (1985) pp. 15 y ss.

vigilancia por parte del Estado, se les permite adoptar sus medidas en un ambiente donde no existe una amenaza explícita de sanciones en su contra[384].

Procurando superar las críticas que se realizan a Braithwaite, Kolieb propone el modelo del *regulatory diamond* con el que se pretenden superar las desventajas del *regulatory pyramid*. A su juicio, uno de los defectos del sistema piramidal es que se enfoca en los estándares de cumplimiento que se traducen en normas o leyes. Para Kolieb las reglas del *compliance* proporcionan una visión empobrecida de la regulación, dado que esta última debe ir más allá del *compliance*, acompañada de métodos y mecanismos que apunten hacia fines regulatorios. El *regulatory diamond* integra, en uno solo el esquema de regulación, el *compliance* y la regulación hacia la que se aspira o se tiende como finalidad. El objetivo es ir más allá del cumplimiento normativo (fin esperado con el sistema de la regulación piramidal) logrando objetivos regulatorios que suponen una meta de regulación que es continua[385].

Por su parte, Henning, en otro estudio, se muestra partidario del establecimiento de acuerdos de no persecución o de persecución diferida con las corporaciones, porque éstas tienden hacia su rehabilitación, lo que se condice con los fines del derecho penal colectivo. Para Henning, al igual que para los adictos, son mejores las Cortes de Drogas porque se someten a un tratamiento, para las corporaciones estos acuerdos son positivos al ser buenos candidatos para la rehabilitación, más que para el castigo retributivo. Por ello lo relevante es tratarlas evitando que en el futuro incurran en más ilícitos[386].

Más allá de lo relevante que resultan los estudios empíricos citados, la determinación de la primacía de una u otra estrategia debe ser revisada a la luz del fin de la pena en la responsabilidad colectiva, vale decir, en consideración a la autorregulación regulada. De

[384] SHORT y TOFFEL (2010) pp. 1 y ss.

[385] KOLIEB (2015) pp.137-142.

[386] HENNING (2009) pp. 1-13.

acuerdo a lo analizado en este capítulo, esta finalidad forma parte del derecho responsivo dado que ésta se realiza de manera voluntaria (aunque motivada por la pena), requiere la participación del destinatario o regulado y se trata de un proceso permanente. Por su parte, la persuasión favorece el proceso de autorregulación porque permite que la entidad logre el cumplimiento permitiendo que la organización participe activamente y pueda prevenir con mayor eficacia eventuales delitos.

Lo persuasivo favorece la denuncia y colaboración con la investigación estatal. Evita las consecuencias negativas para accionistas, trabajadores y consumidores derivadas de la imposición de penas y abarata los costos que genera para el Estado la persecución penal de los delitos colectivos. Por su parte, la agrupación de personas que no cumple con los fines preventivos, y siempre que se verifica la comisión de un delito por una persona natural determinada, sumado a otros requisitos, será responsable criminalmente.

Por su parte, la autorregulación responsiva, motivada por la estrategia persuasiva destinada a alcanzar el cumplimiento de la ley, para dar lugar a personas jurídicas fieles al derecho, no niega valor, ni la necesidad de contar con elementos punitivos, sino que al contrario, ambos se alimentan recíprocamente, y lo punitivo facilita el proceso de persuasión y, por ende, de autorregulación de la persona jurídica.

Cuando la estrategia persuasiva elimina el carácter riesgoso de la agrupación, o cuando el defecto de organización sea superado gracias a la instalación de un modelo de cumplimiento o la adopción de una administración fiel al derecho, la intervención del derecho penal, a través de la estrategia punitiva es innecesaria, toda vez que desparece el injusto colectivo. La aplicación de la pena contra las organizaciones debe valorarse desde la finalidad de la autorregulación regulada, con sus componentes de prevención

general y especial, analizando si ya se cumplieron con estos fines, por cuanto es posible que en algunos casos la pena ya no tenga sentido[387].

Para comprobar que la autorregulación puede ser alcanzada desde lo persuasivo, en los próximos dos capítulos se analizan diversas instituciones dispuestas en la normativa nacional, y en algunas legislaciones extranjeras, que ejemplifican cómo el sistema sancionador acepta ciertos márgenes de discrecionalidad. También se explicitará cómo esta flexibilidad se condice con el sistema de derecho penal colectivo.

Por de pronto, baste señalar, que la responsividad propia de la autorregulación y de la persuasión es compatible con el ordenamiento punitivo, no obstante éste se base en el principio de legalidad, que obra como límite y garantía respecto de la conducta prohibida. Para el derecho penal de las corporaciones la estrategia persuasiva proporciona eficacia al proceso de cumplimiento de la ley. Su objetivo es perfeccionar la autorregulación regulada de la empresa. El castigo es el recurso final. Más que disuadir a la persona jurídica de acuerdo a un cálculo de índole económico o estructural, el objetivo es lograr que mediante el cumplimiento de la ley los riesgos sean anulados o minimizados de tal manera que se prevenga la comisión de delitos.

La primacía de lo persuasivo no solo no vulnera el principio de legalidad, sino que tampoco las garantías del sistema penal. Lo anterior se debe a que estos espacios de flexibilidad se manifiestan en instituciones que respetando dicho principio, toleran

[387] Silva en el mismo sentido, aunque con otros argumentos, estima que el imponer una pena a una persona jurídica supone la realización de tres juicios: del pasado, del presente y del futuro. El pasado en relación a que el defecto de organización de la corporación influyó en el delito realizado por una persona física, ya que lo favoreció. También se juzga el presente y el futuro, para lo cual debe verificarse si el defecto de organización no ha sido corregido al momento de dictarse la sentencia y si es posible proveer que éste pueda influir en la comisión de delitos en el futuro. En relación a esto último, y dado que para este autor las penas son verdaderas medidas de seguridad, si el juicio de futuro permite llevar a la conclusión de que no existe riesgo de defecto de organización, entonces la sanción debe ser excluida. SILVA (2013) pp. 36-37.

ciertos márgenes de responsividad que son compatibles con lo punitivo. Se trata de instituciones como: la adopción de modelos para la prevención de delitos, las salidas alternativas al proceso penal, las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, reglas para la determinación judicial de la pena, suspensión de la condena, entre otras.

V.- Conclusiones

Durante este capítulo se formula la pregunta sobre la primacía de herramientas punitivas o persuasivas con la finalidad de promover el proceso de cumplimiento de las colectividades. Esto se realiza con el objetivo de determinar, desde el fundamento y desde el fin de la sanción en la responsabilidad penal de las personas jurídicas, si alguna de dichas estrategias favorece, más que la otra, el proceso de autorregulación de las organizaciones.

La aseveración sobre la primacía de lo punitivo o persuasivo es el resultado de contestar la siguiente pregunta: ¿cuál de ellas permite elevar de mejor manera los niveles de cumplimiento dentro de la colectividad o de garantizar más efectivamente una adecuada autorregulación? Para estos efectos se debe tener presente que estos mecanismos se aplican conjuntamente durante el proceso regulatorio responsivo. Así, por ejemplo, si bien la amenaza de castigar promueve el establecimiento de regulaciones internas, externas y progresos en la ética de la corporación, la sanción también podría perjudicar dicho proceso, por ejemplo, en aquellos casos en los que la pena se basa en el comportamiento pasado y no enfatiza respecto de la actuación futura de la entidad. Por ello en algunos casos la posibilidad de persuadir a la corporación, por sobre castigarla, podría generar mejores resultados desde la autorregulación.

Para responder la interrogante se proporciona un concepto de la autorregulación regulada, que consiste en la autoimposición de regulaciones y principios, lo que a su vez se relaciona con la conducción de los riesgos que le son propios, toda vez que el Estado le ha cedido la función de cautelarlos, bajo amenaza de incurrir en una sanción. El proceso es incentivado por el Estado, no se trata de que la administración realice la regulación, sino más bien que motive al propio individuo, para que adopte una determinada autoorganización, en una materia que es riesgosa o que debe sujetarse a

más controles. Las regulaciones autoimpuestas no tienen una naturaleza pública, pero se ejecutan dentro de un marco proporcionado por la autoridad.

La autorregulación se incardina dentro de las concepciones reflexivas del derecho, que surgen por opción a la rigidez de los modelos formales, producto de la evolución del concepto de derecho. Esta evolución comprende el derecho formal y el material llegando hasta lo reflexivo y responsivo. Ello responde a la necesidad de acudir a otros métodos, considerando que la sociedad actual es policéntrica (funcionalmente diferenciada), especializada y tecnificada, lo que genera que el derecho deba ser capaz de adecuarse con velocidad a los cambios que se experimentan, dejando su formalidad y siendo más flexible. Desde este punto de vista, se afirma que la autorregulación en las personas jurídicas, requiere de la flexibilidad que proporciona el derecho responsivo, que se definen por oposición la autonomía o formalidad del derecho, y que se caracteriza porque permite tender a soluciones específicas para los conflictos jurídicos, por cuanto el proceso regulatorio se realice de manera participativa y casuística.

En cuanto a la relación entre la autorregulación regulada y el sistema de derecho penal, se formuló la cuestión acerca de si dicha vinculación puede considerarse legítima desde el *ius puniendi estatal*. Concretamente en relación con la sanción a las entidades. Las dificultades emanan de si es legítimo que el defecto de organización quede entregado al propio destinatario de la norma penal. Sobre el punto se concluyó que dicho vínculo es legítimo, toda vez que la responsabilidad penal de las entidades supone la infracción de una norma penal por parte de una persona física como presupuesto, y un estado disfuncional de la corporación que favorezca la comisión de ese delito. No se está ante normas de complemento de una disposición penal en blanco, que en caso de ser trasgredidas deberían dar origen a este tipo de responsabilidad. El sistema de derecho penal interviene en la medida en que se verifique el injusto colectivo, para lo cual se requiere que el presupuesto (hecho de conexión) lo manifieste. De esta forma, la autorregulación para la persona jurídica se refiere a su deber de cuidado o de vigilancia respecto de la conducción de los riesgos, lo que no queda entregado a su criterio sino

que al marco que le proporcionan las disposiciones estatales y las reglas internas que emanan del proceso de autogestión.

Respecto del principio de legalidad que es esencial para el sistema de derecho penal, el proceso de autorregulación debe ser legítimo desde la generación e integración de normas que lo componen. El objetivo es establecer estándares de comportamiento destinados a la prevención de delitos y la reacción adecuada cuando ya se hubieran verificado. Por ello resulta fundamental la existencia de límites que emanen de disposiciones estatales. En esta línea surge la certificación que permite supervisar el cumplimiento de las disposiciones que corresponden al giro de la colectividad. De esta manera el Estado participa fijando los marcos legales que deben ser respetados e influyen en el proceso de autorregulación.

Despejadas estas cuestiones previas, en el trabajo se retorna a la pregunta inicial del capítulo, esto es, acerca de la primacía de las estrategias que pueden ser empleadas para promover el proceso de cumplimiento. Para estos fines se estudian los modelos punitivos y persuasivos. Ello se desarrolla teniendo presente que la autorregulación se dirige principalmente al futuro, esto es, lo que la entidad debe ser, para lo cual se adoptan las medidas necesarias que garanticen dicho objetivo.

Durante dicho análisis se concluye que mientras la estrategia punitiva se sirve de la sanción y de su amenaza para que las entidades sean disuadidas de no volver a incurrir en nuevos ilícitos, la estrategia persuasiva privilegia que el proceso de cumplimiento de la ley sea participativo y casuístico. Incluso es esperable que durante el transcurso de la autorregulación puedan verificarse incumplimientos normativos y aún ilícitos, entendiendo que el castigo debe reservarse para los casos más graves o las reiteraciones. La persuasión supone el empleo de un método que involucra a los regulados. De esta forma se propende a una convergencia de los ámbitos públicos y privados.

Para las estrategias punitivas, el castigo de las corporaciones obedece a la necesidad de motivar su autorregulación promoviendo la prevención de delitos. Las sanciones que se seleccionan responden a criterios de disuasión sobre la base de dos modelos: 1) El Modelo Económico: en el que el análisis económico de las ganancias y pérdidas que les reporta el delito y, 2) El Modelo Estructural: que se dirige a la realización de modificaciones estructurales en las colectividades, evitando los efectos perjudiciales y externalidades que conlleva la aplicación de la pena de multa.

De conformidad a las estrategias persuasivas los déficits de organización de las empresas no deben ser castigados en todos los casos. Primero porque dichos defectos de organización en sí mismos no son sancionables, sino hasta que se verifique el hecho de conexión por parte de un ser físico y, además, porque el castigo no siempre favorece la autorregulación de las personas ficticias. La autorregulación requiere del destinatario toda vez que debe organizarse, regularse a través de reglamentaciones internas, principios éticos, todo ello con la finalidad de evitar la comisión de delitos y convertirse en una entidad cumplidora. Persuasión y autorregulación tienen en común el elemento de la participación del destinatario, por ello se comunican bien. Si la entidad está convencida de la necesidad de implementar un sistema de *compliance* esto facilitará el proceso. Promover el convencimiento de la colectividad o persuadirla es una buena estrategia para alcanzar un adecuado nivel de cumplimiento. El castigo no siempre promueve que la organización cambie, puesto que puede tomarse como un costo más y ser internalizado. Esto a diferencia de la persuasión, que permite lograr que la corporación se comprometa con su autorregulación, lo que a su vez es una garantía para que el proceso se mantenga a través del tiempo. También la persuasión favorece el compromiso de la entidad con medidas preventivas y no solamente reactivas, como ocurre con las sanciones, puesto que este mecanismo supone una internalización del proceso de autoorganización y no solamente una reacción ante la infracción cometida, por lo que existe una preocupación permanente por establecer estándares adecuados de comportamiento. Otro aspecto que tienen en común persuasión y autorregulación, es que ambas son casuísticas, ya que se dirigen a una entidad en particular, y el proceso

persuasivo favorece que la entidad se conozca, analice y proyecte sus riesgos al futuro a fin de evitar nuevas conductas ilícitas. Esto deriva del carácter formativo que tiene la persuasión toda vez que supone que las personas jurídicas analicen y revisen su organización antes de proceder a autorregularse.

Ambas estrategias se basan en la regulación responsiva que sostiene una idea básica: el Estado, a través de sus agencias, deben ser receptivos a la hora de regular, además deberían ser capaces de identificar cuando una menor intervención será positiva para el regulado. Esto supone realizar una valoración respecto de la manera en cómo la entidad se está administrando, antes de adoptar una decisión sobre aumentar las sanciones o realizar intervenciones más drásticas. De esta forma, mientras un sistema punitivo contempla de antemano las conductas graves y las menos serias, así como también la reacción que se debe adoptar cuando ésta se verifica, un sistema persuasivo observará el comportamiento del infractor. Esto permite que en caso de comportamientos colaborativos de la entidad se pueda evitar o disminuir el castigo, siempre que ello sea funcional a su proceso de autorregulación.

En suma, se concluye que la autorregulación, desde los postulados de la regulación responsiva, debe privilegiar la persuasión puesto que la favorece de manera más eficiente. También debido a que, además de las razones ya mencionadas, promueve la denuncia y colaboración con la investigación estatal. Evita las consecuencias negativas para accionistas, trabajadores y consumidores derivadas de la imposición de penas. También permite bajar los costos que se generan para el Estado respecto de la persecución penal de los delitos colectivos.

No obstante la primacía de lo persuasivo en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, la autorregulación responsiva requiere contar con elementos punitivos, dado que justamente la existencia de las sanciones favorece el proceso de autoorganización voluntaria y persuasiva de la persona jurídica.

Finalmente, para que la primacía de lo persuasivo no vulnere el principio de legalidad ni trasgreda las garantías del sistema penal, es necesario que los espacios de flexibilidad que se concedan a los operadores jurídicos, como jueces y fiscales, se manifiesten en instituciones que formen parte del ordenamiento jurídico vigente, admitiendo ciertos márgenes de responsividad que sean compatibles con lo punitivo. Se trata de instituciones tales como: la adopción de modelos de prevención de delitos, salidas alternativas al proceso penal, circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, reglas para la determinación judicial de la pena, suspensión de la condena, entre otras, que serán estudiadas en los próximos capítulos. El siguiente se destina al estudio de ciertos sistemas extranjeros y, el último, al régimen jurídico vigente en nuestro país.

<u>CAPÍTULO TERCERO:</u> Algunos derechos extranjeros en relación con la sanción a las personas jurídicas desde lo punitivo y lo persuasivo

I.- Introducción

Durante los apartados precedentes se sistematizó la doctrina en relación con el fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, los fines de la pena y las herramientas persuasivas y punitivas para el cumplimiento de dichos fines. Junto con ello se tomó posición en cada una de estas materias, lo que configura el punto de partida para lo que se desarrollará en este apartado.

La necesidad de aproximarse a la normativa extranjera es un recurso metodológico necesario para verificar las conclusiones hasta aquí obtenidas. Al mismo tiempo, es un paso previo al estudio del sistema chileno, que se ha reservado para el capítulo final. El propósito perseguido es utilizar el análisis de lo observado en los sistemas foráneos, particularmente en aquellos sistemas que influenciaron al legislador nacional durante el proceso de creación de la Ley N° 20.393, al momento de estudiar el estatuto chileno. La atención se centrará especialmente en relación con aquello que podría ser útil al momento de interpretar la normativa nacional y como propuesta para su modificación o incorporación, en ambos casos desde la mirada que ofrecen las herramientas persuasivas y punitivas.

Las legislaciones extranjeras que se analizarán son tres: el sistema norteamericano, el italiano y el español[388]. La elección de cuerpos legales que participan de las estructuras

[388] Si bien, como se verá, la normativa española es del año 2010, por lo tanto, posterior a la Ley N° 20.393, la discusión previa y los antecedentes legislativos anteriores, como las consecuencias accesorias que se contemplaban en el Código penal español de 1995, son relevantes para la Ley chilena. Por este motivo se lo menciona como sistema que influyó en el nuestro.

de imputación de responsabilidad vicarial y del sistema de culpabilidad propia o autónoma, obedece a que la Ley N° 20.393, consagró un modelo de naturaleza mixta, en el que confluyen ambos modelos. Adicionalmente, y pese a las diferencias de dichos sistemas, se observa que la finalidad de autorregulación se encuentra presente en ambos. También se puede apreciar que la manera de promover el fin de la autorregulación es diversa, aun cuando con el tiempo se han ido estrechando dichas diferencias. La responsabilidad vicarial de manera progresiva, pero limitadamente, se ha ido acercando en algunos aspectos a la propia. Prueba de ello son los sistemas mixtos, que al menos para la determinación de la pena, consideran el comportamiento previo y posterior de la persona jurídica en relación con la conducción de sus riesgos. El estudio de los modelos legislativos en particular, permite observar la manera acerca de cómo se va concretando la responsabilidad penal colectiva cuyo objeto es alcanzar su autorregulación regulada.

La elección del sistema norteamericano se debe a su prolongada vigencia y su progresivo desarrollo, lo que permite ilustrar sobre la evolución de la responsabilidad penal de los entes ficticios, los tipos de casos que han dado lugar a esta especie de responsabilidad y los efectos que ésta genera en el comportamiento de las agrupaciones de personas. Uno de los aspectos relevantes es el tipo de sanción que se les ha impuesto a las personas jurídicas y, la consideración al tipo de casos en lo que esto ha acontecido. Obviamente también aquellos en los que no se han impuesto sanciones basándose en los poderes discrecionales de los fiscales.

En el sistema norteamericano se ha dado un amplio debate en relación con las penas que deben ser impuestas a las personas jurídicas en consideración a los efectos que producen desde los fines de la pena. También la controversia se ha producido en relación con suspender la aplicación de las condenas instando por la intervención de la empresa de acuerdo a un plan especialmente diseñado para su caso específico. Estas discusiones pueden ser muy útiles para el sistema nacional, toda vez que ilustran acerca de hacia dónde se puede orientar la discusión en el futuro.

El sistema italiano y el español reformado el año 2015, se orientan en la misma línea del sistema chileno, toda vez que contempla castigos para personas físicas y jurídicas, con fundamentos de responsabilidad penal propios para ambos, dado que las colectividades pueden evitar de la sanción en la medida que se establezca que se organizaron adecuadamente. Por el contrario, su castigo dependerá de la existencia de una contribución de su parte, consistente en una organización defectuosa que contribuya al delito individual.

En lo sucesivo se revisarán los aludidos sistemas relevando sus principales características e instituciones, comparándolas con el sistema chileno.

II.- Revisión del sistema norteamericano respecto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

a.- Aspectos generales y origen histórico de la responsabilidad penal

El sistema norteamericano de justicia se organiza en una jurisdicción federal y una estatal. La primera tiene aplicación en todo el territorio. Los Estados, por su parte, están dotados de autonomía para generar su propia normativa penal y procesal penal, pero su ámbito de aplicación se limita al territorio que corresponde a dicha localidad. El sistema se basa en precedentes o *case law*. Junto con éstos conviven diversas leyes y códigos de naturaleza federal y estatal[389]. Lo que determina que un hecho sea constitutivo de delito federal o de un determinado Estado, depende de diversos factores, como el traspasar fronteras entre Estados o utilizar ciertas formas de comunicación como el teléfono o el sistema de correo estadounidense. Los delitos financieros son de aquellos que comúnmente quedan sometidos a la jurisdicción federal y en varios de estos casos se han visto envueltas corporaciones[390].

La sanción penal de las personas jurídicas en el sistema norteamericano se remonta a principios del siglo veinte, aunque el sistema vicario comienza su desarrollo en los tribunales de Gran Bretaña durante el siglo XV[391]. La doctrina anglosajona fue reacia[392] a admitir esta responsabilidad para los seres ficticios, pero consideraciones prácticas y utilitaristas terminaron por imponerse. Su reconocimiento pretendió dar respuesta al

[389] GIMENO (2014) pp. 26 y ss.

[390] Los órganos jurisdiccionales federales son los Tribunales de Distrito, Las Cortes de Apelaciones de Circuito y la Corte Suprema.

[391] GÓMEZ-JARA (2006a) p. 43.

[392] Hasta 1850 en EE. UU. primaba la opinión contraria a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El fundamento de este rechazo provenía principalmente de la ausencia de *mens rea* por parte de éstas. Célebre es la frase atribuida a Edward Thurlow en el siglo XVIII, que en referencia a éstas señalaba que *"no soul to be dammed, and no body to be kicked"*. En ORTIZ DE URBINA (2014) pp. 35 y ss.

vertiginoso crecimiento de las empresas ocurrido a partir de la revolución industrial, lo que condujo a un aumento del poder corporativo, que como contrapartida dio paso a una mayor regulación[393]. El hito fundacional para la historia norteamericana tiene lugar el 23 de febrero de 1909, cuando la Corte Suprema decide el caso *New York Central R. Co v. United States.* Desde ese momento se reconoce que las personas jurídicas pueden ser sujetos activos idóneos para cometer delitos. Su dictación se explica por razones utilitaristas. La Corte Suprema estimó que no se puede obviar que la criminalidad moderna utiliza a empresas y no es posible dejar impunes a todas ellas por la mera aplicación de la doctrina antigua. En este sentido, la Corte señaló literalmente que "it cannot shut its eyes to the fact that the great mayority of business transactions in modern times are conducted through these bodies"[394].

Antes de la dictación de esta sentencia tuvieron lugar algunos acontecimientos relevantes que explican por qué se produjo este reconocimiento[395.] El derecho inglés, vigente antes de la independencia de los Estados Unidos, a partir del siglo XVII comienza a reconocer a través de ciertos pronunciamientos jurisdiccionales, la posibilidad de que las entidades jurídicas sean castigadas penalmente, aunque solamente respecto de ciertas personas jurídicas y en relación con algunos delitos concretos. Básicamente se trataba de personas jurídicas de derecho público como Municipalidades, Condados y otros. Las sanciones se producen en relación con la infracción de obligaciones de conservación de estructuras públicas como caminos y puentes. Se trata de los casos denominados de *public nuisance* o molestias públicas, siempre que se produjera un daño o perjuicio a algún miembro de la comunidad. El fundamento tras estas decisiones se refiere a la circunstancia de que el deber de cuidado respecto de la conservación de estos bienes públicos le correspondía al ente y no a los empleados o

[393] SUN BEALE (2016) pp. 41 y ss.

[394] La Corte Suprema considera que no es posible cerrar los ojos en relación con que la gran mayoría de los negocios realizados en la actualidad, se verifican a través de estas entidades. En NEW YORK CENTRAL AND HUDSON RIVER RAILROAD COMPANY VS. UNITED STATE (1909).

[395] ORTIZ DE URBINA (2014) pp. 39 y ss.

directivos. Durante los siglos XVIII y XIX este tipo de decisiones siguió proliferando, extendiéndose a las personas jurídicas privadas, culminando con la dictación de las *comercial corporations*. De esta forma se fue expandiendo a más personas jurídicas y respecto de más hechos. La explicación de la participación de las entidades privadas se vincula con el hecho de que éstas comenzaron a realizar actividades de relevancia pública, lo que a poco andar, les significó asumir las mismas consecuencias que conllevaban las entidades públicas[396].

A partir de estos casos se activa la discusión relativa a si las corporaciones deben o no ser sancionadas al tenor de sus obligaciones, sea porque dejaron de hacer algo que

[396] VILLEGAS (2016) pp. 95 y ss. Por su parte, en el sistema jurídico norteamericano el surgimiento de la responsabilidad penal corporativa también se relacionó con la *law of nuisance* o ley de molestias. Desde su declaración de independencia en el año 1776, el nuevo Estado comienza a desarrollar un derecho propio, que tiene su máxima expresión en la Constitución de 1787. Fue necesario el transcurso de varios años para el desarrollo de sus leyes. Por este motivo, y pese a haber declarado su independencia en sus orígenes, su modelo legislativo fue el británico. De esta forma, no es de extrañar que *the law of nuisance* viniera de Inglaterra. De acuerdo a dicha normativa la definición de molestias se configura por cualquier ofensa contra el público, sea haciendo una cosa que tienda a molestar a algún asunto del Rey o por no hacer algo que se requiere para el bien común[396]. Las primeras persecuciones contra las corporaciones afectaron a entidades públicas, al igual como había acontecido en el sistema inglés. Los primeros casos consistían en situaciones de contaminación de ríos, caminos y puentes deteriorados. Uno de los casos que la doctrina destaca es el de la ciudad Albany[396] que fue acusada por fallar en la limpieza del río Hudson. Los abogados que defendían al gobierno de la ciudad se opusieron argumentando que ésta en tanto persona jurídica si bien era la responsable de limpiar, los que debían ser perseguidos penalmente eran los funcionarios encargados de realizar la limpieza. Cuando la Suprema Corte de Nueva York revisa esta sentencia, confirma que los seres físicos y los colectivos que tienen el deber de arreglar carreteras o limpiar un río, son responsables de la falta de diligencia en relación con esta tarea (*nonfeasance*). De estas sentencias surge el precedente que establece que quien está dotado de una obligación determinada es responsable de ejercerla, lo que con el tiempo también significaría el castigo no solo respecto de las omisiones, sino también de las acciones (*misfeasance*)[396]. Si bien estas sanciones son de naturaleza penal, no se las castigaba cuando los delitos exigían la concurrencia de elementos subjetivos (*mens rea)* reservándose para los demás casos[396].

debían (*nonfeasance*) o porque lo realizado estuvo mal ejecutado (*misfeasance*). El debate consideraba aspectos como que los seres ficticios no poseen cuerpo, y por ende, no pueden ser castigados, también las críticas en relación con su ausencia de culpabilidad. A partir de este momento se discute sobre la necesidad de castigarlos junto con las personas naturales que cometen los delitos, porque de esta manera sería posible prevenir hechos en el futuro. También se argumenta que los seres físicos serán en algunos casos inidentificables o carecerán del patrimonio para responder por los daños causados[397].

Al igual que en Inglaterra, con el transcurso del tiempo, los tribunales no tuvieron inconvenientes en sancionar por este tipo de infracciones a las empresas privadas, dado que la función que éstas desempeñaban era de similar naturaleza a las públicas cuando realizan este tipo de actividades. Ello, siempre vinculado a las molestias públicas por acciones u omisiones en la debida mantención, conservación y evitación de daños respecto de infraestructura pública[398]. Los casos que dan cuenta de esto son múltiples[399]. Pese a esta evidente tendencia, lo que no evolucionó con la misma rapidez fue considerar que las personas jurídicas podían cometer delitos que supusieren la concurrencia de intención o dolo. Los delitos que requerían estos elementos subjetivos solo podían ser cometidos por personas naturales. Los argumentos apuntaban al carácter ficticio de las corporaciones o el hecho de que éstas carecían de "alma", por lo que malamente podrían actuar con una intención negativa. Por ello la posibilidad de solucionar este problema era atribuir la intención de las personas físicas a la persona jurídica por la que actuaban. Esto fue lo que ocurrió en el caso Hudson River[400].

[397] BRICKEY (1982) p. 407-409.

[398] VILLEGAS (2016) p. 113.

[399] SUSQUEHANNA & BATH TURNPIKE CO. V. PEOPLE (1836); STATE V. MORRIS & ESSEX RAILROAD CO. (1852); STATE V. GREAT WORKS MILLING & MANUFACTURING CO ME. (1841); entre otros. Citados por VILLEGAS (2016) pp. 113 y ss.

[400] BRICKEY (1982) p. 410-413.

No fue hasta la dictación de la sentencia *New York Central R. Co v. United States*, en 1909, que se reconoce la responsabilidad penal para las personas jurídicas en el sistema federal de justicia. Esta decisión jurisdiccional es permanentemente citada por la doctrina debido a que modifica el criterio vigente, considerándose el precedente que da origen a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en EE. UU. Con posterioridad el Código penal modelo contemplaría la regulación de los delitos que pueden cometer las aludidas colectividades.

Los hechos de este caso se verifican durante un período de grandes cambios sociales y económicos que tuvieron lugar después de la Guerra Civil estadounidense. Durante esa época se adoptó un conjunto de normativas cuya finalidad era regular la actividad empresarial[401]. Las sanciones afectaron a una empresa ferroviaria y dos de sus empleados. Concretamente la infracción se configura contra la Ley Elkins de 1903, que regula el comercio interestatal prohibiendo que las empresas ferroviarias pudieran ofrecer rebajas a sus clientes por el traslado de las mercaderías, considerándose delictiva la conducta tanto para la compañía como para quien aceptase el descuento. Los hechos del caso consisten en que la empresa para conseguir contratos de transporte de azúcar desde New York hasta Detroit, devolvió aproximadamente cinco centavos por cada 100 libras transportadas, lo que significaba una rebaja de las tarifas publicadas. Este rembolso es ilegal de conformidad a la mencionada ley. De no haberse verificado el reembolso mencionado el transporte se habría realizado a través de barcos por ser más económico. Era claro que sin mediar la devolución de dinero, el ferrocarril no habría podido dejar fuera del transporte a sus competidores. Después de ser condenados por el Tribunal del Distrito Sur de Nueva York, impugnaron la decisión del tribunal esgrimiendo la inconstitucionalidad de la Ley Elkins, dado que el Congreso no podía por

[401] Como la Ley Sherman Antimonopolio de 1890, cuya finalidad es castigar civil y penalmente ciertas conductas monopólicas realizadas por personas jurídicas; la Ley de Comercio Interestatal de 1887, entre otras. Normas citadas por SUN BEALE (2016) p. 44.

la vía legislativa establecer responsabilidad penal para la agrupación de personas[402]. La Corte Suprema rechazó la pretendida inconstitucionalidad de la norma y consideró que castigar solamente a los gerentes involucrados en esta operación no habría disuadido suficientemente a la empresa de abandonar este tipo de conductas. A través de esta sentencia se pretende evitar abusos de las empresas en el futuro.

La Corte Suprema aplica la doctrina del *respondeat superior*[403], según la cual la corporación debe responder por los actos que sus agentes realicen en su beneficio y en la medida que actúen usando los poderes que la empresa les ha concedido. Con esto, el máximo tribunal norteamericano abandona la doctrina que imperaba hasta ese momento[404] y la imputación de responsabilidad penal se basa en un tipo de responsabilidad por el hecho ajeno. Si bien en el caso *Hudson River* la responsabilidad penal de las agrupaciones de personas fue utilizada para garantizar el sistema de regulación interestatal de tarifas de navegación, esta decisión también se consideró relevante para alcanzar el cumplimiento de la normativa antimonopolio[405]. Pero además significó que la justicia Federal estableciera que las personas jurídicas son sujetos

[402] Los fundamentos para solicitar la inconstitucionalidad fueron tres: 1) Al condenar a la persona jurídica se castiga a los particulares que la componen y ellos son inocentes; 2) La condena afectaba su derecho a la presunción de inocencia; y 3) Porque la conducta delictiva nunca habría podido ser autorizada por sus accionistas ni por sus administradores. En VILLEGAS (2016) p. 126

[403] La doctrina del *respondeat superior* tiene sus orígenes en el siglo XVII. En esa época para que el amo sea obligado por las acciones de su súbdito, era necesario que el acto sea ordenado o aconsejado por el primero. Esta regla fue experimentando cambios porque se admitió que ciertos actos realizados por los súbditos obligaban a los principales aun cuando no hubiesen sido ordenados o sugeridos, como el caso de incendios que cometían los empleados de los barcos y que generaban consecuencias para terceras personas o también se respondía por los daños que sufría la mercadería a bordo de las embarcaciones cuando existía negligencia de la tripulación. La responsabilidad aludida es de orden civil, no criminal. En BRICKEY (1982) p.416.

[404] SUN BEALE (2016) pp. 45 y ss.

[405] La normativa antimonopolio norteamericana es la Sherman Antitrust Act de 1890.

activos idóneos para cometer delitos, lo que se tradujo en un cambio sustancial en la jurisprudencia seguida hasta ese momento en los tribunales federales de EE.UU[406].

La doctrina del *respondeat superior* durante el siglo XVIII estaba ampliamente extendida en el ámbito civil, pero en materia penal se rechazaba porque la responsabilidad se consideraba exclusivamente personal, no delegable. Cuando comenzó a utilizarse esta doctrina en materia penal, al menos durante la primera época, no había referencia a la culpabilidad de la organización. El criterio apuntaba a establecer que existía una responsabilidad por los actos de ciertos agentes. Se trataba de una responsabilidad estricta u objetiva que no consideraba la actuación o culpabilidad de la institución. En todo caso algunos autores consideraban que no se está ante una hipótesis de responsabilidad objetiva porque se traspasa a la persona jurídica el *actus rea* y el *mens rea* de la persona natural[407].

Esta responsabilidad de orden vicaria tiene dos presupuestos. El primero es que la actuación se realice en el ámbito de una función o empleo. Lo segundo es que se lleve a cabo con el propósito de beneficiar a la corporación. Cuando confluyen ambos supuestos, el injusto y la culpabilidad de la persona natural se consideran propios de la persona jurídica. Dado que esta doctrina es manifestación de la teoría de la representación, para que la actuación de la persona física sea imputada a la jurídica, es necesario que actúe dentro del ámbito de sus atribuciones. Para el sistema norteamericano puede ser cualquier persona que ocupe un cargo dentro de la organización. El segundo requisito alude a que la actuación se hubiese realizado en beneficio de la entidad. Su fundamento es evitar que cualquier actuación ilícita realizada dentro de la esfera de sus atribuciones pueda serle atribuida, por ello no existe responsabilidad penal de ésta cuando los actos realizados no la benefician. Es suficiente

[406] SUN BEALE (2016) pp. 47 y ss.

[407] GÓMEZ-JARA (2006a) p. 44.

que exista la intención de beneficiar a la empresa, no siendo requisito que aquello efectivamente ocurra[408].

Con posterioridad a esta sentencia la responsabilidad penal de las personas jurídicas comienza a ser reconocida en todo ámbito de delitos y respecto de todas las actividades. La gran mayoría de las infracciones corresponden a delitos de orden económico, tales como: ilícitos contra la libre competencia, prácticas contrarias al derecho laboral, fraude y otros ilícitos contrarios a la regulación económica. La proliferación de estas infracciones se manifiesta con mucha claridad durante la primera mitad del siglo XX[409]. Las sanciones a las personas morales se imponían incluso en aquellos casos en los que las leyes no preveían una sanción específica para ellas[410].

b.- La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema federal de justicia de los EE.UU

El derecho penal económico es uno de los ámbitos en los que el sistema federal ha sido especialmente prolífico. Los delitos de cuello y corbata tales como fraudes, sobornos, corrupción, medioambiente, entre otros, forman parte de este sistema. Estos ilícitos se encuentran recogidos en el *United States Code* y en diversas leyes. En general, se estima que son delitos federales aquellos que se vinculen al *commerce clause* o *commerce power* que se encuentra en la sección octava del artículo primero de la Constitución norteamericana, que en su numeral tercero se refiere al comercio con Estados extranjeros

[408] GÓMEZ-JARA (2006a) pp. 43-49.

[409] LAUFER (2006) pp. 21-23.

[410] Algunas leyes expresamente contemplaban a las personas jurídicas como sujetos activos idóneos para estos delitos como lo hacía, por ejemplo, la Elkins Act, pero los Tribunales no vieron óbice en sancionarlas también en aquellos casos en que la ley no las mencionara expresamente como sujetos activos. En VILLEGAS (2016) p. 131.

e interestatal[411]. Bajo el amparo de esta cláusula se han dictado diversas leyes que sancionan la delincuencia económica[412].

En relación con los delitos que pueden cometer las personas morales, tal como se indicó en el apartado anterior, la ley no regula los casos en los que procede, ni tampoco existe una cláusula que enumere aquellos ilícitos en los que puedan incurrir. En principio pueden cometer los mismos ilícitos que las personas naturales. Esto, sin perjuicio de que en algunos casos se ha discutido la procedencia de esta responsabilidad porque no existe culpabilidad del ente, lo que ha dado lugar a la dictación de sentencias que se alejan de la teoría vicaria[413].

La teoría del *respondeat superior* al día de hoy continúa siendo la regla en el ámbito de la justicia federal, por lo que las empresas en EE.UU responden penalmente de acuerdo a este criterio de imputación. El fundamento de su aplicación es eminentemente utilitario, porque nace de la necesidad de que las personas jurídicas asuman directamente los riesgos de la actividad en la que participan, lo que motiva que se le atribuya el acto y la culpabilidad de la persona natural que actuó a su nombre[414]. De acuerdo a dicha doctrina, el *actus rea* y el *mens rea* de la persona natural se traspasan a la persona jurídica, quien es responsable junto con la persona física del delito[415]. Si bien ello configura el núcleo esencial de la teoría del *respondeat superior*, no ha estado exento de discusión el que la persona jurídica sea castigada siempre, sin importar si su actuación fue o no conforme a derecho. Expresado en otros términos, se trata de una

[411] "3. Para reglamentar el comercio con las naciones extranjeras, entre los diferentes Estados y con las tribus indias".

[412] En VILLEGAS (2016) pp.155-157.

[413] UNITED STATES VS. BANK OF NEW ENGLAND (1987). En este caso se reconoció la tesis del conocimiento colectivo que se forma por la sumatoria del conocimiento de los funcionarios de la institución.

[414] Siempre que actúe dentro del ámbito de sus atribuciones y en beneficio de la persona jurídica.

[415] Si bien normalmente se imputará responsabilidad penal a ambas, en algunas oportunidades se imputa solo a la persona jurídica.

responsabilidad por el hecho ajeno que se produce con independencia del actuar lícito o ilícito de la agrupación[416].

En el caso Arthur Anderson y Enron[417], se dio aplicación a la doctrina del *respondeat superior*[418]. El año 2001 se produce la quiebra de esta última corporación. Sus cuentas eran auditadas por Arthur Andersen. Al momento de conocerse la insolvencia de Enron se manifiestan un conjunto de irregularidades en relación con su auditoría contable. Si bien la corporación originalmente se dedicaba a los gasoductos, con el tiempo se amplió a otros rubros energéticos, dentro y fuera de EE.UU. Por su parte, la corporación Arthur Andersen le prestaba servicios de auditoría.

En este caso, la *Security Exchange Comission* (SEC) luego de que la prensa hiciera una advertencia de posibles irregularidades, abre una investigación en contra de Enron. La consultora Andersen siguiendo su declarada política en relación con los documentos, destruye aquellos que estaban en su poder. Posteriormente la *Security Exchange Comission* (SEC) le pide a ambas instituciones que entreguen los documentos que éstas guardaban. Por estos hechos la empresa Andersen fue condenada el año 2002, por el delito de obstrucción a la justicia por persuadir de manera corrupta a sus empleados a destruir evidencia del caso. Aquí se sentó la doctrina de que bastaba que cualquiera de los empleados de Andersen, de manera consciente destruya un documento, para que la empresa sea responsable por el delito. De hecho en este caso no se exigió la individualización de alguna de las personas naturales que hubiesen participado en la destrucción u ocultamiento. La sanción fue de 500.000 dólares y *probation* por cinco años. El año 2005 la Corte Suprema norteamericana revocó esta sentencia, pero por

[416] Esta afirmación será matizada cuando se haga referencia a las *Sentencing guidelines*, las cuales recomiendan que la culpabilidad de la corporación se gradué en consideración a la colaboración que presten durante la investigación, la existencia de programas de cumplimiento anteriores a la comisión del delito, entre otros factores a considerar.

[417] UNITED STATES V. ARTHUR ANDERSEN (2002).

[418] Mayores detalles sobre el caso Andersen, véase GÓMEZ-JARA (2006a) pp. 54-58.

razones distintas a la teoría del *respondeat superior*. Estos hechos dieron lugar a la dictación de la *Sarbanes-Oxley Act* en el año 2002, normativa que reforma la contabilidad pública de empresas e inversionistas. Su objetivo es evitar que el valor de las acciones que se venden en la bolsa corresponda a montos manipulados o se basen en información falsa.

Entre las críticas que se formulan a la teoría del *respondeat superior*, se esgrime la necesidad de exonerar de responsabilidad penal a aquellas entidades que han actuado de buena fe o que hubiesen adoptado medidas adecuadas[419]. Éstas y otras alegaciones pretendieron ser resueltas en el *Model Penal Code*[420], que fue elaborado por el *American Law Institude* en el año 1962. Esta iniciativa se tradujo en la dictación de un Código penal no vinculante. De acuerdo a su texto, para que se configure la responsabilidad penal se parte de la teoría del *respondeat superior*, pero la empresa queda liberada de responsabilidad penal en el evento que demuestre que empleó la diligencia debida para evitar que el delito se verifique. Esta diligencia debe ser ejercida por una persona que forma parte de la alta dirección de la corporación (*high managerial*) diferenciándose del criterio jurisprudencial que consideraba que podía ser cualquier empleado. Bajo esta concepción se encuentra la idea de que solo la plana directiva configura el ser de la corporación. Esta normativa modelo no causó mayor influencia en el sistema federal,

[419] ORTIZ DE URBINA (2014) pp. 43-44.

[420] "Section 2.07. Liability of Corporations, Unincorporated Associations and Persons Acting, or Under a Duty to Act, in Their Behalf. (1) A corporation may be convicted of the commission of an offense if: (a) the offense is a violation or the offense is defined by a statute other than the Code in which a legislative purpose to impose liability on corporations plainly appears and the conduct is performed by an agent of the corporation acting in behalf of the corporation within the scope of his office or employment, except that if the law defining the offense designates the agents for whose conduct the corporation is accountable or the circumstances under which it is accountable, such provisions shall apply; or (b) the offense consists of an omission to discharge a specific duty of affirmative performance imposed on corporations by law; or (c) the commission of the offense was authorized, requested, commanded, performed or recklessly tolerated by the board of directors or by a high managerial agent acting in behalf of the corporation within the scope of his office or employment."

pero tuvo acogida en varios Estados que la adoptaron en sus legislaciones internas. En estos últimos casos se ha considerado el estado mental de la corporación como un elemento para definir su responsabilidad criminal[421].

Las dificultades mencionadas junto con otras que derivan de la aplicación de la teoría del *respondeat superior* han llevado a la doctrina y los tribunales a evaluar soluciones para los casos más complejos. Una de las cuestiones que se ha discutido es la determinación del comportamiento y del estado mental del o los funcionarios de dicha corporación que le serán atribuidos[422]. Frente al problema de la individualización del sujeto concreto que cometió la infracción, lo cual no siempre es posible de efectuar, se elaboró la doctrina del conocimiento colectivo a la que se hizo referencia anteriormente[423]. En este último caso se asume que la adición de los conocimientos que poseen los diversos funcionarios de una entidad, permite considerar que existe un conocimiento que es atribuible a ésta (conocimiento colectivo). Entonces, la suma de los conocimientos individuales configura uno general que corresponde al *mens rea* de la persona jurídica. Esta teoría soluciona las dificultades que se originan en la estructura u organización de ciertas corporaciones grandes, en las que la información se encuentra repartida entre sus diversas secciones o departamentos[424]. Esta sentencia no tuvo mucha acogida en los precedentes posteriores. Un caso en el que se empleó fue en *United State v. Osorio* en el año 1991[425].

[421] En VILLEGAS (2016) p. 135-136 y LAUFER (2006) p. 23.

[422] Ello siempre que no se trate de delitos de responsabilidad objetiva que están admitidos en el sistema Federal en ciertos casos. Estos delitos se denominan *strick Liability crimes*. Ejemplos de estos son el tener relaciones sexuales con personas menores de edad y el delito de bigamia. En el primer caso la responsabilidad penal procede con independencia del conocimiento sobre la minoría de edad. En el caso de la bigamia también será responsable incluso cuando pensase que el matrimonio estaba terminado. En VILLEGAS (2016) p. 192.

[423] Supra nota al pie n° 413, a propósito del fallo UNITED STATES VS. BANK OF NEW ENGLAND (1987).

[424] GÓMEZ-JARA (2006a) pp. 52-54.

[425] Fallo citado por VILLEGAS (2016) p. 227.

También se dificulta la aplicación de la doctrina del *respondeat superior* en los casos en los que no se logra identificar a la persona física concreta que cometió el ilícito, puesto que en ese evento no resulta posible traspasar el *mens rea* y *actus rea* si no se tiene correctamente identificado al individuo.

Pese a lo explicado en los párrafos precedentes la jurisprudencia federal de manera mayoritaria[426] ha sido contraria a aceptar la defensa de la corporación fundada en que actuó correctamente o que la acción realizada por la persona física atentaba contra la política de la organización o es contraria a las instrucciones o por oponerse a los programas de cumplimiento.

[426] En contra del criterio mayoritario: JOHN GUND BREWING CO. V. UNITED STATES (1913), en que se admitió que la empresa acusada no tuvo conocimiento que uno de los empleados ocultó el envío de bebidas alcohólicas para evitar el pago de los impuestos. NOBILE V. UNITED STATES (1922), en el que la empresa fue absuelta penalmente porque lo realizado por sus trabajadores fue contrario a sus instrucciones y no estuvo autorizado. HOLLAND FURNACE CO. V. UNITED STATES (1946), en el que un empleado de la corporación vendió una especie en contravención a las normas de la industria para lo cual falsificó un documento. En este caso la empresa no fue condenada porque desconocía que el certificado era falso y además porque había adoptado medidas concretas para capacitar a sus empleados y evitar que este tipo de actuaciones se verificasen. A favor del criterio mayoritario: UNITED STATES V. AMERICAN RADIATOR & STANDARD SANITARY CORP (1970). En este caso se condenó a la corporación porque el jefe de ventas acordó junto con la competencia precios para la venta de sus productos. Esto pese a que la política de la empresa era contraria a este tipo de prácticas. El caso UNITED STATES V. HILTON HOTELS CORP (1972). La responsabilidad penal de la empresa se fundó en una infracción a la *Sherman Act*. En este caso se acreditó que lo realizado era contrario a las políticas de la empresa y que existían órdenes expresas contrarias a este tipo de actuaciones. La sentencia UNITED STATES V. TWENTY CENTURY FOX FILM CORP. (1989), infracción a un acuerdo *antitrust* que fue violado por la persona jurídica y sus empleados. Para el tribunal no fue suficiente que la empresa elaborara un programa de cumplimiento destinado a prevenir este tipo de actuaciones. En el caso UNITED STATES V. POTTER (2006). En este caso no basta para quedar exento de responsabilidad penal que la persona jurídica suscriba normas que en general prohíban a sus trabajadores realizar actos contrarios al derecho. Tampoco el que se hayan esforzado en implementar el programa de cumplimiento. Sentencias citadas en VILLEGAS (2016) pp. 202-206.

Además de la teoría del conocimiento colectivo se ha discutido la procedencia de la ignorancia deliberada en relación con las personas jurídicas. De acuerdo a ella se puede considerar responsable a quien niega conocer el carácter delictivo de la conducta, pese a estar en posición de poder haberlos conocido y no realizó de manera voluntaria o deliberada. En el caso *Williams v. Obstfeld* de 2002 se aceptó este criterio[427]. Esta doctrina no ha gozado tampoco de mucha aceptación en la jurisprudencia norteamericana.

Paralelamente al desarrollo del derecho penal de las corporaciones, surgen movimientos que abogan por una mayor autorregulación, la cual se motiva en la proliferación de procesos penales que se dirigen contra éstas. La concreción de esta tendencia se expresa en los programas de cumplimiento (*compliance programs*). Un hito fundamental en este proceso fue la dictación de la *Foreign Corrupt Practices Act* en el año 1977 que consagra la aplicación extraterritorial de sanciones penales por acciones vinculadas al pago de sobornos. Junto con esta y otras leyes, se va dando lugar a la idea de que las empresas deben formarse como buenos ciudadanos corporativos. En este contexto la autorregulación y la elaboración de programas de cumplimiento son fundamentales para desarrollar una nueva cultura corporativa. Se va instalando una novedosa institucionalidad que se funda en la doctrina del "garrote y zanahoria", que promueve una mayor flexibilización frente a los castigos, en la medida que la reacción de la persona jurídica tienda a mejorar su autorregulación. Las penas más altas serán para quienes no introduzcan estas normas de autocuidado, a diferencia de las que sí lo hagan, todo ello quedará refrendado con las *Sentencing Guidelines*[428].

Sentencing Guidelines for Organizations

[427] VILLEGAS (2016) pp. 237-238.

[428] En VILLEGAS (2016) p. 136-141 y LAUFER (2006) pp. 26-38.

Para comprender de mejor forma el rol que desempeñan las *Sentencing Guidelines for Organizations*, es necesario tener presente la reciente evolución del proceso federal norteamericano en relación con la individualización de la pena. El mismo tiene lugar con posterioridad al juicio de culpabilidad de la persona física o jurídica en relación con un delito concreto, verificándose una vez terminado el juicio oral o después de celebrar un acuerdo con la Fiscalía. El *sentencing judge* es el responsable de esta etapa, se trata de un juez distinto al que estuvo presente durante el juicio oral.

En los EE.UU hasta principios de los años setenta del siglo pasado, tanto en el sistema federal como en el estatal, existía un sistema de pena indeterminada. Bajo dicho sistema el juez tenía amplios poderes para establecer la sanción a aplicar, si sería o no privativa de libertad y respecto de los grados mínimos o máximos de dichas sanciones. Lo mismo ocurría en relación con la libertad condicional (*parole boards*). Este sistema generó mucho debate desde el abolicionismo, los derechos humanos, grupos liberales y conservadores, los que formularon críticas en relación con la ausencia de criterios objetivos, sesgos y disparidades al momento de la individualización judicial de la pena. Un hito lo configura el documento escrito por el juez federal de distrito, Marvin Frankel, en el año 1972, denominado *Criminal sentences: law without order*. En este trabajo aparece por primera vez la iniciativa de crear una guía para dictar sentencias. Ésta y otras críticas promovieron el regreso a las penas fijas[429].

En las *Sentencing Guidelines* dirigidas a personas naturales, elaboradas en 1987[430], se clasifican los delitos federales, se fijan límites máximos y mínimos para imponer las

[429] ZYSMAN (2013) pp. 87 y ss.

[430] El responsable de su creación es *la Sentencing Reform Act*, *creada* en el año 1984, estas guías son modificadas permanentemente. Se considera una de las reformas más profundas al sistema de justicia norteamericano. El Congreso de EE.UU aprobó la creación de esta comisión cuyas finalidades eran: 1) lograr mayor homogeneidad durante el proceso de dictación de una sentencia; 2) mayor uniformidad de las sentencias con la consecuente seguridad que esto iba a generar; 3) establecer penas más graves para ciertos delitos para lograr mayor disuasión y al mismo tiempo castigar con mayor severidad a los

penas, y éstas deben adoptar algunas de las finalidades: *deterrence*, *incapacitation, just punishment y rehabilitation*, sin hacer primar una por sobre otra. Estas guías si bien surgieron como normas vinculantes para los jueces federales, desde el año 2005 en adelante se vuelven meramente orientativas[431].

Por su parte, las *Organizational Sentencing Guidelines* fueron aprobadas el año 1991, se refieren a los delitos cometidos por personas jurídicas. Su elaboración dio lugar a mucho debate, en el que se manifestaron razones jurídicas y extrajurídicas[432]. Los acentos se formularon en relación con la culpabilidad de la corporación, lo que fue dejando de lado el modelo vicarial puro. De esta manera, las guías se enfocaron más en la prevención de futuras infracciones y otros fines sociales relacionados con las víctimas y los costos sociales de este tipo de delincuencia[433]. Este proceso se tradujo en un progresivo abandono de los criterios de la doctrina del *Law and Economics* que propugnaban la búsqueda de una sanción óptima, siendo reemplazados con el tiempo por los postulados de la teoría de la organización. Esto obedeció a que en un inicio primó el criterio de la disuasión basado en la pena óptima, o más concretamente, la multa óptima para las personas jurídicas, lo que dio origen a diversas críticas en relación con la búsqueda y existencia de una pena que cumpliera con dicho paradigma y, si ésta en definitiva lograba la anhelada disuasión del ente. Las críticas fueron dando lugar a la primacía de las teorías de la organización y la ética corporativa. La justicia de la pena quedaría determinada sobre la base de criterios de culpabilidad del ente y la disuasión, incentivando el proceso de autorregulación[434].

---

condenados. El objetivo era propender a un sistema federal que se fijara menos en la rehabilitación de los condenados y tendiera más a la gravedad de los hechos. GÓMEZ-JARA (2006a) p. 64.

[431] Esto desde el caso UNITED STATES V. BOOKER (2005). En este caso se resolvió que el juez no está obligado a seguir los criterios de la *Sentencing guidelines*, pudiendo alejarse de esto cuando lo estime.

[432] ZYSMAN (2013) p. 161; VILLEGAS (2016) pp. 303 y ss. y GÓMEZ-JARA (2006a) pp. 63 y ss.

[433] SUN BEALE (2016) p. 50.

[434] GÓMEZ-JARA (2006a) pp. 65 y 66.

Las directrices en la actualidad se identifican con la autorregulación. Su finalidad es que las corporaciones modifiquen su comportamiento, se prevenga la comisión de delitos, se descubran los que existen y se denuncien ante la autoridad. Todo ello se relaciona con la suscripción de programas de cumplimiento, lo que además les permitirá rebajar sus penas[435]. De esta forma éstas han servido para promover la cultura del *compliance*, mejorando con ello la ética de la corporación.

Por este motivo hoy el sistema federal en los EE.UU ha morigerado la estructura vicarial de responsabilidad permitiendo que se avance hacia un sistema mixto, en el que la determinación de la pena depende también del comportamiento propio de la empresa y no solo de la atribución de responsabilidad. La sanción es sensible a la finalidad de la autorregulación. Abandonándose la teoría de la disuasión (*deterrence)* a través de la sanción óptima, así como la sanción justa o merecida para dar paso a la autorregulación cuyo objetivo es cambiar el comportamiento del ente. Bajo este régimen primero se atribuye responsabilidad a la empresa de acuerdo al sistema vicario, después se considera su actuación para agravar o atenuar su responsabilidad. El comportamiento que se considera es el que se despliegue antes, durante y después de la comisión del delito.

Por estas razones se afirma que las Guías para las Organizaciones se basan en el sistema del "garrote y de la zanahoria"[436]. Así las cosas se puede afirmar que el objetivo que existe tras las *Sentencing Guides for Organizational* es "que adviertan los costos y beneficios que pueden conllevar sus conductas y responsabilidades"[437] . Este modelo de premio y castigo se fundamenta en la idea de la cooperación. Motivo por el que cuando la organización colabora con la evitación de infracciones, su sanción será rebajada, cuando acontece lo contrario, ésta podrá elevarse. Esto se basa en la idea de comprometer a la entidad con la colaboración, toda vez que esto le genera resultados

[435] GÓMEZ-JARA (2006a) pp. 69 y ss.

[436] ZYSMAN (2013) p. 162.

[437] ZYSMAN (2013) p. 163.

beneficiosos. Vale decir, que al final autorregularse adecuadamente le conlleva resultados positivos, por lo que debería preferir esto a situarse en la otra vereda[438].

El capítulo octavo de las *Sentencing Guidelines* se ocupa de las organizaciones[439]. En su comentario introductorio declara expresamente que su responsabilidad es vicaria, que los entes responden por sus agentes, sin perjuicio de la responsabilidad de estos últimos. Ambos pueden ser sancionados conjuntamente de acuerdo a las siguientes finalidades: castigo justo, disuasión, incentivar a las personas jurídicas para que mantengan mecanismos internos que prevengan la comisión de los delitos, detectarlos, y denunciarlos[440].

Los principios generales del capítulo octavo son:

- Remediar el daño causado, reparar a la víctima y castigar al ofensor.
- Si la organización actuó con un propósito criminal, la pena de multa debe ser lo suficientemente alta como para privarla de lo que ganó.
- El rango de la multa se debe determinar considerando tanto la gravedad de la ofensa, como la culpabilidad de la corporación. La que a su vez se establece sobre la base de seis factores: 1) Estar involucrados en actividades ilícitas; 2) La historia previa de la organización; 3) La violación de una orden o mandamiento judicial; 4) La obstrucción a la justicia. A su turno, dos elementos que atenúan su responsabilidad son: 1) La existencia de un programa efectivo de ética y *compliance* y ética corporativa. 2) La autodenuncia, cooperación y aceptación de responsabilidad.
- La libertad a prueba o *probation* es una buena sanción para las corporaciones. Se establece con el objetivo de que la organización no cometa nuevos delitos.

[438] NIETO (2008) pp. 180-182.

[439] Capítulo VIII del *United States Sentencing Commission Guidelines Manual.*

[440] *Felonies y misdemeanors.*

- Estas guías incentivan el mejor comportamiento de la corporación y su autorregulación. El cumplimiento de los programas y la ética son positivos, como también lo son la prevención y la detección de los delitos.

Las guías definen las tipologías de personas jurídicas o corporaciones que pueden cometer delitos[441] y de éstos últimos, aquellos que pueden ejecutar. Se establece un sistema según el cual se gradúa la sanción a través de un sistema de puntos que va desde el número uno al cuarenta y tres. Los puntos dependen del tipo de delito, el daño causado a la víctima, su modo de comisión, entre otros factores con los que se les asigna un puntaje para después ubicarlos en la tabla de puntuación. El juez en todo caso puede aplicar una pena distinta a la resultante de la sumatoria de puntos, cuando a su juicio concurran circunstancias atenuantes o agravantes.

Las penas pueden ser multas, medidas reparativas y facultades de control preventivo, reparación a las víctimas, devolución de lo ganado, trabajo en beneficio de la comunidad, supervisiones judiciales e intervenciones. También se contemplan penas de capital respecto de aquellas empresas que se dediquen a la comisión de los delitos, lo que puede importar la aplicación de sanciones millonarias. Las multas se calculan sobre una base (*base fine*), que se determina de acuerdo a la gravedad de la infracción. Con posterioridad se establece la puntuación de la culpabilidad (*culpability score).*

Una de las penas, antes mencionada, más característica que se contempla en *Guidelines* es la *corporate probation*. Su objetivo consiste en garantizar que otras sanciones sean efectivamente cumplidas, lo que es posible gracias a la supervisión judicial implícita en esta institución[442]. Una segunda finalidad es la prevención de ilícitos a través del establecimiento de una modalidad de comportamiento determinada. De acuerdo a las

[441] Los ilícitos son infracciones de carácter federal que tienen cierta gravedad, como ciertos fraudes, los que se agrupan por sus características similares.

[442] Esto por ejemplo en relación con sanciones que se refieren al resarcimiento o reparación de la víctima.

guías[443] esta institución procede: 1) Cuando sea conducente para asegurar el pago de una indemnización u otra sanción; 2) Cuando dentro de los últimos cinco años la corporación hubiese tenido participación en un hecho semejante; 3) Cuando no se imponga ninguna multa; 4) Cuando la empresa tenga 50 o más empleados o por ley esté obligada a contar con un programa de cumplimiento; 5) Cuando sea necesario para la disuasión, entre otras razones. La *probation* no puede exceder de cinco años. El juez al momento de decretarla puede establecer diversas condiciones[444].

Como se observa, las guías participan claramente de la finalidad de autorregulación, por ello se insta por la adopción de programas de cumplimiento y que las corporaciones sean responsables del cumplimiento de la ley. También estas orientaciones judiciales son clara expresión de la política de la persuasión sobre la base de un sistema de amenaza de pena. Las sanciones se establecen por la gravedad, la culpabilidad y por la necesidad de persuadir a las organizaciones, bajo la finalidad que se conduzcan de una manera adecuada al derecho.

Prueba de lo expresado es la sección que las guías dedican a los programas efectivos y éticos[445] (*Effective and Ethics programs)*. Estas normas se emplean para determinar la pena a aplicar y los programas de cumplimiento. La existencia de un programa de estas características es esencial para el valorar o medir la culpabilidad. Para su eficacia es fundamental que se acredite que se empleó una debida diligencia en la prevención de los delitos, y que las medidas adoptadas tenían la propiedad de favorecer la creación de una cultura corporativa ética y cumplidora de la normativa.

[443] Capítulo VIII D.1 de las *Sentencing Guidelines*.

[444] La Guía menciona, entre otras, las siguientes condiciones: 1) Elaborar e implementar programas de cumplimiento; 2) Notificar a accionistas y empleados de la existencia de un programa de cumplimiento; 3) Enviar al tribunal informes periódicos sobre situación económica, entre otras.

[445] Capítulo VIII B2.1 de las *Sentencing Guidelines*.

Los aspectos que de acuerdo a las guías deben quedar comprendidos dentro de los programas de cumplimiento son: 1) Conocimiento y control del programa de cumplimiento por parte de los directivos de la entidad; 2) La existencia de encargados de control dedicados exclusivamente a esta función. Además de las funciones de control, deben evacuar reportes periódicos sobre la ejecución y aplicación del programa; 3) Los directores y administradores no pueden haber participado de actividades ilegales en el pasado; 4) Publicitar e informar a todos los miembros de la corporación sobre el contenido del informe. Esto incluye la realización de capacitaciones; 5) Control interno sobre el cumplimiento del programa; 6) Garantizar la posibilidad de realizar denuncias anónimas; 7) La aplicación de medidas disciplinarias eficaces en caso de comisión de infracciones u omisiones; 8) las revisiones periódicas de los programas[446].

Con el objetivo de mejorar la persecución de este tipo de infracciones, durante el año 2002 se creó una fuerza especial para perseguir los delitos cometidos por las agrupaciones de personas denominadas *Corporate Fraud Task Force*. A mayor abundamiento, durante el año 2004 hubo una importante modificación con el objeto de definir cuándo los programas pueden ser considerados efectivos, lo cual puede dar lugar a una rebaja en la sanción. El objetivo de estos cambios es promover una cultura organizacional que se base en la ética y en el compromiso de cumplir con la ley[447].

Así las cosas, una de las consecuencias de estas guías ha sido la expansión de los programas de cumplimiento en las empresas, con el consecuente aumento de éstos y la profesionalización de los encargados de este tipo de programas.

Actualidad: *Non Prosecution Agreements* (NPA) *y Deferred Prosecution Agreements* (DPA)

[446] En VILLEGAS (2016) pp. 318 y ss.

[447] En VILLEGAS (2016) pp. 143-144.

El sistema estadounidense ha hecho primar criterios utilitaristas a la hora de perseguir la responsabilidad penal de las personas jurídicas[448]. Esto obedece a los efectos dañinos colaterales que genera la imposición de penas a las entidades, tales como, perjuicio a accionistas inocentes, trabajadores e incluso a los consumidores, considerando que la compañía puede traspasar los costos del proceso penal y la pena a los destinatarios de los productos. Otro elemento que ha potenciado la existencia de estos criterios se debe a la propia teoría del *respondeat superior* que da lugar a una responsabilidad derivada, sin consideración a la actuación de la entidad.

En el mismo orden de ideas, la flexibilidad que franquean los acuerdos que serán revisados durante este capítulo, favorecen la realización de mejoras en la administración de la empresa, de modo tal que tras la amenaza de pena y a fin de impedir que les sea aplicada, se suscriben acuerdos que promueven su autorregulación.

A diferencia de sistemas procesales penales como el nuestro, que se rigen por una oportunidad reglada inspirada en la ordenanza procesal penal alemana, en Estados Unidos de Norteamérica el Ministerio Público puede disponer discrecionalmente del ejercicio de la acción criminal. Esta libertad se traduce en la posibilidad de no acusar en un caso concreto. En uso de estas facultades el Departamento de Justicia[449] resuelve una importante cantidad de casos mediante acuerdos de no persecución o *non prosecution agreements*[450] o de persecución diferida o *deferred prosecution agreements*[451].

Los acuerdos mencionados en el párrafo anterior son ofrecidos por el fiscal y no significan una asunción de culpabilidad por parte del imputado, siempre que se someta a un conjunto de condiciones. En el caso del *non prosecution agreement*, el acusador no presenta acusación a cambio de que el imputado cumpla con lo acordado con la fiscalía.

[448] SUN BEALE (2016) p. 41.

[449] En adelante DOJ.

[450] Su sigla es NPA

[451] Su sigla es DPA

En la hipótesis del *deferred prosecution agreement*, se presenta acusación, pero el procedimiento no continúa siempre que el imputado dé cumplimiento a las mencionadas condiciones. En el evento de incumplimiento de lo acordado, el procedimiento continúa, con la diferencia que en el primer tipo de acuerdos la fiscalía deberá interponer la acusación que antes no presentó.

El contenido de estos acuerdos consiste en que las entidades se comprometen a colaborar con la investigación, inclusive en perjuicio de sus administradores y empleados, el pago de multas y otras sanciones económicas, la implementación o perfeccionamiento de sus programas de cumplimiento, la renuncia al juicio, entre otras condiciones. El objetivo de estos acuerdos es la realización de cambios estructurales en la corporación bajo amenaza de ser sancionada en caso de que no sean cumplidas dichas condiciones. El acuerdo también incluye la negociación respecto de los delitos que habría cometido la agrupación, que en caso de haber comparecido al juicio, podrían haber sido más imputaciones o de una mayor gravedad. Por su parte, para las personas jurídicas la motivación para aceptarlos es evitar el castigo, la formulación de cargos más gravosos, la aplicación de la doctrina del *respondeat superior* que no le permite excusarse en el evento que hubiera realizado lo que estaba a su alcance para evitar el ilícito[452].

Respecto de los delitos cometidos por personas jurídicas, la fiscalía cuenta con criterios que regulan como deben actuar en los casos concretos. La aplicación de dichos criterios en la realidad se traduce en múltiples acuerdos suscritos por las corporaciones que postergan su persecución, evitando su criminalización. El objetivo de éstos en muchos casos es facilitar la condena de las personas físicas que participan en los delitos. Lo expresado es consecuencia de la circunstancia que la organización colabora obteniendo inmunidad para sí, mientras que la fiscalía puede obtener información que le permitirá castigar a los directores o administradores que actuaron ilícitamente[453]. No obstante la gran magnitud de casos que se resuelven con estos acuerdos, su uso ha sido muy

[452] VILLEGAS (2016) pp. 365-366.

[453] DISKANT (2008) pp. 128 y ss.

criticado, inclusive se ha afirmado que en Norteamérica no se daría cumplimiento al principio de legalidad. La objeción se fundamenta en la gran cantidad de tipos penales que existen, lo que sumado a los amplios poderes discrecionales del Ministerio Público, se traduce en que, en la práctica, sea el órgano persecutor y no el Congreso quien determinen la aplicación de las sanciones[454]. Adicionalmente, lo expresado ha dado origen a la existencia de diversos criterios aplicados durante el uso de dichas facultades discrecionales. A su turno, esta crítica dio lugar a que la fiscalía optase por uniformar su actuación a través de la dictación de Memorandos[455].

El criterio del Departamento de Justicia Norteamericano (DOJ) sobre el empleo de acuerdos o, en general, el tratamiento que deben recibir las organizaciones infractoras, se encuentra explicitado en los Memorandos o Memos. El primero de ellos es Holder Memo[456], dictado en el año 1999 por el Fiscal General Eric H. Holder[457]. Se trata de una guía no obligatoria que orienta la actuación de los fiscales. El principio general consiste en el fortalecimiento de la persecución penal de las personas jurídicas, su naturaleza ficticia no debe oponerse a una vigorosa investigación de los delitos que se cometen a

[454] ORTIZ DE URBINA (2014) p. 63.

[455] Sobre la materia, Gómez-Jara ha llamado la atención acerca de que las organizaciones tienden a aceptar estos acuerdos, pese a lo costoso que les resultan, por diversas razones: 1) Las investigaciones penales pueden generar costos demasiados altos para la imagen de una organización; 2) Las entidades que cotizan en las bolsas ven reducidos el valor accionario y además comúnmente da lugar a la presentación de *class action* por parte de los mismos accionistas; 3) La condena de las empresas puede equivaler al fallecimiento de la personas jurídica. Pese a que la corporación con estos acuerdos evita estos efectos negativos, se generan muchos problemas, tales como: 1) Se les solicita a las entidades que renuncien a la confidencialidad abogado-cliente; 2) El fiscal determina si la empresa cumplió o no, sin que la empresa puede reclamar de esta decisión en una entidad jurisdiccional o ante otra autoridad; 3) Uno de los mayores problemas es que se ha obligado a las entidades a no pagar los gastos de defensa de sus empleados en los juicios que se siguen contra ellos, aun cuando sus propios contratos los obligaban a hacerlo. En GÓMEZ-JARA (2017) pp.71- 77.

[456] Su nombre oficial es *Federal Prosecution of Corporations*

[457] LAUFER (2006) p. 37.

través o por medio de éstas, especialmente en el contexto de los crímenes de cuello y corbata. Por su parte, acusar a las entidades en ciertos casos puede ser positivo para la disuasión masiva de otras instituciones o para cambiar una cultura corporativa, logrando de este modo prevenir los delitos.

Se expresa que respecto de ciertos delitos, como el medio ambiente o en caso de daños financieros, se trata de hechos que son propensos a ser cometidos por corporaciones, por lo que puede resultar un ámbito donde exista un interés fiscal en su persecución. Los criterios que deben ser evaluados para la persecución penal son: 1) Gravedad y naturaleza del delito cometido; 2) Tolerancia de conductas ilícitas por parte de la corporación; 3) Los antecedentes criminales o historia de infracciones civiles y administrativas de la empresa; 4) Denuncia rápida y por iniciativa propia; 5) Poseer un sistema de *compliance*; 6) Las medidas adoptadas con posterioridad al delito, dentro de las que se consideran las mejoras al sistema de *compliance*; 6) la consideración a los daños colaterales que pueden producirse a los empleados y accionistas que no cometieron el delito y 7) La idoneidad de los remedios no penales como la reparación civil[458].

El segundo Memorando es el "Thompson Memo" de 2003[459]. Su dictación obedece a la necesidad de adecuar los criterios de persecución después de la ocurrencia de casos como Enron y Andersen. En términos generales se mantienen las recomendaciones del Memo anterior y se introducen dos cambios relevantes. El primero consiste en una mayor exigencia en la evaluación de la cooperación que prestan las corporaciones. Resulta positivo que las entidades entreguen los resultados de sus investigaciones internas, proporcionen pruebas, inclusive que renuncien al secreto de la relación cliente con abogado. Lo segundo consiste en revisar que los programas de cumplimiento no sean de papel sino que realmente se traduzcan en medidas que sean verdaderamente efectivas para prevenir delitos.

[458] HOLDER (1999) pp. 1 y ss.

[459] THOMPSON (2003) pp. 1 y ss.

Durante el año 2006 se elabora el Memorando Mcnulty[460] que reemplaza al anterior. Su dictación tiene que ver con las múltiples críticas que se venían realizando al Ministerio Público respecto de sus criterios de persecución en relación con la determinación de si la persona jurídica colaboró o no con la investigación. Una de estas críticas apuntaba a que la fiscalía valoraba negativamente cuando la compañía cubría los honorarios de los abogados de los representantes o de los trabajadores. También que se considerase contrario a la colaboración el no renunciar al secreto que debe imperar entre cliente y abogado[461]. Esto se daba al momento de suscribir con las organizaciones los acuerdos de no persecución o persecución diferida. Por este motivo éstos son criticados ya que no garantizan una adecuada defensa de los derechos de los imputados, particularmente de las personas físicas que son empleados de las corporaciones que suscriben este tipo de acuerdos.

Posteriormente se dicta el Memorando Filip[462] de 2008 en el que se refuerzan las ideas del Memo Mcnulty. El año 2015 el Fiscal General Yates dicta el Memo que lleva su nombre[463], cuyo objetivo principal es emendar las políticas de persecución a empresas con el objetivo de obtener resultados más efectivos[464]. Estos criterios son aplicables en el ámbito civil y penal. Una de las recomendaciones consiste en que las empresas entreguen la mayor cantidad de información que posean en relación con las infracciones. El objetivo es que ellos no distingan o desglosen los antecedentes que han recabado u obran en su poder sino que entreguen todo lo que posean a la autoridad, una vez que realicen esto se determinará la posibilidad de que la entidad sea considerada para un acuerdo con la Fiscalía[465].

[460] Lleva el nombre del Fiscal General Paul Mcnulty.

[461] MCNULTY (2006) pp. 1 y ss.

[462] El Fiscal General que lo dictó es Mark Filip.

[463] El Fiscal General que lo dictó es Sally Yates.

[464] Un análisis del Yates Memo en SUN BEALE (2016) pp. 63 y ss.

[465] YATES (2015) pp. 1 y ss.

Pese a los criterios que ha definido el Departamento de Justicia Norteamericano (DOJ), la mayoría de los casos contra personas jurídicas se resuelven sin necesidad de presentar una acusación, mediante la aplicación masiva de los DPA y NPA. La doctrina ubica temporalmente este incremento a partir de la dictación del Thompson Memo, que surge después de la condena de la compañía Arthur Andersen por obstrucción de la justicia en el año 2002, sentencia condenatoria que finalmente fue revocada por la Corte Suprema, pero que afectó patrimonialmente a miles de empleados y accionistas de dicha empresa[466].

Una de las consecuencias del aumento de los acuerdos preventivos es el descenso de las sentencias condenatorias contra entidades. Se calcula que mientras durante el año 2000 se condenaron a 300 empresas, entre el año 2000 al 2010, la tasa anual bajó a 200 condenas por año[467]. En relación con los acuerdos, si antes del año 2003 el DOJ no celebraba más de dos al año, el 2004 fueron ocho, el 2005 se celebraron diez y el 2006 trece[468]. Al año 2009 la cifra se incrementó a 30 DPA/NPA[469]. Por su parte, durante la administración de W. Bush se realizaron 129 acuerdos, durante la época de Obama la cifra se redujo solo a 125. El objetivo de estos acuerdos es lograr que las empresas realicen modificaciones estructurales.

En el mismo orden de ideas, de acuerdo a las estadísticas de la *Sentencing Commission* durante el año 2017 las personas jurídicas condenadas fueron 131, de éstas solo 11 lo fueron previa realización de un juicio, las 120 restantes negociaron acuerdos con la

[466] VILLEGAS (2016) p. 363.

[467] ORTIZ DE URBINA (2014) p. 69.

[468] GARRETT (2007) p. 889

[469] ORTIZ DE URBINA (2014) p. 70.

fiscalía[470]. El primer requisito que se les exige es el establecimiento de programas de *compliance*[471].

Como se puede inferir de los criterios analizados, la decisión de no acusar a las entidades depende de dos factores principales: que posean un sistema de *compliance* y que colaboren con las autoridades en caso de ilícitos, de lo que se deriva la importancia de las investigaciones internas[472]. Las empresas que realizan indagaciones serias y proporcionan información completa a las autoridades tienen una mayor posibilidad de suscribir acuerdos con las autoridades. Estos criterios van muy de la mano con la finalidad de la autorregulación, porque en la medida que la colectividad enmiende su comportamiento, corrija y repare, la pena resulta menos necesaria pudiendo ser más conveniente para su autorregulación evitar su criminalización.

Pese a los esfuerzos de la fiscalía, la doctrina norteamericana continúa siendo crítica en relación con estos acuerdos. Las observaciones se centran en que su uso tiende mayoritariamente a favorecer a las empresas grandes[473]. Esto se explicaría en la circunstancia de que en estos casos la sanción afecta a un mayor número de personas inocentes como trabajadores, accionistas y consumidores, por oposición a las empresas más pequeñas, en las que el castigo puede afectar a un número más reducido de personas. También en el caso de las colectividades pequeñas es más probable que éstas pueden haber sido creadas con el propósito exclusivo de cometer delitos, por lo que es poco lo que se puede corregir, lo que se traduce en que la mejor solución podría ser su disolución.

---

[470] *Sentencing Commission* 2017.

[471] UHLMANN (2013) pp. 1323-1327.

[472] VILLEGAS (2016) pp. 345 y ss.

[473] Un caso muy criticado fue el acuerdo al que arribó la Fiscalía en el caso HSBC, que a la sazón era el tercer banco más importante del mundo y que gracias al acuerdo suscrito con la Fiscalía logró evitarse un proceso penal. Uno de los delitos que se le imputaba a esta institución fue lavar dinero proveniente del tráfico ilícito de drogas. En MARKOFF (2013) pp. 809-810.

En relación con las empresas extranjeras también la doctrina observa que el Departamento de Justicia Norteamericano (DOJ), tiende a ser más estricto que con las corporaciones estadounidenses. También se han criticado algunas de las condiciones que se imponen o la falta de fiscalización de las mismas. Adicionalmente se ha hecho ver la desigualdad de criterios entre las personas jurídicas y las físicas en relación con la aplicación de acuerdos previos. En este sentido, en el caso de las personas naturales la institución equivalente es la *pretrial diversion* que se aplica solo para primerizos y delitos de bagatela, a diferencia de los acuerdos de no persecución o de persecución diferida a cuyo respecto no se exigen estos requisitos.

Otra de las críticas recurrentes contra estos acuerdos se relación con el hecho de que la no aplicación de sanciones, impide alcanzar el efecto disuasorio de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, dado que si no existe castigo tampoco habrá conducta ejemplificadora para las restantes entidades[474].

En todo caso, el defecto principal que se le atribuye a estos acuerdos es que los fiscales están dotados de poderes excesivos y el control judicial es escaso. Prueba de este poder es que los persecutores pueden reemplazar a todos sus directivos y designar un interventor (monitor) que se hará cargo de la empresa. Esta persona es independiente tanto de la fiscalía como de la empresa, siendo su función primordial velar porque se cumplan las condiciones del acuerdo[475].

III.- Revisión de algunos ordenamientos jurídicos de la familia del derecho europeo continental en relación con la responsabilidad de las personas jurídicas, con especial énfasis en las categorías de los sistemas punitivos/persuasivos o mixtos. Países:

[474] ORTIZ DE URBINA (2014) pp.77-82.

[475] VILLEGAS (2016) pp. 367-368.

III.1.- Italia

a.- Aspectos generales y origen de la responsabilidad de las entidades

Es sabido que los países europeos han sido más reacios que los anglosajones a la hora de establecer la responsabilidad penal para las entidades morales[476]. En el caso de Italia, si bien hasta el presente no se ha reconocido la capacidad activa de las personas jurídicas en materia criminal, desde el año 2001 se ha legislado disponiendo que la comisión de ciertos delitos de parte de sujetos que forman parte de la dirección o que actúan por delegación, importará que las entidades de las que forman parte sean castigadas con sanciones administrativas[477]. Para varios autores la cuestión es meramente de *nomen iuris* porque esta responsabilidad sería de naturaleza penal[478]. Abona a favor de esta afirmación la circunstancia de que el sistema italiano castiga a las personas jurídicas por hechos que son constitutivos de delito para los seres físicos y, estas sanciones emanan de tribunales penales. Esta ambigüedad en relación con el tipo de responsabilidad, también se puede observar en la Ley N° 300/2000, que delega la facultad de legislar en relación con la responsabilidad administrativa de los entes, porque, por una parte, señala que la

[476] Infra pp. 26 y ss. Los cuestionamientos a la responsabilidad penal colectiva.

[477] Sobre este tema véase RIVERDITI (2009) pp. 1 y ss. Sobre la resistencia de la cultura italiana a la incorporación de la responsabilidad penal de los entes, véase FAUSTO (2001) pp. 36 y ss.

[478] En este sentido, BACIGALUPO y LIZCANO (2013) p. 46; FOFFANI (2010) p.44 y p.51, al respecto señala textualmente: "Se trata formalmente de una responsabilidad administrativa, según la definición adoptada por el mismo legislador, pero la sustancia de esta responsabilidad, su fundamento y su regulación aparecen mucho más cerca del sistema penal que del administrativo". DE VIVO (2006) pp. 6 y ss. Incluso en el preámbulo de la ley se expresa literalmente "È noto che il decreto legislativo n. 231 2001, sancionando la persona giuridica in via autónoma e diretta con le forme del proceso penale si differenzía dalle preesistenti sanzioni irrogabili agli enti, così da sancire la morte del dogma societas delinquere non potest. E cìo perchè, ad onta del nomen iuris, la nuova responsabilità, nominalmente amministrativa, disimula la sua natura sostanzialmente penale; forse sottaciuta per non aprire delicati conflitti con i dogmi personalistici dell´imputaziones criminales, di ranfo constitucionales…".

responsabilidad es de naturaleza administrativa[479], pero por otra, expresa que con esta normativa se superará el adagio *societas delinquere non potest*, el cual claramente alude a la responsabilidad penal.

Las mayores dificultades para castigar a las entidades son de naturaleza dogmática, pero los serios problemas internos en relación con el fenómeno de la criminalidad organizada generaron una verdadera necesidad de castigar el delito colectivo. En este sentido, es ampliamente conocido el rol que tiene la mafia italiana en la delincuencia de dicho país. A esto se suma el contundente debate en el ámbito del derecho penal económico sobre la necesidad de castigar corporaciones y *holdings* de empresas. Ciertamente las posiciones que se sustentan en argumentos de política criminal hicieron primar la visión de que para los mercados globalizados es necesario aplicar sanciones a las agrupaciones de personas.

Además de las objeciones tradicionales contra el establecimiento de una responsabilidad penal de las colectividades, en el caso italiano pesó lo dispuesto en el artículo 27 de su Constitución Política, en su inciso primero dispone que "la responsabilidad penal es personal"[480]. Esta alusión es considerada como un obstáculo dado que parece exigir para el castigo penal un vínculo de carácter personal[481]. Se trataría de una responsabilidad exclusivamente subjetiva, lo que quedaría confirmado por la alusión que el mismo artículo hace al principio de la rehabilitación, que también sería exclusivo de

[479] Se ha catalogado como un acto de timidez del legislador, para otros de prudencia, el no haber derribado las objeciones contra la responsabilidad penal de los entes y haber avanzado derechamente hacia un sistema penal. Los motivos se vinculan con los conocidos argumentos contrarios a que los seres ficticios puedan delinquir. En RIVERDITI (2009) pp. 3 y ss.

[480] Art. 27 de la *Costituzione della Repubblica Italiana*: Art. 27. "La responsabilita` penale e` personale. L'imputato non e` considerato colpevole sino alla condanna definitiva. Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanita` e devono tendere alla rieducazione del condannato Non e` ammessa la pena di morte."

[481] ENRICO (2001) p. 111. Véase PADOVANI (2001) pp.17-18.

los seres físicos. Como no resultaría posible valorar una actitud subjetiva del ente frente al delito, quedan excluidos del ámbito penal[482].

Pese al debate italiano en torno a la criminalidad de empresa, se dicta el Decreto Legislativo N° 231. Su dictación implica un reconocimiento de la necesidad de homologar la legislación interna con la internacional, que es de origen principalmente anglosajona y que se inspira en el pragmatismo jurídico. En este sentido la legislación norteamericana se considera un antecedente muy presente en el sistema italiano.

El decreto incorpora un innovador y específico sistema normativo para los entes colectivos, estableciendo un modelo de atribución de responsabilidad penal de naturaleza mixta porque comparte elementos del sistema vicario y del de culpabilidad por defecto de organización. Del primero deriva la existencia del delito precedente que es cometido por una persona natural, del segundo la administración defectuosa que emana de la omisión de los deberes de supervisión y vigilancia[483]. Las sanciones van más allá de lo meramente punitivo retributivo, porque también regula la responsabilidad patrimonial, la posibilidad de modificar al ente, el procedimiento de conocimiento y de ejecución, todo ello con el objetivo de convertirse en un eficaz instrumento de control social[484].

Uno de los factores que influyó favorablemente en la introducción de esta normativa en el sistema jurídico italiano fue la legislación comunitaria que recomendaba sancionar a los entes[485]. La normativa europea propició la adopción de una legislación sobre la materia y prueba de ello es el Convenio para la protección de los intereses financieros de la Comunidad Europea (1995/97), los Convenios de la Unión Europea y de la OCDE

[482] ENRICO (2001) pp. 111 y ss.

[483] ZYSMAN (2013) pp. 170 y ss.

[484] Legge *Delega* N° 300/2000, "Delega al Governo per la disciplina della responsabilitá amministrativa delle persona giuridiche e degli enti privi di personalitá giuridica".

[485] Inclusive se ha señalado que sin estas normativas internacionales, el sistema italiano no habría adoptado esta legislación. SEMINARA (2014) pp. 127-128.

sobre la lucha contra la corrupción de los funcionarios comunitarios y extranjeros (1997), el Convenio del Consejo de Europa sobre el "*cybercrime*", solo por mencionar algunos[486].

b.- Modelo de imputación de responsabilidad administrativa

En el Decreto Legislativo N° 231 el 8 de junio de 2001[487], vigente[488] hasta hoy con algunas modificaciones, se contempla la responsabilidad administrativa del ente derivada de la comisión de alguno de los delitos que han sido taxativamente establecidos por el legislador[489]. El listado de ilícitos originalmente se inicia con una cantidad muy restringida (corrupción y fraude de subvenciones), pero se ha ido ampliando progresivamente. Las figuras delictivas se encuentran mencionadas en los artículos 24 al 25 *undecies*. Con respecto a los preceptos procesales, el artículo 34[490] dispone que se aplican las normas especiales contempladas en el decreto y que el Código procesal penal lo será en la medida que resulte compatible[491].

[486] Acuerdos internacionales citados por FOFFANI (2010) pp. 44-45.

[487] Le ley se denomina "Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica".

[488] Vigente desde el 4 de julio de 2001.

[489] La excepción es la figura del artículo 187 del Decreto Legislativo N° 58 de 1998, que es una infracción de naturaleza administrativa.

[490] El artículo 34 establece que para la determinación de la responsabilidad administrativa de la entidad se aplican las disposiciones de ese capítulo y también, siempre que sean compatibles, las del Código procesal penal y las del Decreto Legislativo N°271 de 28 de julio de 1989.

[491] "Artículo 1°.- Contenido de la ley. La presente ley regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto de los delitos previstos en el artículo 27 de la ley N° 19.913, en el artículo 8° de la ley N° 18.314 y en los artículos 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.

De acuerdo al artículo 1 del decreto, la materia regulada es la responsabilidad de los entes por los ilícitos administrativos, que dependan de la comisión de alguno de los delitos del listado. En relación con el sujeto activo, comprende a las agrupaciones de personas con personalidad jurídica y las empresas y asociaciones que no la tengan. Quedan excluidos el Estado, las entidades públicas territoriales o locales, los entes públicos no económicos y los organismos que desempeñen funciones constitucionales.

El artículo 2 contempla expresamente la aplicación del principio de legalidad a favor de la agrupación, por cuanto su responsabilidad administrativa depende de que el hecho constitutivo de delito se encuentre expresamente previsto en una ley que hubiese entrado en vigor antes de la comisión del ilícito. El artículo 3 se refiere al principio pro reo en relación con la aplicación de leyes posteriores que pueden ser más favorables.

La responsabilidad de la entidad se encuentra regulada en el artículo 5 del decreto. Al igual que en el caso chileno, se requiere que el delito sea cometido en su interés o ventaja[492]. El interés se valora *ex ante* mientras que la ventaja debe ser valorada *ex post*[493]. La corporación no responde cuando la persona natural ha actuado en beneficio propio o de un tercero. La relevancia del interés o la ventaja es que son útiles a la hora de mostrar el comportamiento de la sociedad. Es posible que exista una ventaja para la empresa aunque no fuera el propósito de la persona natural.

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". (El destacado es nuestro). Para los efectos de esta ley, no será aplicable lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 58 del Código procesal penal.". Esta normativa también hace aplicable las normas procesales contenidas en la ley 20.393 y el CPP en aquello que resulte pertinente.

[492] El artículo 3 de la Ley N° 20.393 dispone que el delito debe ser cometido en interés o provecho de la persona jurídica.

[493] SEMINARA (2014) p. 131.

La conducta debe ser realizada por quienes tengan funciones de representación, dirección o de administración del ente o de una unidad organizativa dotada de autonomía financiera (art. 5 letra a)[494] o por quienes estén sujetos a su vigilancia[495] (artículo 5 letra b). Por lo tanto, la responsabilidad administrativa del ente depende de que un sujeto físico cualificado en interés o ventaja de la corporación cometa un delito que esté contemplado en el listado taxativo. Este hecho es presupuesto de la responsabilidad de la agrupación de personas. A su vez, éste es responsable subjetivamente por la omisión de los deberes de control y vigilancia, dentro de los que se encuentra la adopción de un modelo de administración y gestión.

De acuerdo a su artículo 6 la imputación se fundamenta en un defecto de organización[496]. Es requisito que el delito sea cometido por las personas que forman parte del equipo de dirección o administración de la persona jurídica mencionadas en el artículo 5 letra a). En este caso se invierte el peso de la prueba al presumirse la responsabilidad del ente, a menos que se acredite que se ha adoptado e implementado de manera eficaz un modelo de organización y gestión idóneo para prevenir delitos como el que ha verificado; se pruebe que la vigilancia y supervisión del modelo ha sido encargado a un organismo con poderes autónomos de dirección; que quienes cometieron el ilícito eludieron fraudulentamente los modelos de organización y gestión, y no se han omitido los deberes de vigilancia. Si se cumplen todos estos requisitos la agrupación queda exenta de responsabilidad por el hecho, pero debe asumir el comiso del provecho.

Cuando se trata de personas que se encuentran a cargo o bajo la dirección de otro, es decir, los sujetos mencionados en el artículo 5 letra b), el artículo 7 dispone que la

[494] *Soggetto apicale.*

[495] *Soggetto non apicale.*

[496] Se ha expresado que la culpa del ente reside en la falta de organización o más específicamente en la omisión de un modelo de organización y gestión que garantice un efectivo y eficaz seguimiento de los procesos críticos de la organización a través de los cuales se evite la comisión de delitos. En MARTINO (2006) pp. 115 y ss.

corporación es responsable en la medida que el delito se deba a la no observancia de las obligaciones de dirección y vigilancia. Se excluye su responsabilidad cuando se ha acreditado que antes de la comisión del delito se ha adoptado un modelo de organización, prevención y de control idóneo para prevenir la comisión de delitos como el que se ha verificado.

Al igual que en el sistema chileno[497], el reproche se configura en torno a la omisión de programas de organización y gestión puesto que ello da cuenta del incumplimiento de sus deberes de vigilancia. Con esto se evita la responsabilidad objetiva y se consagra un sistema de orden eminentemente preventivo, que promueve la adopción de modelos preventivos que evitan que se incurra en ilícitos[498]. Cuando el delito fuese cometido por un funcionario que ejerza un cargo en la dirección o en la administración, la circunstancia de adoptar el modelo, junto con otros requisitos adicionales, excluye la punibilidad de la conducta. En cambio, en caso que el delito sea cometido por una persona que está subordinada a alguien de la dirección, la ausencia del modelo es un elemento necesario para que se configure el delito[499].

La responsabilidad por defecto de organización[500] tiene como finalidad alcanzar la autorregulación del ente, que se verá motivado ante el riesgo de verse expuesto a una sanción. En este sentido se ha expresado que "el sentido de las sanciones a personas jurídicas en Italia es no solo prevenir delitos, sino fomentar una organización de las

[497] Aunque en nuestro caso se utiliza la nomenclatura de programa de prevención de delitos.

[498] SEMINARA (2014) pp. 132-133.

[499] SEMINARA (2014) p. 134.

[500] La jurisprudencia italiana ha considerado que el Decreto Legislativo N° 231 introdujo una nueva tipología de responsabilidad sancionatoria, un *tertium genus* frente a los tradicionales sistemas de responsabilidad penal y administrativa. Se trata de una culpabilidad normativa por omisión organizativa y de gestión, que deriva de la comisión de un delito presupuesto, ejecutado en interés o ventaja de la sociedad. En sentencia de casación italiana sección VI, de 9 de julio de 2009, N° 36083 contra Mussoni. También en la sentencia de casación penal de 2010, N°1938.

personas jurídicas de conformidad a la ley"[501]. Del mismo modo que en el sistema norteamericano, el tener el modelo no es obligatorio para la agrupación, pero su adopción les permitirá defenderse frente a una eventual imputación[502]. Pero, a diferencia del sistema anglosajón, en el que los *compliance programs* influyen al momento de determinación de la pena, en el caso italiano los modelos de organización y gestión son determinantes para establecer la responsabilidad de la colectividad. Por este motivo se afirma que se está ante una "auténtica culpabilidad por la organización: una culpabilidad muy normativizada y procedimentalizada, de una forma casi "burocrática"[503].

Por su parte y de manera similar a lo que ocurre en el sistema chileno, no basta con la implementación del modelo de organización y gestión sino que además es necesario que este sea eficaz y se encuentre debidamente implementado. Una de las diferencias que existe entre el modelo italiano y el chileno es que éste es más exigente en relación con la comprobación de la eficacia del programa y con que éste sirva para prevenir el delito específico que se verificó.

Al igual que en el caso de la Ley N° 20.393, la prevención de los delitos respecto de cada empresa en particular, dependerá de la existencia de riesgos en relación con aquél que concretamente se pretende evitar, de no existir dichos riesgos la colectividad no debería tener que adoptar medidas de prevención ni mitigación en relación con ese ilícito en específico[504]. Por ello tanto el juez italiano como el chileno, al momento de valorar la eficacia e implementación del modelo, deberían considerar si éste es capaz de prevenir el hecho delictivo investigado porque contemplar medidas respecto del mismo es prueba

[501] GOENA (2017) p. 111.

[502] FOFFANI (2010) pp. 51-52.

[503] FOFFANI (2010) pp. 51-52.

[504] En este sentido la Ley N° 20.393 en el artículo 4 número 3 letra c) que dispone: 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°.

de la eficacia del programa, así como su falta de mención debería ser considerado una falencia y por ende afectar la idoneidad del mismo.

La regulación más detallada de la legislación italiana le otorga herramientas más concretas al juez, toda vez que la propia normativa señala en su artículo 6 y 7 un conjunto de parámetros que determinan si efectivamente la organización ha llevado a cabo o no sus funciones de vigilancia de manera adecuada. De esta forma, el juicio que se hará respecto del comportamiento de la corporación supone que el juez efectivamente determine si la obligación preventiva que le asignó el legislador, fue debidamente cumplida y esto supone implementar los mecanismos y también controlarlos.

La autonomía del organismo de vigilancia[505] es otro elemento que el legislador italiano exige a la hora de valorar si la corporación actuó de manera defectuosa. La jurisprudencia también se ha referido a este tema planteando la necesidad de la autonomía, independencia y profesionalismo de este órgano. El tribunal de Roma ha manifestado la importancia de que este órgano cuente con iniciativa, autonomía y poderes de control. Es fundamental que el órgano de vigilancia no esté a cargo de tomar las decisiones de la administración[506].

La imputación de la corporación es autónoma a la que se realiza contra la persona física. El artículo 8 del Decreto Legislativo N° 231, dispone que la responsabilidad subsiste cuando la persona física no ha sido identificada o no es responsable o cuando el delito se extingue por una causa distinta de la amnistía. La empresa puede renunciar a la amnistía. En este sentido, la jurisprudencia italiana ha señalado que la responsabilidad de la persona jurídica se suma, pero no sustituye a la de la persona real, la cual se encuentra regulada en el derecho penal común. Entonces, si bien se puede producir una convergencia de responsabilidad, también puede suceder que la responsabilidad del ente

[505] En el caso nacional, la Ley N° 20.393 en el artículo 4 número 1 letra b) también hace referencia a la autonomía del órgano encargado de la prevención de los delitos.

[506] Trib. Di Roma, Ord. de 22 de noviembre de 2002, in Foro It., 2004 II, N° 317.

se verifique de manera exclusiva, incluso en el evento que el autor del delito no sea identificado o no sea imputable, pero lo que sí es imprescindible es la objetiva realización del ilícito, con todos sus elementos, de parte de un sujeto físico[507].

En el caso Siemens AG, se discutió el modelo de organización de dicha empresa acorde a lo dispuesto en los artículos 6 y 7 del Decreto Legislativo N° 231. El tribunal de Milán[508] estableció que la empresa alemana había incurrido en delitos de corrupción, pagando sumas que rodeaban el millón de Euros a funcionarios de la compañía *Enel Produzione* y *Enel Power*. Con estos pagos Siemens AG fue favorecida en la adjudicación de una turbina a gas. La empresa fue condenada a la prohibición de contratar con la administración por más de un año. La defensa de la empresa alegó que la corporación es alemana y que conforme a la normativa de dicho país (OwiG) no existe obligación de adoptar un modelo de cumplimiento, ni tampoco en dicha legislación se contemplan sanciones interdictivas. Por este motivo alegó que no se puede juzgar a dicha empresa en ausencia de una disposición que permita que en Italia se pueda perseguir un ilícito administrativo cometido en el extranjero, aun cuando el hecho se puede vincular al ilícito de personas físicas cometido en Italia. El tribunal de Milán determinó que es obligatorio cumplir con la legislación del país en el cual se opera y por ende, las sanciones serían adecuadas sin importar el hecho que la legislación del país de la nacionalidad del ente no contemple este tipo de sanciones. Lo que resulta evidente es que esta medida interdictiva podrá ser llevada a cabo en Italia mas no en Alemania[509]. En todo caso, el problema no es pacífico, dado que el decreto no contempla normas de aplicación extraterritorial como lo hacen otras normativas[510]. La única referencia similar

[507] Sentencia de casación italiana, de 27 de marzo-julio de 2008, N° 26654 seguida contra Fisia Italimpianti.

[508] Tribunal de Milán Ord., 27 de abril, 24, in Foro It., 2004, II, 434.

[509] DE VIVO (2006) pp. 3 y ss.

[510] *The Foreign Corrupt Practices Act* of 1977 (FCPA) y la Bribery Act de 2011.

se encuentra mencionada en el artículo 4, que se refiere a empresas que tengan su sede principal en Italia[511].

c.- Determinación de la pena y herramientas responsivas del juez penal

La falta de adopción de un programa de administración y gestión no constituye por sí solo un ilícito para sancionar a las agrupaciones de personas. Al contrario, disponer de uno puede configurar una causa para exonerarlas de su eventual responsabilidad.

Por su parte, la suscripción de un modelo de administración y gestión con posterioridad a la comisión del ilícito por parte de la persona física, es un elemento que considera el juez para rebajar la pena y establecer su magnitud. Esto último se encuentra expresamente regulado en el artículo 17[512] que será objeto de análisis. En el mismo orden de ideas, el artículo 12 también permite rebajar la sanción pecuniaria en caso de cumplir con una serie de requisitos como reparar y eliminar el daño causado; adoptar e implementar un programa de gestión y organización que permita prevenir delitos como el que se ha cometido. Como veremos, esta flexibilidad del juez al momento de la determinación de la pena da cuenta de una cierta responsividad en el modelo italiano.

Respecto de las penas, el sistema se caracteriza por ser de naturaleza binaria por cuanto se compone por dos tipos de sanciones. Las pecuniarias, que se aplican en todos los

[511] Norma que ha sido interpretada de diversas maneras. Para algunos esta norma puede aplicarse a las entidades nacionales como a las extranjeras, siempre que el delito sea cometido en territorio italiano.

[512] Art. 17. Riparazione delle conseguenze del reato 1. Ferma l'applicazione delle sanzioni pecuniarie, le sanzioni interdittive non si applicano quando, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, concorrono le seguenti condizioni: a) l'ente ha risarcito integralmente il danno e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato overo si e' comunque efficacemente adoperato in tal senso; b) l'ente ha eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; c) l'ente ha messo a disposizione il profitto conseguito ai finid ella confisca".

casos y, las medidas interdictivas[513], que proceden en las hipótesis más graves o cuando la ley expresamente lo prevé. El artículo 9 del Decreto Legislativo N° 231[514] enumera las sanciones que se clasifican de la manera señalada. El artículo 10 se refiere a la sanción pecuniaria y su procedencia para todos los casos y sus montos. El artículo 13 regula los casos en que proceden las sanciones interdictivas. Estas últimas, de manera indirecta, también se castigan económicamente a la persona jurídica.

Para las sanciones pecuniarias, que como se señaló son de aplicación general, el artículo 10 del decreto contempla un límite máximo y uno mínimo. Para la determinación del monto de la multa se consideran los criterios que están establecidos en el artículo 11 del mismo estatuto jurídico, tales como, la gravedad del hecho; lo obtenido por la comisión del delito; las condiciones económicas y patrimoniales del ente, por nombrar algunos. Para estos efectos el legislador diseñó un novedoso sistema que establece cuotas que representan un valor en euros.

El objetivo de las cuotas es garantizar que el juez pueda hacer una doble valoración, con la finalidad de estar en condiciones de ajustar la pena a la gravedad del hecho y a la capacidad económica de la organización. Esto significa que la determinación de la pena se realiza en dos momentos: 1) Definición del número de las cuotas que no puede ser inferior a 100 ni superior a mil y 2) Definición del valor de cada cuota individualmente

[513] El artículo 45 del Decreto Legislativo N°231permite al juez, en los casos que existan indicios serios de la participación de la entidad en el ilícito y que la corporación pudiese repetir actos de similar naturaleza, decretar como medidas cautelares algunas de las sanciones interdictivas mencionadas en el artículo 9. De conformidad al artículo 46 esto puede realizarse solo en el caso que las demás medidas sean insuficientes.

[514] "Art. 9. *Sanzioni amministrative.*1. Le sanzioni per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato sono: a) la sanzione pecuniaria;b) le sanzioni interdittive;c) la confisca; d) la pubblicazione della sentenza.2. Le sanzioni interdittive sono: a) l'interdizione dall'esercizio dell'attivita';b)la sospensione o la revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; c) il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; d) l'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli gia' concessi; e) il divieto di pubblicizzare beni o servizi.

considerada[515]. Para ello la normativa consagra un monto mínimo y un monto máximo por cada cuota[516]. El juez debe realizar esta tarea de acuerdo a los criterios consignados por el legislador en el artículo 11. De acuerdo a la disposición citada, el número de cuotas debe ser determinado de conformidad a la gravedad del hecho, el grado de responsabilidad de la agrupación y lo que realizó para evitarlo e impedir que se cometan más ilícitos. Por su parte, la misma disposición establece que el monto de la cuota debe ser fijada de acuerdo a las condiciones económicas y patrimoniales de la corporación, con el objeto de "asegurar la eficacia de la sanción". Esta frase del legislador obedece a la necesidad de proporcionar un castigo que sea específico para lograr la prevención de futuros delitos respecto de la entidad en concreto, ya que una pena pecuniaria excesiva o muy baja de acuerdo a su capacidad económica, evita que la sanción sea realmente eficaz[517].

Las sanciones interdictivas se diferencian de las pecuniarias por su carácter excepcional y por acumularse a éstas. Como se indicó, solo se aplican en los casos que han sido especialmente previstas por el legislador. El objetivo de estas sanciones es evitar los conocidos nocivos efectos de las penas de multa, junto con proporcionar facultades al juez para tomar medidas concretas con el objeto de evitar la comisión de delitos similares. Estas sanciones son una demostración clara de la finalidad preventiva especial que inspira a este cuerpo normativo. Su regulación normativa se ubica en el artículo 13 del decreto. Dicho precepto dispone que se aplican para los casos que están expresamente previstos y siempre que concurra al menos una de las siguientes condiciones: 1) Que la entidad haya obtenido con el delito una ganancia relevante, siempre que el delito hubiese sido cometido por una persona que se encuentre en una

[515] DE VIVO (2006) pp. 25 y ss.

[516] "Art. 10. *Sanzione amministrativa pecuniaria* 1. Per l'illecito amministrativo dipendente da reato si applica sempre la sanzione pecuniaria.2. La sanzione pecuniaria viene applicata per quote in un numero non inferiore a cento ne' superiore a mille.3.L'importo di una quota va da un minimo di euro 258 ad un massimo di euro 1.549.4. Non e' ammesso il pagamento in misura ridotta.

[517] RIVERDITI (2009) p. 291.

posición de dirección, o en el caso del subordinado, esto obedezca a una seria deficiencia de la organización; o 2) Exista reiteración de delitos. Las sanciones interdictivas no tendrán una duración inferior a tres meses ni superior a dos años. Los criterios de elección para las medidas interdictivas que en concreto fija el juez vienen determinadas por el artículo 14 del decreto. Para la determinación de las medidas concretas rigen los principios de adecuación y proporcionalidad[518]. Además deben ser establecidas en específico para cada corporación, pudiendo consistir en formas especiales de administración o prohibición de celebrar ciertos contratos.

Las sanciones adoptadas por el legislador italiano son demostrativas de su finalidad evidentemente preventiva general y especial. Esta finalidad no solo se persigue a través de la intimidación que produce la pena, sino que mediante una consideración particular al destinatario de la sanción, a cuyo respecto se sugiere una modalidad específica de comportamiento y organización[519]. Prueba de esto son las amplias facultades otorgadas a los jueces para la determinación de la pena en concreto. Los criterios que deben considerar son, entro otros, la gravedad objetiva y subjetiva del hecho. A ello se suma la incorporación de lo que la doctrina italiana ha denominado una "*disciplina premiale*"[520]. De acuerdo a dicha disciplina se conceden importantes rebajas a la sanción en la medida que la agrupación se acomode a la legislación vigente o realice acciones a favor de mejorar su autorregulación. Expresión de este derecho premial es lo dispuesto en el artículo 12 del estatuto italiano que permite rebajar la pena en caso de adopción de un modelo de organización y gestión, o cuando ha reparado íntegramente el daño y eliminado las consecuencias dañosas y peligrosas del hecho, entre otras acciones[521].

[518] RIVERDITI (2009) p. 297.

[519] RIVERDITI (2009) p.280.

[520] RIVERDITI (2009) pp. 271 y ss.

[521] Sobre la reparación del daño la jurisprudencia italiana ha señalado que el resarcimiento no puede sujetarse a parámetros rígidos. Debe darse una conducta comunicativa con el dañado, el cual puede adherir

Esta filosofía premial es demostrativa de la flexibilidad del sistema sancionatorio de las personas jurídicas, que es coherente con la finalidad de la autorregulación. En la medida que la entidad realice acciones que conducen a su perfeccionamiento o corrección, el sistema lo premia rebajando la pena. Esto se explica porque el castigo tiene por objetivo la promoción de la autorregulación en relación al comportamiento del ente. Esto se observa desde una perspectiva ex antes, a través de la adopción de un programa de cumplimiento, y también ex post, a través de la realización de medidas reparativas y de mejora del gobierno interno con el objeto de prevenir la comisión futura de ilícitos.

El artículo 17 del decreto expresa también esta lógica responsiva y premial que tuvo en la vista el legislador italiano, ya que permite omitir la aplicación de las sanciones interdictivas (solo se sanciona pecuniariamente) cuando antes de la declaración de inicio del juicio en la primera instancia la organización cumpla copulativamente con estos dos requisitos: 1) La entidad ha compensado todo el daño o peligros derivados del ilícito; 2) Ha emendado su organización defectuosa mediante la adopción de programas de cumplimiento y 3) Ha entregado el beneficio que obtuvo con la actuación ilícita.

Estas medidas de naturaleza punitiva-reeducativa-reorganizativa son muy características del sistema que establece el Decreto Legislativo N° 231 y que da cuenta de la clara intención del legislador italiano de persuadir a la colectividad con miras a evitar la comisión de más ilícitos. Incluso se permite que en la fase de ejecución de la condena (artículo 78), en caso de adoptarse el modelo tardíamente, después de la declaración de inicio de juicio oral a la que alude el artículo 17, dentro de los veinte días posteriores a la notificación del extracto de la sentencia, pueda solicitarse la conversión de la sanción administrativa interdictiva en una multa. Esta solicitud se formula ante el juez de ejecución y en la petición debe presentarse la documentación necesaria para acreditar que se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 17. Esto obedece a que la

---

a la oferta propuesta rechazarla alegando motivaciones que puedan ser objetivas y merecidas por esa persona en sentencia de casación II, 23 de julio 2013-8 enero de 2014 N° 326.

necesidad de pena desaparece en la medida que la corporación ha adoptado medidas correctivas a través de la suscripción de un programa de cumplimiento.

Para que proceda la rebaja de pena (exclusión de la pena interdictiva) derivada de la circunstancias de haber implementado un modelo de organización y gestión con posterioridad a la comisión del delito, la jurisprudencia italiana considera que no es suficiente la mera adopción de uno de dichos programas, exigiendo que además éste sea eficaz para prevenir el ilícito en específico. Un ejemplo de esta jurisprudencia se puede observar en la sentencia del Tribunal de Roma que dispone que el modelo para prevenir la comisión de delitos que suscribió la entidad, con posterioridad a la comisión del hecho, pero antes del inicio del juicio, no era idóneo para prevenir la realización de delitos porque no se garantizó la debida autonomía e independencia del organismo de control[522]. En otras palabras, se estimó que la carencia organizativa de la empresa no quedaba suficientemente resuelta con el programa adoptado. Las medidas solo dan una apariencia de cumplimiento que al tribunal le resultó ficticia. Además el organismo de control debía realizar funciones de vigilancia y de administración al mismo tiempo. Si el modelo no da garantías, entonces la sanción interdictiva resulta necesaria porque proporciona mecanismos para controlar la actividad de la corporación[523].

La jurisprudencia también ha discutido si debe o no ser igual el modelo que se adopta antes de cometer el ilícito que el que se implementa con posterioridad. En todo caso, lo que siempre debe estar presente en la relación con dichos modelos es la valoración de los riesgos de dicha empresa. Lo cual supone que exista cierta asesoría técnica.

En suma, la técnica *premiale* persigue incentivar un cierto comportamiento de la corporación en el futuro, consistente en mejorar su organización de tal manera que se garantice un adecuado estándar de autorregulación. Para obtener este resultado la

[522] Tribunale di Roma Ord., 4 de abril de 2003, in Foro It., 2004 N° 317.

[523] DE VIVO (2006) pp. 207 y ss.

normativa italiana no duda en flexibilizar las estructuras del sistema penal tradicional, concediendo facultades responsivas a los jueces llamados a aplicar estas sanciones.

III.2.- España

a.- Aspectos generales y origen de la responsabilidad de las entidades

La responsabilidad penal de las personas jurídicas fue introducida en España mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio[524]. Esta iniciativa fue precedida de un profuso y no finalizado debate en torno a su capacidad activa. Algunos autores[525] sitúan el surgimiento de este tipo de responsabilidad penal con anterioridad al año 2010[526], durante 1995, a partir de la incorporación de las consecuencias penales accesorias para entidades, en caso de incurrir en algunos de los delitos contemplados en el artículo 129 del Código penal Español. Otro sector de la doctrina afirma que fue introducida en el sistema español a partir de la dictación de la Ley Orgánica 15/2003[527]. Pese a las

[524] Ley Orgánica 5/2010, por la que se modifica la también Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal.

[525] El artículo 129 del Código penal estableció responsabilidad, penal pero no se consideraba que las personas jurídicas fuesen responsables del hecho.

[526] Un sector de la doctrina en España sitúa en el Código penal de 1995, que establece en el artículo 129 las consecuencias accesorias, el origen de la responsabilidad colectiva. Al efecto cita a Zugaldía Espinar, Zúñiga Rodríguez, Bacigalupo Zapater, entre otros. En GALÁN (2017) pp. 29 y 30.

[527] Esta normativa modifica el numeral 2 del artículo 31 del Código penal español quedando con el siguiente texto: "Art. 31 2. En estos supuestos, si se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó.". Esta modificación llevo a algunos autores a sostener que se establecía una responsabilidad solidaria de la persona jurídica respecto de las penas pecuniarias que se aplicasen a las personas físicas que fuesen condenadas por delitos especiales propios, respecto del cual en estricto rigor eran *extraneus* porque incurrieron en el actuado a nombre del ente, el cual verdaderamente reunía las cualidades requeridas por el tipo penal. Esto para algunos era una norma de aseguramiento del pago de las

diversas opiniones sobre el momento exacto en el que se origina la responsabilidad criminal de los entes, no se discute que a partir de la Ley Orgánica 5/2010[528] es posible constatar una auténtica responsabilidad penal.

La Ley Orgánica 5/2010 introduce el artículo 31 bis al Código penal español, que autoriza la aplicación de sanciones contras las organizaciones en la medida que se les imputen hechos delictivos[529]. Junto con ello se establecen reglas para la aplicación de las penas, circunstancias atenuantes de responsabilidad penal, modelo de imputación de responsabilidad penal, entre otras regulaciones.

El origen de la LO 5/2010 obedece a la influencia del derecho internacional. El Capítulo VII del preámbulo de la ley reconoce que diversos instrumentos internacionales suscritos por el Estado español requerían de una respuesta frente al delito cometido por las entidades[530]. La referencia concreta alude principalmente a las Convenciones del Consejo de Europa y las decisiones Marcos de la Unión Europea. Lo que ha llamado la atención de la doctrina es que pese a que los tratados y convenciones no recomendaban necesariamente una responsabilidad de orden penal para las personas jurídicas, se impuso la idea de castigarlas criminalmente. Lo que los instrumentos internacionales sugerían era que las entidades respondieran de sus infracciones a través de medidas disuasorias, proporcionadas y eficaces, que podían ser de naturaleza administrativa o penal. Finalmente y pese a todos los problemas que conlleva para la dogmática penal, se impuso la opción de la responsabilidad criminal[531].

Junto con lo sugerido por la normativa internacional, se impusieron argumentos de política criminal, que lograron superar las críticas que se realizaron desde la doctrina. En

multas, pero para otros establecía una verdadera responsabilidad penal, bajo el modelo de la identificación. En GALÁN (2017) pp. 30-31.

[528] Posteriormente modificada por LO 1/2015

[529] FEIJOO (2016a) p.19

[530] FEIJOO (2016a) p.19.

[531] URRUELA (2012) pp. 414 y ss.

este sentido, fue tomando fuerza la idea de castigar a las entidades puesto que se constataba una importante cantidad de ilícitos que se cometían a través de empresas. De esta forma fue surgiendo la necesidad de establecer un sistema penal de naturaleza dual caracterizado porque las estructuras antropocéntricas se debieron adecuar a las agrupaciones de personas[532]. Por ello no llama la atención que se califique esta tendencia legislativa como "un triunfo del pragmatismo por sobre la coherencia dogmática"[533].

Bajo la vigencia de la referida Ley Orgánica, actualmente modificada por LO 1/2015, se consideraban sujetos activos solo quienes estuviesen dotados de personalidad jurídica. Los que careciesen de ésta podían experimentar una consecuencia accesoria contemplada en el artículo 129 del Código penal español. La responsabilidad deriva de la comisión de alguna de las figuras que expresamente consignaba el Código penal español, tratándose de un modelo de *numerus clausus*. La responsabilidad en estos casos podía materializarse por dos vías. La primera hipótesis consistía en que serían responsables "de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho" o también podrían ser responsables de: "los delitos cometidos, en el ejercicios de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso". Adicionalmente, el artículo 31 bis A del cuerpo punitivo español, señalaba que se podía castigar a las personas jurídicas siempre que se tuviese conocimiento de que el hecho fue realizado por una persona física, aun cuando no se pudiera determinar cuál de ellas concretamente lo hizo. También consignaba que las circunstancias que afectasen la culpabilidad de la persona física no

[532] URRUELA (2012) pp. 417-418.

[533] URRUELA (2012) p.420.

podían incidir en la de persona jurídica, ni tampoco su muerte o el hecho que se hubiese sustraído a la acción de la justicia[534].

El sistema antes descrito fue catalogado por la mayoría de la doctrina como de heterorresponsabilidad o responsabilidad por el hecho ajeno, toda vez que la persona jurídica respondía por lo realizado por la persona física. Contra la opinión mayoritaria, se cuestionaba que ese fuera el modelo de atribución consignado en el artículo 31 Bis A, considerando que aquello se oponía al principio de culpabilidad, resultando necesario independizar a la persona jurídica de la culpabilidad de la persona física, por lo que quedaba abierta la posibilidad de catalogar dicho modelo como de responsabilidad propia o autorresponsabilidad.

La posición mayoritaria de la doctrina española afirmaba que la persona física que ocupaba una determinada posición en la persona jurídica realizaba un hecho de conexión que se traducía en una transferencia de responsabilidad para el ser ficticio. El fundamento radicaba en la circunstancia de que no se exigía ningún comportamiento u omisión de parte de la persona jurídica como requisito para fundamentar su responsabilidad. Abonaba a favor de esta posición la circunstancia de que para el sistema español, en su artículo 31 bis 4 d), se disponía que los programas de cumplimiento implementados con el objeto de prevenir delitos y evitar defectos en su organización solo facultaban para rebajar la pena, mas no para excluirla[535]. También llamaba la atención de la doctrina que el artículo 31 bis 2 *in fine* del Código penal español, disponía que los jueces regulasen la pena de multa a las personas jurídicas y físicas sancionadas por el mismo delito considerando la suma de ambas, lo que se condice con la lógica de la transferencia propia de los sistemas vicarios[536].

[534] Sobre el antiguo artículo 31 bis del CP véase GALÁN (2017) pp.31 y ss.

[535] GALÁN (2017) pp.35 -36.

[536] GALÁN (2017) p. 37.

La tesis de la responsabilidad vicaria fue sostenida por la Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2011. En ella se afirma "el legislador español dibuja un sistema de heterorresponsabilidad penal o de responsabilidad de las personas jurídicas de naturaleza indirecta o subsiguiente, en la medida en que se hace responder a la corporación de los delitos cometidos por las personas físicas a las que el precepto se refiere"[537]. Esta opinión es esperable si se toma en consideración que para el órgano encargado de la persecución penal resulta más sencillo atribuir responsabilidad penal de acuerdo a un sistema vicario que uno de responsabilidad propia.

En cambio, la doctrina minoritaria, fundándose en la culpabilidad como postulado básico del sistema penal, defendió que la reforma establecida por LO 5/2010 consagró un sistema de autorresponsabilidad. Para estos efectos esgrimieron que la interpretación contraria infringe este postulado básico del sistema de derecho penal. El problema deriva de que la atribución de culpa o dolo de las personas físicas a las jurídicas afecta principios constitucionales[538]. También se produce una afectación del principio de legalidad en su variante del *non bis in idem* puesto que se castiga dos veces a personas que se encuentran identificadas. En base a estas argumentaciones se sostuvo que el modelo posee elementos de culpabilidad propia[539]. La jurisprudencia también coincidió decantándose a favor de un modelo que fuera compatible con los principios constitucionales[540].

---

[537] FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2011) p. 1303.

[538] Alegaron que la ausencia de culpabilidad de las personas jurídicas importa una violación del principio de personalidad de las penas porque se lo castigaría por un hecho ajeno, del que no habría tomado parte. En segundo lugar también reconocer la vigencia de una responsabilidad objetiva imputándose responsabilidad sin que exista dolo o culpa de parte del ente. GALÁN (2017) pp. 40-41.

[539] GALÁN (2017) p. 41.

[540] "...ya se optara por un modelo de responsabilidad por el hecho propio, ya por una fórmula de heterorresponsabilidad parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal". STS 514/2015, 2 de septiembre de 2015.

Otra tesis, sostenida por un tercer grupo de autores, postulaba que el legislador español estableció un sistema de responsabilidad penal mixta. Ello porque el modelo de atribución sería de heterorresponsabilidad, pero encaminado hacia una autorresponsabilidad. La actuación de las personas físicas configura el presupuesto de la responsabilidad penal del ente, pero no llegaría a ser su fundamento. Esto quedaría reflejado en las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal establecidas en el artículo 31 bis 3 del Código penal español y en la disposición del ente moral puede ser sancionado inclusive cuando la persona física no pueda ser identificada como dispone el artículo 31 bis 2 del mismo cuerpo normativo[541].

Las críticas al sistema establecido por la LO 5/2010 no tardaron demasiado en hacerse presente[542]. Una de ellas justamente debido a que el sistema de heterorresponsabilidad traslada la responsabilidad de la persona física a la jurídica, cuestión que no solo produce consecuencias en el ámbito penal, sino también en el procesal, dado que el ente debe acreditar su actuación preventiva y organización adecuada, puesto que su estado de desorganización se devela con el comportamiento ilícito de parte de la persona natural. A ello se suma que además su comportamiento preventivo solo le permitía rebajar la responsabilidad, pero no excluirla.

La consecuencia de las críticas y de las diversas interpretaciones llevaron al legislador a dictar la Ley Orgánica 1/2015 que pretendió dar respuesta a varias de las dificultades generadas por su predecesora[543]. Esta normativa junto con modificar el sistema de atribución de responsabilidad relacionándolo directamente con los programas de

[541] MARTÍNEZ PARDO (2011) pp. 70-71.

[542] ZUGALDÍA (2013) pp. 70 y ss.

[543] Inclusive Galán ha denominado como incertidumbre el estado de la discusión en el sistema español vigente antes de la dictación de la LO 1/2015. En GALÁN (2017) p.67.

cumplimiento, también amplió el listado taxativo de delitos que pueden ser cometidos por los entes morales[544].

b.- Modelo de imputación de responsabilidad establecido por la LO 1/2015

En el preámbulo de la LO 1/2015 se consigna que uno de los objetivos perseguidos por esta reforma es suprimir las diversas interpretaciones y dudas que había generado su predecesora LO 5/2010[545], delimitando especialmente el contenido de la obligación de controlar riesgos de las empresas, cuestión que es fundamental a la hora de atribuirle responsabilidad[546]. Su finalidad es consagrar un sistema de responsabilidad propia de la empresa, superando de este modo las críticas de inconstitucionalidad que se efectúan a los sistemas vicariales.

[544] Se amplía a delitos tales como la frustración de la ejecución, financiamiento ilegal de partidos políticos, delitos que afectan la salud pública diferente del tráfico de drogas, falsificación de monedas, entre otros.

[545] Ambas leyes modificaron el Código penal español en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas, entre otras materias.

[546] La LO en su título III del preámbulo señala literalmente que "La reforma lleva a cabo una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del «debido control», cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal. Con ello se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial, y se asumen ciertas recomendaciones que en ese sentido habían sido realizadas por algunas organizaciones internacionales. En todo caso, el alcance de las obligaciones que conlleva ese deber de control se condiciona, de modo general, a las dimensiones de la persona jurídica. Asimismo, se extiende el régimen de responsabilidad penal a las sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, a las que se podrán imponer las sanciones actualmente previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33 del Código penal.". p.5

Pese al claro propósito del legislador, la Fiscalía General del Estado español sostiene una interpretación contraria en la circular 1/2016[547]. En ella se afirma que las modificaciones introducidas por la referida Ley Orgánica no alteran la naturaleza vicarial del sistema de imputación, manteniéndose la necesidad de constatar un hecho de conexión cometido por una persona física y la consecuente transferencia de responsabilidad a la entidad. Inclusive rechaza la existencia de un sistema mixto fundándose en que el artículo 31 bis señala que las personas jurídicas con anterioridad y posterioridad a la reforma 17/2015 "serán penalmente responsables de los delitos cometidos por las personas físicas"[548]. En el mismo sentido agrega, "Pues bien, la vigente regulación del apartado primero del art. 31 bis continúa estableciendo en sus letras a) y b) los dos presupuestos que permiten transferir la responsabilidad de las personas físicas a la persona jurídica. El primer hecho de conexión lo generan las personas con mayores responsabilidades en la entidad y el segundo las personas indebidamente controladas por aquellas. En ambos casos, se establece un sistema de responsabilidad por transferencia o vicarial de la persona jurídica."[549]. A continuación la Fiscalía matiza su interpretación explicando que la ley incorpora elementos de autonomía y responsabilidad de la propia corporación. Entre éstos figura el que no sea indispensable identificar a una persona física o que el hecho de conexión se encuentre consumado[550].

[547] Véase Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código penal efectuada por la LO 1/2015.

[548] FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2016) p. 6.

[549] FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2016) p. 5.

[550] FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2016) pp. 7-8. En el mismo sentido Galán explica que la circular reconoce la existencia de ciertos elementos normativos que apuntan a la existencia de cierta autonomía de parte de los seres morales, dentro de los que destaca el que se le pueda atribuir responsabilidad incluso cuando no existe un ser físico como disponen los artículos 31 ter 1 y 2 del Código penal español, así como porque puede quedar exenta de responsabilidad penal en el caso de reconocérsele responsabilidad de acuerdo a los números 2 y 4 del artículo 31 bis del Código penal español. En GALÁN (2017) p. 81.

La interpretación que sostiene la fiscalía es discutible porque la LO 1/2015 que modificó que el artículo 31 bis y siguientes del Código penal español[551] para perfeccionar la

[551] Artículo 31 bis. 1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables: a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma. b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso. 2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones: 1.ª el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión; 2.ª la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica; 3.ª los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y 4.ª no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.ª En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena. 3. En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.ª del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquéllas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada. 4. Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión. En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo. 5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.ª del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos: 1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos. 3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos. 4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención. 5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo. 6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios. Artículo 31 ter. 1. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos. 2. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo siguiente. Artículo 31 quater. 1. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades: a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades. b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos. c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito. d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica. Artículo 31 quinquies. 1. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derechopúblico, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas. 2. En el caso de las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas

regulación de la responsabilidad de los entes, establece un sistema por el que éstos responden por su defecto de organización siempre que se verifique el hecho de conexión y se cumplan los demás requisitos establecidos en la ley. Para estos efectos además de la realización de un hecho típico por parte de un miembro de la corporación se requiere que éste la represente o actúe bajo su dependencia. Esto difiere de lo que ocurre con el artículo 129[552] del Código penal español (que contempla las consecuencias accesorias) el cual exige peligrosidad de la organización como presupuesto para la imposición de la pena. De esta forma el artículo 31 bis y siguientes contempla una responsabilidad penal propia[553], siendo el hecho individual el presupuesto de la responsabilidad y no una mera transferencia de responsabilidad como acontece en los sistemas vicariales.

No obstante la precisa intención del legislador ibérico, no es pacífico cómo debe catalogarse el modelo que atribuye responsabilidad penal a las corporaciones. Lo que resulta claro es que una solución coherente con el principio de culpabilidad supone la

---

públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33. Esta limitación no será aplicable cuando el juez o tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.

[552] "Artículo 129. 1. En caso de delitos cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis, el juez o tribunal podrá imponer motivadamente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33. Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita. 2. Las consecuencias accesorias a las que se refiere en el apartado anterior sólo podrán aplicarse a las empresas, organizaciones, grupos o entidades o agrupaciones en él mencionados cuando este Código lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas. 3. La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa a los efectos establecidos en este artículo y con los límites señalados en el artículo 33.7.".

[553] FEIJOO (2016a) pp. 49 y ss.

existencia de un fundamento propio que justifique su responsabilidad. Esto se relaciona con un estado de organización que se configura por el incumplimiento de los deberes de vigilancia y supervisión, infracción que es independiente del hecho de la persona física y que es imputable de manera exclusiva a la entidad. Esta tesis ha sido confirmada por la jurisprudencia española en un fallo reciente, en el que se rechaza el recurso de casación interpuesto por una de las empresas condenadas, el Tribunal Supremo confirma que la responsabilidad de la entidad es independiente de la que le corresponde a las personas naturales[554].

[554] El Tribunal declara expresamente que no es necesario que las personas físicas sean condenadas. "En efecto el artículo 31.ter señala: 1. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos **(…) Pero una cosa es que se exija la "constatación" de la actuación de esos sujetos personas físicas y otra que sea un presupuesto la previa "condena" de las mismas.**" (El destacado es nuestro). En el punto 2 de los fundamentos de derecho de la sentencia que rechaza el recurso de casación interpuesto. En STS 279/2019, de 7 de febrero de 2019. Otra sentencia del Tribunal Supremo del año 2016, exige acreditar un defecto de organización por parte de la empresa, siendo necesario para quebrantar la presunción de inocencia que obra a su favor. El fallo literalmente señala: "el juicio de autoría de la persona jurídica exigirá a la acusación probar la comisión de un hecho delictivo por alguna de las personas físicas a que se refiere el apartado primero del art. 31 bis del CP, pero el desafío probatorio del fiscal no puede detenerse ahí. Lo impide nuestro sistema constitucional. Habrá de acreditar además que ese delito cometido por la persona física y fundamento de su responsabilidad individual, ha sido realidad por la concurrencia de un delito corporativo, por un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica, de forma mucho más precisa, a partir de la reforma de 2015." pp. 31-32 … "La responsabilidad de la persona jurídica ha de hacerse descansar en un delito corporativo construido a partir de la comisión de un previo delito por la persona física, pero que exige algo más, la proclamación de un hecho propio con arreglo a criterios de imputación diferenciados y adaptados a la especificidad de la persona colectiva. De lo que se trata, en fin, es de aceptar que sólo a partir de una indagación por el Juez instructor de la efectiva operatividad de los elementos estructurales y organizativos asociados a los

El artículo 31 bis del Código penal español dispone que las personas jurídicas respondan de los delitos que son cometidos en su nombre o por su cuenta, siempre que se haga en su beneficio directo o indirecto. El hecho debe ser realizado por sus representantes legales o quienes actuando individualmente o integrantes de un órgano de la entidad, puedan tomar decisiones a su nombre estando dotados de facultades de organización. Este grupo se califica como el de los dirigentes (artículo 31 bis a) del Código penal español). El segundo grupo lo constituyen los subordinados (artículo 31 bis b) del Código penal español). Se trata de los ilícitos realizados en el ejercicio de actividades sociales, por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes estando sometidos a la autoridad de las personas señaladas anteriormente, incurrieron en el hecho producto de haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

En el caso de los dirigentes, para que opere la exención de responsabilidad penal, será necesario dar cumplimiento a los requisitos copulativos que menciona el numeral segundo del artículo 31 bis, esto es, la adopción y ejecución antes de la comisión del ilícito, de modelos de cumplimiento que contemplen medidas de vigilancia para prevenir que se cometan estos hechos o que reduzca el riesgo de que sean ejecutados; que el encargado de la supervisión del cumplimiento del modelo sea un órgano con poderes autónomos en la organización; que las personas físicas realicen el ilícito eludiendo de manera fraudulenta estos controles y que el hecho no se deba a una omisión o ejercicio insuficiente de los deberes de supervisión, vigilancia y control a que se aludió. En el caso de las personas jurídicas de menor tamaño (aquellas que de acuerdo a la legislación española pueden presentar ganancias y pérdidas de manera abreviada) pueden realizar

---

modelos de prevención, podrá construirse un sistema respetuoso con el principio de culpabilidad" en el considerando 5° STS 221/2016 de 16 de marzo de 2016, pp. 43.

esta función por la administración general[555]. El numeral 5 del artículo 31 bis determina los requisitos que debe contener un modelo de cumplimiento.

Otro de los objetivos de esta normativa es fortalecer el sistema de *compliance* que debe imperar en las empresas, al punto que su establecimiento e implementación puede importar la exclusión de la responsabilidad penal de la agrupación de personas. Esto deriva de la expresa inclusión de los modelos preventivos de gestión y organización, lo que además despeja las dudas que existían en el sistema español con anterioridad a la LO 1/2015, al disponer de manera expresa su rol eximente o atenuante[556]. En este último caso siempre que no se cumplan con todos los requisitos enumerados en los numerales 2 y 4 del artículo 31 bis. De esta manera la adopción de programas de cumplimiento adquiere un rol preponderante. Lo expresado es sin perjuicio que para algunos autores se ha sobredimensionado el valor del *compliance*[557] porque no basta con la adopción de estos modelos para que opere la exención de responsabilidad, puesto que como se observó al momento de revisar la ley, se requieren varios requisitos copulativos[558]. Para la exención de responsabilidad penal resulta necesaria la adopción de un programa con anterioridad a la ejecución del hecho[559], la implementación posterior al delito, pero anterior al juicio oral, puede esgrimirse como circunstancia atenuante de responsabilidad penal[560]. El modelo debe incluir medidas de vigilancia y control que sean idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza, quedando excluidos aquellos genéricos o de diversa naturaleza.

---

[555] En el caso nacional la Ley N° 20.393 permite en su artículo 4 letra b) inciso segundo, que en las personas jurídicas cuyos ingresos anuales no excedan de cien mil unidades de fomento, sus dueños, socios o accionistas controladores puedan asumir las tareas del encargado de prevención de delitos.

[556] El inciso final del numeral segundo del artículo 31 bis señala que en caso de cumplimiento parcial de los requisitos se valora como circunstancia atenuante.

[557] GALÁN (2107) p.67.

[558] GALÁN (2017) p. 129.

[559] Artículo 31 bis Código penal español.

[560] Artículo 31 quater letra d) Código penal español.

La posibilidad de eximir de responsabilidad penal a la persona jurídica por la existencia de un programa de prevención y control eficaz se conecta directamente con la finalidad de la autorregulación. El incumplimiento de los deberes de supervigilancia de las entidades puede traducirse en responsabilidad criminal para la corporación. Su falta de adopción afecta su capacidad de defensa[561].

c.- Determinación de la pena y herramientas reflexivas del juez penal

Las sanciones que pueden ser aplicadas a las personas jurídicas se encuentran enumeradas en el artículo 33 número 7 del Código penal español[562] son: multa por

[561] SILVA (2018) pp. 242-244.

[562] Art. 33 número 7. "Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas la consideración de graves, son las siguientes:

a) Multa por cuotas o proporcional.

b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.

c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.

f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.

g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.

La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La

cuotas proporcional, disolución de la persona jurídica, suspensión de actividades, clausura de locales y establecimientos, prohibición de ejecución en el futuro de actividades similares, inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, contrataciones con el Estado e intervención judicial. Todas sin distinción se consideran graves. Se ha criticado la ausencia de sanciones como la publicación de sentencia, prohibición de cotizar en la bolsa, entre otras[563].

De conformidad al artículo 66 bis del Código penal español, mientras la pena de multa procede en todos los casos, las demás serán aplicadas potestativamente por el juez, con excepción de la disolución en el caso de los grupos y organizaciones criminales[564]. La procedencia de las restantes sanciones dependerá de los factores que el citado precepto menciona: "a) Su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos; b) Sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores y c) El puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control". La aplicación flexible de estas penas por parte del juez penal expresa el carácter responsivo de la norma, lo que se condice con la finalidad de la autorregulación que abraza la responsabilidad penal de las

---

intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria.

La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa".

[563] GALÁN (2017) pp. 257 y 258.

[564] Artículo 570 quater N° 1 del Código penal español "Los jueces o tribunales, en los supuestos previstos en este Capítulo y el siguiente, acordarán la disolución de la organización o grupo y, en su caso, cualquier otra de las consecuencias de los artículos 33.7 y 129 de este Código".

entidades[565]. Asimismo, como señala una autora[566], queda claro que no dependen de la gravedad del ilícito porque incluso algunas pueden ser aplicadas como medidas cautelares[567].

Uno de los aspectos que caracteriza a la multa es que su aplicación se funda en un hecho que se ubica en el pasado, a diferencia de las otras penas que se orientan hacia el futuro. Esto ha llevado a afirmar que el Código penal español ha establecido dos tipos de sistemas de aplicación de la pena, uno para personas físicas y otro para las jurídicas[568].

La multa es la figura básica y general para todos los delitos cometidos por las agrupaciones de personas. Para algunos autores su finalidad es preventivo general en su fase positiva, mientras que las restantes penas poseen una finalidad preventiva especial, siendo su derrotero prevenir la comisión futura de delitos[569]. La multa es retrospectiva y se determina de conformidad a la gravedad del hecho. Las multas pueden fijarse en cuotas o de manera proporcional. Esta segunda hipótesis considera la capacidad económica del ente.

Las sanciones que el juez puede aplicar potestativamente son de naturaleza interdictiva. La flexibilidad otorgada al tribunal para determinar su procedencia es coherente con su finalidad preventiva especial, toda vez que su necesidad estará supeditada a las características del caso particular. Esta visión se confirma con el hecho de que el legislador no ha fijado plazos de duración mínimos. Al mismo tiempo sirve para explicar por qué no se trata de una sanción retrospectiva como la multa, por el contrario, se dirige

[565] Feijoo expresa sobre el punto: "La flexibilidad político-criminal en fase de individualización judicial de la penal representa una características importante del sistema de RPPJ". En FEIJOO (2016c) p.274.

[566] GOENA (2017) p. 96.

[567] Artículo 33 Código penal español en su inciso final dispone: "La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa.".

[568] FEIJOO (2016c) p.274.

[569] FEIJOO (2016c) p.276.

hacia el futuro. Esto quiere decir que resulta indispensable efectuar un juicio de prognosis que permita caracterizar el comportamiento que adoptará la entidad y cómo puede ser controlada. La crítica frente a las penas interdictivas establecidas por el legislador español deriva de que se trata de una prevención especial negativa que mira a la peligrosidad de la persona jurídica con el objetivo de inocuizarla más que de corregirla[570]. Por este motivo se ha cuestionado el haber dejado fuera aquellas medidas que van en la línea de la corrección más que la inocuización del ente[571]. La pena de intervención judicial contemplada en el artículo 33 N° 7 letra g), se inclina por la vertiente correctiva, pero está supeditada a otros intereses colectivos que son ajenos a la empresa misma, como es salvaguardar el derecho de los trabajadores o de los acreedores, por tanto, no a una intervención que se realice con miras a obtener un resultado verdaderamente correctivo[572].

Pese a que las penas interdictivas establecidas en el Código penal español tienden a la prevención especial negativa o inocuización, el legislador ibérico se basó en modelos cuya penalidad se dirige a la reestructuración[573] de la entidad, lo que quedaría comprendido dentro de la prevención especial positiva. Prueba de la visión correctiva de la ley por sobre el objetivo de inocuizarla, son las circunstancias atenuantes cuya finalidad es favorecer la corrección del ente[574]. Esta evidente contradicción de los fines

[570] FEIJOO (2016c) p.281.

[571] FEIJOO (2016c) p.282.

[572] Sobre el punto se ha señalado que entonces la posibilidad de que la empresa se reestructure queda supeditada a la atenuante del artículo 31 bis del Código penal español que hace referencia a los programas de cumplimiento. FEIJOO (2016c) p.282.

[573] Sistema norteamericano y sistema italiano de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

[574] También a favor de la finalidad preventiva general para la multa y preventiva especial para las sanciones interdictivas, Faraldo ha señalado que "las penas para personas jurídicas, con la excepción de la multa, tienen una clara vocación preventiva-especial. Pretenden controlar o inocuizar, de forma temporal o definitiva, a una persona jurídica que ha revelado una especial peligrosidad a través de la comisión de delitos por parte de sus dirigentes". En FARALDO (2015) p.158.

también puede ser observada en la Ley N° 20.393, cuestión que será tratada en el próximo capítulo.

Producto de la situación antes descrita, se ha planteado que las especies de penas interdictivas dispuestas en la norma, no impiden una lectura del modelo en clave preventivo-reestructurador (presente en el ámbito norteamericano) porque este es el camino para que la responsabilidad penal de las personas jurídicas logre su finalidad de la autorregulación. Para ello, si bien la normativa del Código penal español no lo permite, dado que no es posible sustituir las sanciones por las circunstancias atenuantes de responsabilidad penal, la alternativa para garantizar la reestructuración del órgano, proviene de los mecanismos alternativos a la solución de conflictos que contempla la legislación de dicho país[575].

La legislación española contempla cuatro circunstancias atenuantes que se encuentran reguladas en el artículo 31 quater de su cuerpo punitivo[576]. La doctrina mayoritaria considera que se trata de un listado taxativo y exclusivo para las entidades por lo que no

[575] GOENA (2017) pp.240 y ss.

[576] "Artículo 31 quater.

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

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

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

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

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

procede que se le reconozcan las circunstancias atenuantes generales contempladas en el artículo 21 del mismo código[577].

Se trata de cuatro atenuantes que corresponden a la confesión previa a que el procedimiento judicial se dirija en su contra; colaboración con la investigación; reparación o disminución del daño causado con el delito y establecer medidas eficaces para prevenir ilícitos en el futuro. Su finalidad consiste ya sea en que se coopere con el proceso, se repare a la víctima o la prevención de delitos en el futuro[578]. Ellas se encuentran en normas comparadas como la *Sentencing guidelines for organizations* y en el caso chileno en la Ley N° 20.393[579].

No se contemplan agravantes, lo que ha sido objeto de crítica, toda vez que al momento de regular la determinación de la pena, se realiza una remisión al artículo 66 bis del Código penal español el cual hace referencia a circunstancias agravantes de

[577] Las atenuantes generales están establecidas en el artículo 21 del Código penal español. A este respecto se ha generado un debate en orden a determinar si es posible que analógicamente sean aplicadas a las entidades. El problema deriva de la claridad del artículo 31 quater que resulta taxativo en relación con las condiciones que benefician a los entes, pero por otra parte resulta complejo, desde la igualdad ante la ley, simplemente aceptar que en un juicio una persona natural pueda beneficiarse de atenuantes como la dilación en el proceso y la persona jurídica quede excluida. Por ello no es de extrañar que se haya planteado la posibilidad de que al menos en el futuro pueda evaluarse una analogía *in bonan parte*m. En GÓMEZ-JARA (2016d) p. 223.

[578] ZUGALDÍA (2008) p. 288.

[579] "Artículo 6°.- Circunstancias atenuantes. Serán circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de la persona jurídica, las siguientes: 1) La prevista en el número 7° del artículo 11 del Código penal. 2) La prevista en el número 9° del artículo 11 del Código penal. Se entenderá especialmente que la persona jurídica colabora sustancialmente cuando, en cualquier estado de la investigación o del procedimiento judicial, sus representantes legales hayan puesto, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, el hecho punible en conocimiento de las autoridades o aportado antecedentes para establecer los hechos investigados. 3) La adopción por parte de la persona jurídica, antes del comienzo del juicio, de medidas eficaces para prevenir la reiteración de la misma clase de delitos objeto de la investigación".

responsabilidad penal[580]. Dentro de las objeciones, además, se ha hecho presente la necesidad de considerar la reincidencia porque la reiteración agravaría la conducta de la entidad[581].

La ausencia de agravantes en esta ley y su limitada presencia en otros cuerpos legales que contemplan la responsabilidad penal de los entes[582], es coherente con la primacía de la finalidad preventiva que se encuentra presente en la autorregulación. Ello porque a diferencia de lo que ocurre con las circunstancias atenuantes que se dirigen a mejorar el comportamiento posterior al delito (perfeccionar su autorregulación), las agravantes miran al pasado, o expresado en otros términos, al comportamiento anterior. Ello se explica porque el objetivo es castigar con mayor severidad, lo que no siempre es funcional para mejorar los estándares de cumplimiento en la empresa.

Las circunstancias atenuantes que se contemplan son post delictivas, vinculándose con la necesidad de fomentar una modificación en el comportamiento de las personas jurídicas, lo cual está en consonancia con la finalidad de la autorregulación[583] que inspira este tipo de sanciones. En este sentido se ha señalado que "lo que el legislador ha pretendido al introducir las circunstancias del artículo 31 quater es servir al interés público allí donde

[580] Inclusive esto ha llevado a que autores estimen que a las personas jurídicas se le aplican las circunstancias agravantes contempladas en el CP, lo que claramente es una interpretación en perjuicio de los imputados.

[581] ZUGALDÍA (2008) pp. 289-290.

[582] En el caso chileno la Ley N° 20.393 contempla tres circunstancias atenuantes (artículo 6) y solo la agravante de reincidencia. "Artículo 7°.- Circunstancia agravante. Es circunstancia agravante de la responsabilidad penal de la persona jurídica, el haber sido condenada, dentro de los cinco años anteriores, por el mismo delito.".

[583] Se ha expresado que "todas las atenuantes, en este contexto específico, se corresponden sin dificultad con el fenómeno de la autorregulación regulada en el que el Estado, a vista de sus propias deficiencias regulativas- por carencias de recursos y conocimientos-, permite una autorregulación de las empresas a cambio de que se hagan responsables de las consecuencias de dicha regulación". En GÓMEZ-JARA (2016d) p. 224.

el Estado no alcanza. En concreto, evitar riesgos jurídicamente relevantes en el seno de las organizaciones empresariales mediante la autorregulación regulada"[584]. En caso que estas circunstancias se verifiquen antes de la comisión del delito podrían dar origen a un eximente, lo cual se comprende desde la autorregulación que ha entregado a los particulares la custodia de sus riesgos[585].

Se ha generado cierto debate en orden a si las dos atenuantes que ya existían en el ordenamiento español, esto es, la confesión y la reparación deben ser interpretadas de la misma manera que se ha venido haciendo para las personas naturales o deben ser reinterpretadas a la luz de su finalidad de autorregulación[586].

Como se adelantó, además de las circunstancias atenuantes de responsabilidad que se basan en una finalidad preventiva especial positiva, otras herramientas que contempla el sistema jurídico español que pueden cumplir con este fin correctivo son los mecanismos alternativos para la solución de los conflictos. Estas herramientas de carácter procesal son instrumentos que obedecen a criterios de flexibilidad que permiten que el órgano jurisdiccional pueda favorecer la autorregulación de la corporación haciendo primar lo persuasivo por sobre el castigo. Además, al igual que las aludidas modificatorias de responsabilidad penal, son funcionales para cumplir con la finalidad preventiva especial positiva porque se establecen en cada caso de acuerdo a las propiedades del ente siendo perfectamente posible que se dirijan a su corrección o reeducación.

Sobre este punto existe una interesante propuesta según la cual empleando las herramientas de la conformidad y del sobreseimiento, no se debería aplicar una pena a la persona jurídica que se autorregule en virtud de alguna de las circunstancias atenuantes del artículo 31 quater del Código penal español, toda vez que con ello se habría

[584] GOENA (2017) p.207.

[585] GÓMEZ-JARA (2016d) pp. 224 -225.

[586] GÓMEZ-JARA (2016d) p. 223.

verificado la finalidad correctiva[587]. La conformidad es una institución contemplada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según la cual es posible que la persona jurídica acepte la imputación y sea condenada con una sanción más benigna[588]. Si bien se ha comparado con los Acuerdos de no persecución y los Acuerdos de persecución diferida, vistos al momento de revisar la legislación norteamericana, ciertamente no son iguales[589]. Además esta institución no permite liberar a la persona jurídica de la condena. Otra herramienta que ofrece la normativa procesal es el sobreseimiento temporal regulado en los artículos 634 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Éste permite suspender la persecución penal cuando no existen antecedentes para seguir con el juicio penal. Si bien la institución se emplea en caso de falta de antecedentes para la persecución criminal, se ha sostenido que la persona jurídica que cumple todas las atenuantes del artículo 31 quater elimina el interés público en la persecución de dicha entidad lo que justificaría no seguir adelante con el juicio[590]. Esta interpretación si bien resulta forzada (como lo reconoce su propia autora) se adecúa a los fines de la autorregulación porque si la persona jurídica ya ha sido reeducada desde la prevención especial positiva desaparece la necesidad de castigo.

[587] GOENA (2017) p. 242.

[588] Artículo 787 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española: "8. Cuando el acusado sea una persona jurídica, la conformidad deberá prestarla su representante especialmente designado, siempre que cuente con poder especial. Dicha conformidad, que se sujetará a los requisitos enunciados en los apartados anteriores, podrá realizarse con independencia de la posición que adopten los demás acusados, y su contenido no vinculará en el juicio que se celebre en relación con éstos.".

[589] GOENA (2017) p. 243.

[590] GOENA (2017) pp. 243-244.

IV.- Persuadir o castigar: análisis de los modelos legislativos revisados

Como se expuso, el sistema norteamericano, el más antiguo de los revisados, cuenta con una estructura vicaria de imputación de responsabilidad penal que ha ido evolucionando a uno mixto en la fase de determinación de la pena. Este cambio obedece en parte a las críticas realizadas contra las sanciones que tradicionalmente se aplicaron a las personas jurídicas, principalmente respecto del castigo pecuniario. Las externalidades negativas de este tipo de sanciones llevaron a la doctrina a proponer nuevas modalidades de éstas y mecanismos alternativos para evitar su aplicación. La finalidad que se buscaba con ello es corregir las falencias del sistema punitivo. De esta forma si bien las medidas punitivas se conservan y siguen siendo indispensables, el sistema otorga flexibilidad para no aplicarlas o graduar su intensidad o duración según diversos factores que deben evaluarse en cada caso. Los protagonistas han sido los acuerdos de persecución diferida o de no persecución, cuya aplicación es masiva porque facilita la reestructuración o corrección de la corporación.

El sistema italiano del año 2001 incorpora desde su creación criterios responsivos, dado que proporciona ciertos rangos de flexibilidad al juez penal al momento de aplicar la sanción, conforme a criterios que apuntan a la corrección de gestión de riesgos de entidad. En este sentido, las circunstancias atenuantes de responsabilidad penal se orientan a reparar, adoptar modelos de gestión interna, entre otros. Lo más destacable desde la persuasión son las herramientas premiales que se ven reflejadas en el proceso de determinación de la pena. Además la existencia de sanciones interdictivas que apuntan a la prevención especial son coherentes con la finalidad de la autorregulación porque se dirigen al futuro instando por un perfeccionamiento de la institución.

Finalmente, el sistema español, particularmente en su última versión proporcionada por la LO 1/2015, también recoge elementos que permiten la configuración de un sistema de determinación de la pena particular y propio para los entes morales, que difiere del de

las personas físicas. Este esquema también proporciona ciertos espacios de flexibilidad para el órgano jurisdiccional.

De los tres sistemas revisados el que concede mayor cantidad de herramientas desde la perspectiva del binomio castigo versus persuasión es el norteamericano, porque permite suspender o interrumpir la persecución penal en la medida que la corporación corrija y repare los daños originados con su actuación ilícita. Esto obedece a que los sistemas anglosajones son más flexibles que los de la familia del derecho europeo-continental en relación con las facultades de oportunidad que se proporcionan a los fiscales y respecto de las prerrogativas de los jueces para la determinación de la pena. También porque la evolución jurisprudencial y doctrinaria ha mostrado que la eficacia de la sanción a las personas jurídicas, si se pretende cumplir con el fin propuesto por el sistema penal, requiere la primacía de las medidas que miren al ente en concreto (prevención especial) por sobre las que se dirigen a las colectividades en general (prevención general).

Los modelos legislativos revisados dan cuenta de la necesidad de implementar de manera conjunta estrategias punitivas y persuasivas a la hora de responsabilizar a las entidades. Incluso de profundizar con las ya existentes. Porque si se trata de promover un determinado comportamiento o forma de ser mediante el incentivo que genera la pena, en la medida que la necesidad de castigo disminuya o se elimine del todo, la necesidad de perfeccionar la estructura de la entidad disminuye o desaparece y, dado que la sanción debe orientarse a dicha finalidad correctiva (o ser derechamente reemplazada por instrumentos no punitivos), debe primar la aplicación de aquellas herramientas que persuadan a la persona jurídica de emendar su organización defectuosa.

El sistema de penas y su determinación debe estar en consonancia con la finalidad de la autorregulación perseguida con el castigo. Si el fin es lograr que los seres ficticios se autorregulen, entendiendo por ello la adopción de controles internos que prevengan la comisión de delitos y que denuncien y castiguen los ilícitos que se cometen, la estrategia más adecuada para promover dicha autorregulación consiste en que producto de la

amenaza de una sanción se consiga educarlos y persuadirlos de no cometer delitos en el futuro. Para que esto ocurra el sistema debe contar con herramientas punitivas como las penas, junto con herramientas persuasivas como las circunstancias atenuantes, mecanismos alternativos para la solución de conflictos, criterios de oportunidad en la persecución penal, incentivos para la corrección de sus defectos, que son conducentes a dicha finalidad. Por su parte, el éxito de la autorregulación depende de que la entidad asuma los riesgos de su actividad y los controle. Esto significa que existe un imperativo de realizar cambios en su gestión de los riesgos inherentes a su giro o sector. Lo que supone la incorporación de parámetros aceptados por la autoridad o por el legislador, lo cual muchas veces queda consignado en las leyes que regulan la responsabilidad de los entes.

El desafío está en la identificación de la pena o alternativa que sea más eficaz para lograr la autorregulación. El proceso como se ha visto depende de varios factores que se relacionan con el sujeto a castigar, pero también con los efectos que otras personas pueden experimentar con dicho castigo. Asimismo, será necesario evaluar si la consecuencia penal es lo suficientemente adecuada para el caso concreto. Por este motivo la aplicación de herramientas responsivas en los sistemas legales que sancionan a las personas jurídicas resulta fundamental. La responsividad que puede encontrarse en la legislación favorece la reparación, la mejora de la gestión interna de riesgos, cumplir con la legislación interna y externa, entre otras medidas correctivas.

Lo expresado no impide que en ciertos casos el castigo pueda ser la mejor solución para promover un perfeccionamiento de la autorregulación de la corporación, pero en otros puede traducirse en su desaparición. Este desenlace solo debería tener lugar en los casos más graves y en la medida que sea absolutamente indispensable.

En este contexto resulta bastante clara la naturaleza funcional-preventiva de este tipo de sanciones. Prueba de ello es que desde el inicio se excluye a las personas jurídicas de derecho público como el Estado y sus organismos, ya que no es posible imaginar una

sociedad sin ellas o que sean sujetas a prohibiciones o sanciones interdictivas, simplemente porque no pueden dejar de funcionar o hacerlo con este tipo de limitaciones.

V.- Conclusiones

El estudio de sistemas extranjeros es necesario para la interpretación y caracterización del sistema nacional, puesto que la Ley N° 20.393 se basó en dichos modelos.

Por su parte, y pese a las diferencias que existen entre dichos sistemas y el implementado por la Ley N° 20.393, en todos confluye la finalidad de la autorregulación como propósito del legislador para justificar su castigo. Incluso en el sistema norteamericano que establece una transferencia de la responsabilidad de la persona jurídica a la individual, se observa una clara tendencia a considerar el comportamiento de la entidad al momento de graduar su responsabilidad en el delito, también respecto del comportamiento que ésta adopta con posterioridad a que se ha verificado el ilícito individual. Con ello se confirma, lo tantas veces afirmado en este trabajo, en orden a que la sanción de las colectividades obedece a un comportamiento que se mantiene en el tiempo y que el legislador persigue prevenir, pero que una vez verificado se espera que se enmiende o repare y que adopte un comportamiento que se adecúe al derecho que la regula.

Durante este capítulo, primero se analiza el sistema norteamericano, cómo surge la responsabilidad penal para las colectividades y su evolución desde una responsabilidad vicaria estricta, en la que no se considera el comportamiento de la corporación al momento de transferirle responsabilidad, hasta la consideración de su comportamiento para efectos de la determinación judicial de la pena. En este sentido las *Organizational Sentencing Guidelines* fueron de gran influencia para la morigeración del sistema vicario. Estas ideas significaron que se fueran dejando de lado los postulados de la doctrina del *Law and Economics* que abogaba por la sanción óptima. Por ello si bien al comienzo primó la disuasión basado en la pena óptima, o más concretamente, la multa óptima, las críticas fueron dando lugar a la primacía de las teorías de la organización y la ética corporativa. Al día de hoy la tendencia es hacia la finalidad de la autorregulación,

cuyo objetivo es que las entidades modifiquen su comportamiento, prevenga la comisión de delitos, se investiguen los ilícitos cometidos y se denuncien ante la autoridad. Todo esto se vincula con la adopción de programas de cumplimiento y se traducirá en la atenuación de la pena. Se trata de promover una cultura del *compliance* y de la ética corporativa. En conclusión, se está ante un sistema mixto dado que durante el proceso de determinación de la pena se considera el comportamiento propio de la empresa y no solo la atribución de responsabilidad.

En el sistema norteamericano, pese a su carácter vicario, se valora el comportamiento de la entidad puesto que se considera lo realizado antes y después de la comisión del delito por parte del ser físico. Esto coincide plenamente con el sistema establecido en la Ley N° 20.393 que promueve la adopción de modelos de prevención de delitos, que pueden exonerar de responsabilidad a la agrupación de personas si son eficaces y se implementan[591], o que adoptados con posterioridad al delito, pero antes del comienzo del juicio, pueden considerarse como atenuantes al momento de la determinación judicial de la sanción[592]. Lo expresado se relaciona con la finalidad de la autorregulación toda vez que lo relevante tanto para el sistema norteamericano como para el chileno es promover que la persona jurídica se organice de acuerdo al derecho.

Los acuerdos denominados *non prosecution agreement*, en los que el fiscal no presenta acusación a cambio de que el imputado cumpla con lo acordado con la fiscalía, y los *deferred prosecution agreement*, en los que se interpone la acusación pero el procedimiento no continúa siempre que el imputado dé cumplimiento a ciertas condiciones, muestran que en la práctica la tendencia del sistema norteamericano se dirige a evitar la pena, instando por su autorregulación, pero sin aplicar recurrir a medidas punitivas en todos los casos. Estos acuerdos se inspiran en la idea de persuadir por sobre castigar.

[591] Artículo 3 de la Ley N° 20.393.

[592] Artículo 6 de la Ley N° 20.393.

El segundo sistema analizado es el implementado en Italia a través del Decreto Legislativo N° 231 de 2001. Este estatuto consagra la responsabilidad administrativa para los entes colectivos, mediante un modelo de atribución de responsabilidad penal de naturaleza mixta que comparte elementos del sistema vicario y del de culpabilidad por defecto de organización. Del primero deriva la existencia del delito precedente que es cometido por una persona natural, del segundo la administración defectuosa que emana de la omisión de los deberes de supervisión y vigilancia.

El sistema implementado por el Decreto Legislativo N° 231 persigue que las entidades se autorregulen, cumplan con la normativa y prevengan delitos, por ello se establece una exención de responsabilidad en la medida que hubiesen adoptados programas de cumplimiento. Lo expresado es similar a lo regulado en la Ley N° 20.393 que permite evitar el castigo cuando la entidad hubiese controlado sus riesgos a través de la adopción de los mencionados modelos.

El modelo creado por el Decreto Legislativo N° 231, proporciona facultades responsivas al juez penal, lo que puede apreciarse especialmente en la existencia de instituciones que se basan en lo *premiale*, como el artículo 17, cuya finalidad es promover que en el futuro se mejore la organización de la entidad a través del cumplimiento de la ley. Esto incluso permitiendo modificar las penas en fase de ejecución, siempre que la persona jurídica demuestre que ha adoptado un programa de cumplimiento.

En tercer lugar se analiza el sistema español tanto en relación con la Ley Orgánica Constitucional 5/2010, como las modificaciones introducidas por la 1/2015. Como se explicó, la primera fue muy criticada porque, para parte de la doctrina y la Fiscalía del Estado, se entendió que se consagraba un sistema de responsabilidad vicaria, lo que se oponía al principio de culpabilidad. Por ello la Ley Orgánica 1/2015 incorpora el defecto de organización como elemento necesario para el reproche penal, por lo que la adopción de modelos de cumplimiento eficaces tiene la entidad para eximir de responsabilidad y no solo para atenuarla como lo hacía la normativa orgánica 5/2010.

El modelo español reformado el año 2015 claramente se orienta hacia la finalidad de la autorregulación y por ello consagra la posibilidad de exonerarse del castigo en la medida que la entidad adopte modelos eficaces. Nuevamente se está ante el objetivo de promover el cumplimiento normativo por parte de los seres ficticios. También se contempla la atenuación de responsabilidad en caso que la implementación del modelo se realice con posterioridad al delito, pero antes del juicio oral.

La pena de multa es la sanción principal al igual que en el sistema italiano. Asimismo, se proporciona flexibilidad al juez para su aplicación, lo que es expresión de su carácter responsivo y se condice con la finalidad de la autorregulación que abraza la responsabilidad penal de las entidades.

De los tres sistemas revisados el que concede mayor cantidad de herramientas persuasivas es el norteamericano, esto porque faculta a los órganos encargados de la persecución penal para suspender o interrumpir dicha pesquisa en la medida que la entidad adopte medidas de corrección y reparación. Esto es así porque los sistemas anglosajones son más flexibles que los de la familia del derecho europeo-continental en relación con las facultades de oportunidad que se proporcionan a los fiscales y respecto de las prerrogativas de los jueces para la determinación de la pena. Adicionalmente obedece a que tanto la jurisprudencia como la doctrina considera que la finalidad de la autorregulación depende del tratamiento concreto y específico de la colectividad, lo que va en la línea de la persuasión por sobre el castigo.

También resulta significativo que el modelo más antiguo de los analizados se oriente en el sentido de la persuasión por sobre el castigo. Lo que se puede inferir de esta tendencia es que el castigo de las corporaciones puede ser incapaz de lograr la finalidad de la autorregulación, según el caso, por lo que implementar medidas que impulsen su persuasión con miras a su corrección puede ser lo más adecuado.

Dado que el sistema nacional tomó en consideración los modelos analizados corresponde revisar en el próximo capítulo si es posible encontrar esta disposición de elementos punitivos y responsivos en la Ley N° 20.393 y relacionarlos con la finalidad de la autorregulación.

<u>CAPÍTULO CUARTO:</u> Estudio de la Ley N° 20.393

I.- Introducción

Durante los capítulos anteriores se formularon un conjunto de aseveraciones que configuran los puntos de partida para lo que se analizará en el presente. En este sentido, recapitulando, se afirmó que el injusto colectivo es diverso del individual, toda vez que éste se vincula con un estado que se mantiene en el tiempo. También, se indicó que el reproche a las organizaciones deriva de su carácter que se constituye por una forma de ser causada por una mala gestión de los riesgos que corresponden a su actividad, dando lugar a la comisión de delitos por parte de las personas naturales que la integran, manifestando de esta manera su defecto de organización.

A su turno, se expresó que la finalidad del castigo de las entidades es la autorregulación, para prevenir la comisión de delitos bajo su seno. Esta finalidad se relaciona con el derecho reflexivo y responsivo, que surgen de la evolución del concepto del derecho. También se aseveró que la autoorganización de las instituciones que se realiza dentro de un marco fijado por la autoridad, recibe el nombre de regulada. Esto significa que las corporaciones son responsables de controlar y supervigilar los riesgos que derivan de su giro, ante lo cual deben ser capaces de identificarlos, cautelarlos y mitigarlos cuando corresponda. La infracción de dichos deberes puede generar responsabilidad penal, siempre que se cumplan con los demás requisitos establecidos por el legislador, uno de los cuales es la verificación del hecho de conexión que es cometido por una persona física relacionada.

Por su parte, las organizaciones que estén correctamente autorreguladas, vale decir, que detentan una supervisión y control de sus riesgos dentro del ámbito de lo permitido, previniendo los posibles delitos que pudiesen ser cometidos por las personas naturales

vinculadas, evitarán ser castigadas. De todo esto resulta evidente el carácter preventivo de la pena para las entidades, toda vez que la amenaza de su imposición pretende evitar el acaecimiento de futuros ilícitos.

También se explicitó que la autorregulación requiere de herramientas punitivas y persuasivas para ser alcanzada. Ello se relaciona con la preferencia manifestada por una regulación responsiva, que alterna dichas medidas para lograr eficacia de la política pública que subyace a una determinada regulación. Lo responsivo, además de propender a un sistema participativo y casuístico, asume que, dependiendo del caso, habrá que implementar la persuasión o el castigo, puesto que lo más relevante al momento de evitar infracciones por parte de las entidades, es alcanzar adecuados niveles de cumplimiento. De esta forma, resulta necesario que los agentes encargados de aplicar la ley estén dotados de cierta flexibilidad o discrecionalidad, para que llegado el momento de la infracción, puedan decidir, si para el caso que se encuentran conociendo, resulta más efectivo aplicar el castigo o una medida persuasiva, dependiendo de cuál de éstos favorezca, de mejor manera, elevar sus niveles de cumplimiento.

La autorregulación regulada se justifica también en la circunstancia que cada corporación tiene sus propias particularidades y riesgos, lo que está en sintonía con una regulación responsiva que requiere de la participación del regulado, toda vez que la legislación estatal es genérica y no logra satisfacer las peculiaridades de una realidad corporativa determinada. Máxime cuando la técnica y la especialización avanzan a un ritmo más acelerado que el que detentan los órganos legislativos.

En razón de lo expresado, siempre en el contexto de una autorregulación responsiva, durante la presente investigación se afirma que lo persuasivo debe primar a lo punitivo. Esta aseveración se fundamenta en varias razones, siendo una de ellas el que lo persuasivo favorece el proceso participativo y el compromiso con mejorar los niveles de cumplimiento. Además, porque la pena puede transformarse en una vía de inocuización de la organización, no solo en los casos de sanciones que en sí mismas importen la

disolución o cancelación de la entidad, lo que obviamente significa la muerte de ésta y por ende la imposibilidad de autorregularse, sino que inclusive con la aplicación de otras penas, como acontece con la multa, cuando su valor sea tan alto que implique la insolvencia de la institución y por tanto su término.

En el capítulo tercero se revisaron sistemas extranjeros, que dan cuenta que la responsabilidad de las entidades se basa en la idea de la autorregulación regulada, realizada con la misma finalidad preventiva, y en los que se puede observar la existencia de medidas que tienden a evitar la pena o reducirla, siempre que la organización se comprometa con medidas que a futuro eleven sus niveles de cumplimiento. También se observó que algunos sistemas conceden facultades discrecionales, de significativa relevancia, particularmente en los modelos anglosajones, lo que permite disponer de medidas que directamente evitan o posponen la persecución penal de las personas jurídicas. Esto va en la línea de lo afirmado respecto de la autorregulación responsiva, toda vez que dichas legislaciones contemplan espacios de flexibilidad, para que los agentes encargados de la persecución penal o de la aplicación de la ley, tengan disponibles estas opciones al momento de lidiar con el delito colectivo.

En el presente capítulo, se revisa la ley nacional con la finalidad de comprobar que las aseveraciones precedentes tienen cabida en este sistema penal colectivo. De particular relevancia es indagar sobre la existencia de instituciones que admitan una lectura en clave de persuasión, vale decir, que evitando la pena o al menos reduciéndola, promuevan el proceso de cumplimiento de la organización. En este sentido, se estima que la suscripción de los programas de prevención del delito, que pueden ser implementados antes y/o después de cometer el delito, son una de las instituciones que participan de la idea de persuadir por sobre castigar.

Lo expresado es sin perjuicio de reconocer que estamos en el ámbito de lo punitivo, como naturalmente acontece con una ley que establece la sanción y la persecución penal de las personas jurídicas con motivo de la comisión de ciertos delitos. Pero, pese a ello,

dada la particular finalidad de la autorregulación, su vinculación con el derecho responsivo, es posible encontrar espacios de flexibilidad, que permitan a los agentes encargados del sistema de enjuiciamiento criminal, servirse de instituciones que admiten una lectura persuasiva, toda vez que de esta manera privilegian que la autorregulación sea promovida desde el diálogo y la participación, por sobre la aplicación de una pena.

II.- Aspectos generales de la Ley N° 20.393 que establece responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto de ciertos delitos

Si bien se ha señalado que incluso antes de la dictación de la Ley N° 20.393 podían observarse en Chile algunas disposiciones que consagraban sanciones penales para las personas morales[593], solo a partir de su publicación el 2 de diciembre de 2009, es posible afirmar categóricamente que existe un estatuto que establece un sistema penal y procesal para determinar su responsabilidad criminal[594].

Los autores nacionales coinciden acerca de que su origen obedeció a la necesidad de dar cumplimiento a compromisos internacionales como requisito previo para poder ingresar a la OCDE[595]. Este motivo también influyó en la rápida tramitación parlamentaria que

[593] En este sentido Hernández menciona el artículo 173 de la Ley Nº 13.305, de 6 de abril de 1959, inciso tercero, que regulaba una "pena accesoria" de disolución (cancelación, revocación de autorización de existencia o disolución anticipada) de la persona jurídica en caso de reincidencia en conductas monopólicas, el que se mantuvo en lo esencial hasta el año 2003 en el artículo 3º del DL 211, de 22 de diciembre de 1973. También refiere el caso de la Ley Nº 13.305 que podría haber dado origen a una discusión sobre su carácter de pena accesoria para las personas físicas responsables. En HERNÁNDEZ (2010) p.208.

[594] Antes de la dictación de esta ley hubo otras iniciativas que promovieron la adopción de un sistema de responsabilidad penal para las entidades. Entre los años 1938-1939, los profesores Pedro Silva y Gustavo Labatut, formularon la posibilidad de modificar el Código penal. Para estos efectos sugirieron la incorporación del Título VII del Libro I, en los artículos 93 a 100. En SILVA y LABATUT (1938) pp. 79 y ss.

[595] BALMACEDA y GUERRA (2014) p.6; CARNEVALI (2010) p.295; COLLADO (2013) p.133; HERNÁNDEZ (2010) p.208; MATUS (2009b) p. 290; NAVAS y JAAR (2018) p. 1 y ORTÚZAR (2012) p. 196; SALVO (2014) p. 140 y ss.; SZCZARANSKI (2010) pp. 224 y ss.; WINTER (2012) p. 116. En el mismo sentido, pero con un matiz, Bravo quien expresa que la aspiración de ingresar a la OCDE fue lo que aceleró, pero no lo que motivó la discusión en Chile sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El fundamento para su afirmación es que dos años antes en el Congreso Nacional existía un informe elaborado, a fines de 2006, por el GAFISUD (Grupo de acción financiera sudamericana), en BRAVO (2019) pp. 34 y 35.

tuvo una duración de nueve meses[596]. A lo referido se suma la tendencia internacional de sancionar a las entidades con el objetivo de disminuir la delincuencia asociada a las corporaciones. Si bien estas razones de orden utilitaristas se contrastan con los cuestionamientos que pueden realizarse desde el sistema de derecho penal, vistos en el primer capítulo[597], resulta evidente que el surgimiento de esta responsabilidad se traduce en la primacía de los argumentos de política criminal por sobre los cuestionamientos de orden dogmático que justificaban la vigencia del adagio *societas delinquere non potest*.

Lo expresado se confirma al revisar la justificación de esta iniciativa en el Mensaje de la Presidenta, que hace referencia a la necesidad de fortalecer los bienes jurídicos protegidos por los delitos de lavado de dinero, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho[598]. Allí también se aludió al cumplimiento de compromisos internacionales. Particularmente relevante era satisfacer las recomendaciones contenidas en la Convención para combatir el cohecho de funcionario público extranjero en las transacciones internacionales, que sugería la aplicación de sanciones proporcionales, disuasivas y eficaces contra las personas jurídicas. Junto con ello el objetivo era perfeccionar el sistema jurídico para alcanzar el nivel de los países desarrollados, a través de la implementación de mecanismos de autorregulación por parte de las corporaciones[599].

El título del Mensaje hace referencia a la responsabilidad legal de las personas jurídicas pese a que la competencia para conocer de estos hechos fue entregada a los tribunales

[596] Su tramitación legislativa se inicia con el Mensaje N° 018-357, de 16 de marzo de 2009, culminando con su publicación el 2 de diciembre del mismo año.

[597] Infra pp. 26 y ss. sobre los cuestionamientos a la responsabilidad penal colectiva.

[598] Mensaje de la Ley N° 20.393 (Mensaje en sesión 6, legislatura 357. Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que se inicia un proyecto de ley que establece la responsabilidad legal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica.).

[599] MATUS (2009b) pp. 289-290.

penales[600]. Esto en el fondo escondía la necesidad de implementar fuera de la vía civil y administrativa un sistema sancionatorio para las entidades. En otras palabras, se consideró insuficiente la reparación o la sanción punitiva que ofrecen estas ramas del ordenamiento jurídico. La finalidad tras la iniciativa era lograr un sistema eficaz, proporcional y disuasivo[601]. Era claro que los compromisos internacionales suscritos por Chile no lo obligaban necesariamente a consagrar una responsabilidad de orden criminal[602].

El modelo que se propuso estaba en sintonía con la tendencia internacional, particularmente la italiana y la norteamericana que se basan en la autorregulación forzada. Esto se traduce en que se promueve la adopción de programas de prevención de los delitos, traspasando a los particulares el deber de controlar los riesgos inherentes a su actividad, bajo amenaza de incurrir, siempre que se cumplan con otros requisitos, en responsabilidad penal para las personas jurídicas. El castigo se origina en su organización defectuosa, lo que se traduce en la infracción de sus deberes de supervisión y vigilancia, siempre que sea la causa de la ejecución de ciertos delitos por las personas físicas que ocupan una posición determinada al interior de la institución o se encuentran vinculadas en los términos que dicha normativa establece.

Durante la tramitación legislativa se hizo ver la insuficiencia de tipos penales que de acuerdo al proyecto podían ser cometidos por las personas jurídicas y la necesidad de incorporar otros delitos como la falsificación, infracciones tributarias, fraude al Fisco,

[600] Mensaje de la Ley N° 20.393 (Mensaje N° 018-357, en sesión 6. legislatura 357. Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que se inicia un proyecto de ley que establece la responsabilidad legal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica.).

[601] MATUS (2009a) pp. 51 y ss., donde explica en qué consiste el compromiso de Chile de establecer sanciones para las personas jurídicas. MATUS (2009b) pp. 292-293.

[602] Sobre la naturaleza penal o para-penal por delitos cometidos por las personas jurídicas véase SALVINO y SERRA (2019) pp. 33 y ss.

estafas, entre otros[603]. Esta aprensión inicial fue tomada seriamente como se observa en las reformas que posteriormente se realizaron a la Ley N°20.393[604].

La discusión parlamentaria concluye con la dictación de la Ley N° 20.393, mediante la cual se establece responsabilidad penal para las personas jurídicas mencionadas en su

[603] Véase Historia de la Ley 20.393, la opinión de Marta Herrera p. 22; Fernando Londoño p.24; Gonzalo Medina Schultz p. 32.; MATUS (2009b) pp. 297-298.

[604] Ley N° 20.931, publicada el 6 de julio de 2016; Ley N° 21.121, de 20 de noviembre de 2018; Ley N° 21.132, de 31 de enero de 2019; y Ley N° 21.240, de 20 de junio de 2020. Por su parte, la Ley N° 21.227, de 6 de abril de 2020, esta última sin modificar la Ley N° 20.393, incorpora un tipo penal transitorio en su artículo 14: "Las personas que, conforme a la presente ley, obtuvieren mediante simulación o engaño complementos y/o prestaciones y, quienes de igual forma, obtuvieren un beneficio mayor al que les corresponda, serán sancionadas con reclusión menor en sus grados medio a máximo. Igual sanción será aplicable a quienes faciliten los medios para la comisión de tales delitos. Lo anterior, es sin perjuicio de la obligación de restituir las sumas indebidamente percibidas, con los reajustes que conforme a derecho correspondan.

Los empleadores que sean personas jurídicas serán responsables de los delitos señalados en el inciso anterior 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 de tales delitos fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de la persona jurídica, de los deberes de dirección y supervisión, y serán sancionados con multa a beneficio fiscal correspondiente al doble del monto del beneficio indebidamente recibido y prohibición de celebrar actos y contratos con el Estado por dos años.

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

Los empleadores personas jurídicas no serán responsables en los casos que las personas naturales indicadas en los incisos anteriores, hubieren cometido dichos delitos exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero.

Durante el tiempo de vigencia de esta ley, el hecho previsto en los incisos anteriores será de aquellos que dan lugar a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Para la determinación e imposición de sus penas, así como de las demás normas pertinentes, se entenderá que se trata de un simple delito.".

artículo 2. Se trata de un cuerpo normativo especial que regula aspectos penales y procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

El artículo 1 de la Ley N° 20.393[605] regula la responsabilidad penal para las organizaciones por la comisión de los delitos de lavado de dinero (artículo 27 de la Ley N° 19.913), financiamiento del terrorismo (artículo 8 de la Ley N° 18.314) delito de cohecho a funcionario público nacional (artículo 250 del Código penal) y cohecho a funcionario público extranjero (artículo 251 bis del Código penal). Posteriormente, la Ley N° 20.931 introduce una modificación, incorporando el delito de receptación (artículo 456 bis del Código penal). La segunda modificación correspondió a la ley N° 21.121 de 20 de noviembre de 2018, a través de ésta se adicionan los delitos de negociación incompatible (artículo 240 del Código penal), delito de soborno entre particulares (artículos 287 bis, 287 ter del Código penal), delitos de apropiación indebida y administración desleal (artículos 470, numerales 1° y 11 del Código penal). A su turno, la Ley N° 21.132 de 31 de enero de 2019, agrega delitos de la Ley General de Pesca y Acuicultura correspondientes a los artículos 136, 139, 139 bis y 139 ter. Junto con agregar estas figuras delictivas se elimina en el título de la ley la referencia a ilícitos en particular[606]. La Ley N° 21.227 de 6 de abril de 2020, que si bien no la modifica, establece un tipo penal transitorio para las entidades en el artículo 14, sobre obtención de complementos o beneficios laborales del seguro de desempleo de la Ley N°19.728. La

[605] Se trata de una excepción a lo dispuesto en el artículo 58 del Código procesal penal "Artículo 58.- Responsabilidad penal. La acción penal, fuere pública o privada, no puede entablarse sino contra las personas responsables del delito.

La responsabilidad penal sólo puede hacerse efectiva en las personas naturales. Por las personas jurídicas responden los que hubieren intervenido en el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad que las afectare.".

[606] El titulo original era "Ley N° 20.393. Establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica". Éste fue modificado por la Ley N° 21.132 de 31 de enero de 2019, por el siguiente: "Ley N° 20.393. Establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos que indica".

última modificación corresponde a la realizada por la Ley N° 21.240 que agrega al catálogo del delito el artículo 318 ter del Código penal.

Los sujetos activos son personas jurídicas de derecho privado y empresas del Estado[607].

La exigencia de personalidad jurídica[608] es imperativa por parte del legislador chileno, no obstante las críticas que se le pueden formular debido al excesivo formalismo[609]. La tendencia internacional no ha sido tan restrictiva como en el caso nacional, lo que se condice con la naturaleza dinámica de los sistemas jurídicos imperantes a nivel global, en los que las estructuras corporativas con y sin personalidad jurídica participan de dicho tráfico[610]. Desde estas concepciones no debe extrañar que en nuestro medio se intentase dar lugar a un concepto amplio de personalidad jurídica, mediante una compresión del término empresa equiparable a persona jurídica[611].

---

[607] En el Mensaje N° 018-357 se hacía referencia exclusivamente a las empresas del Estado creadas por Ley, lo que fue suprimido quedando el texto como se conoce hasta hoy.

[608] A diferencia del sistema español que establece un conjunto de consecuencias accesorias para los entes sin personalidad en el artículo 129 del Código penal español. En Chile solo existen consecuencias accesorias respecto de las asociaciones ilícitas contempladas en el artículo 294 bis del Código penal, o de la asociación ilícita para el blanqueo de capitales regulada en el artículo 28 de la Ley N° 19.913, consistente en la cancelación o disolución de la personalidad jurídica. Pero en los casos de entidades sin personalidad jurídica no es posible aplicar esta sanción.

[609] En este sentido Hernández ha criticado con razón que esto puede traducirse en una elusión de la responsabilidad penal por una cuestión de orden formal. También el que sea posible construir estructuras para la comisión de delitos y que otras puedan recibir los beneficios, lo cual es una consecuencia de la creación de personas jurídicas dedicadas a delinquir y otras a la obtención de dichos beneficios. En HERNÁNDEZ (2012) p. 78.

[610] En el caso chileno otro argumento de texto a favor de la necesaria concurrencia de una entidad con personalidad jurídica lo proporciona el artículo 8 de la Ley N° 20.393 que derechamente hace referencia a la disolución de la persona jurídica o la cancelación de dicha personalidad. No parece razonable que el legislador establezca una categoría de pena que no resulte aplicable a cierto grupo de sujetos activos como sería aquellos que carecieran de personalidad jurídica En HERNÁNDEZ (2012) p. 80.

[611] ROMERO (2010) pp. 27 y ss.

Respecto de las personas morales de derecho privado, la Ley no distingue si tienen o no fines de lucro, quedando comprendidas las sociedades, las corporaciones y fundaciones. También deben incluirse las empresas individuales de responsabilidad limitada[612]. Las sociedades de hecho deben quedar excluidas por carecer de personalidad jurídica, mientras que las irregulares, deben quedar comprendidas en la Ley N° 20.393[613]. No se comprenden las personas jurídicas de derecho público como el Estado, las municipalidades, las iglesias, entre otras[614]. Por expresa disposición del artículo 2 de la

[612] Sobre esta materia véase Salvo, quien sobre la base del reconocimiento de personalidad jurídica o su exclusión de acuerdo a los artículos 356 y 357 del Código de comercio, concluye acertadamente a nuestro juicio que las sociedades irregulares sí pueden ser sujetos de responsabilidad penal. En SALVO (2014) pp. 253-254. El Código de comercio regula estos tipos de sociedades en los siguientes artículos:

"Artículo 356.- La sociedad que no conste de escritura pública, o de instrumento reducido a escritura pública o de instrumento protocolizado, es nula de pleno derecho y no podrá ser saneada. No obstante lo anterior, si existiere de hecho dará lugar a una comunidad. Las ganancias y pérdidas se repartirán y soportarán y la restitución de los aportes se efectuará entre los comuneros con arreglo a lo pactado y, en subsidio, de conformidad a lo establecido para la sociedad.

Los miembros de la comunidad responderán solidariamente a los terceros con quienes hubieren contratado a nombre y en interés de ésta; y no podrán oponer a los terceros la falta de los instrumentos mencionados en el inciso primero. Los terceros podrán acreditar la existencia de hecho por cualquiera de los medios probatorios que reconoce este Código, y la prueba será apreciada de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

"Artículo 357.- La sociedad que adolezca de nulidad por incumplimiento de lo prescrito en el artículo 350 gozará de personalidad jurídica y será liquidada como una sociedad si consta de escritura pública o de instrumento reducido a escritura pública o protocolizado. Todo ello, sin perjuicio del saneamiento del vicio en conformidad con la ley. Los socios responderán solidariamente a los terceros con quienes hubieren contratado a nombre y en interés de la sociedad de hecho.".

[613] Este tipo de sociedades se encuentran reguladas en los artículos 356 y 357 del Código de comercio. Sobre este punto véase SALVO (2014) pp.252 y ss.

[614] "Artículo 547 inciso 2 del Código civil: Tampoco se extienden las disposiciones de este título a las corporaciones o fundaciones de derecho público, como la nación, el fisco, las municipalidades, las iglesias, las comunidades religiosas, y los establecimientos que se costean con fondos del erario: estas corporaciones y fundaciones se rigen por leyes y reglamentos especiales".

ley sí quedan sujetas a esta normativa las empresas del Estado[615]. Ello ocurre no obstante las creadas por ley forman parte de la administración del Estado y están dotadas de personalidad jurídica de derecho público. Como la Ley N° 20.393 no distingue, se entiende que rige respecto de las empresas del Estado creadas o no por ley, también debe entenderse que quedan comprendidas las sociedades del Estado[616], pese a no tener dicho origen[617].

En relación con los partidos políticos, que están dotados de personalidad jurídica de derecho público, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley N° 18.603[618], no resulta aplicable el artículo 2 de la Ley N° 20.393.

El Mensaje originalmente dejaba fuera de este estatuto jurídico a las entidades que tuvieran menos de 25 trabajadores y cuyas ventas anuales o exportaciones no excedieran de ciertos montos[619]. Esta iniciativa se fundaba en el principio *ne bis in idem* toda vez

---

[615] En el Mensaje Presidencial se aludía directamente a las empresas creadas por ley, lo que fue eliminado posteriormente, por lo que es posible sostener que se refiere a todas las empresas del Estado y no solo a las creadas por ley.

[616] Las sociedades estatales no son creadas por ley y se rigen por normas de derecho privado, salvo algunas excepciones.

[617] SALVO (2014) pp.254-255 y Oficio FN N° 440/2010, p.4

[618] El inciso primero dispone: "Artículo 1.- Los partidos políticos son asociaciones autónomas y voluntarias organizadas democráticamente, dotadas de personalidad jurídica de derechopúblico, integradas por personas naturales que comparten unos mismos principios ideológicos y políticos, cuya finalidad es contribuir al funcionamiento del sistema democrático y ejercer influencia en la conducción del Estado, para alcanzar el bien común y servir al interés nacional."

[619] "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 calendarios anteriores a la comisión del delito del cual emana la responsabilidad, en promedio, de un valor FOB igual o inferior a US$ 16.700.000

que se consideraba que en el caso de empresas pequeñas se produce una identificación entre la persona natural y la jurídica. Esta propuesta finalmente fue desechada porque se temió que pudiera facilitar que la ley fuese burlada constituyendo empresas con dicho número de empleados, o menos, con el único objetivo de acogerse a la exención de responsabilidad[620]. Lo definitivamente aprobado en relación con las empresas pequeñas se encuentra en el artículo 4 letra b) inciso segundo, se trata de las empresas cuyos ingresos anuales no superen las cien mil unidades de fomento, en las que su dueño, accionista o controlador puede asumir personalmente las tareas del encargado de prevención de delitos. Por este motivo es posible que incluso una sociedad unipersonal de responsabilidad sea sujeto activo de responsabilidad penal, siempre que se cumplan con los demás requisitos[621].

---

reajustado anualmente en el porcentaje de variación que en el año precedente haya experimentado el índice de precios promedio relevante para el comercio exterior de Chile, según lo certifique el Banco Central de Chile. En estos casos, el juez ordenará el nombramiento de un interventor para la persona jurídica, como consecuencia accesoria de la pena impuesta a los responsables individuales". Mensaje N° 018-357 de S.E. la Presidenta de la República con el que se inicia un proyecto de ley que establece la responsabilidad legal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica.

[620] Sobre el punto durante la tramitación legislativa se señaló: "Respecto de la primera eximente prevista en el mismo artículo 6°, es decir, la exención que se establecía a favor de las empresas pequeñas y que diría relación con el hecho de que estas organizaciones no eran lo suficientemente complejas, señaló que la definición de persona jurídica era la que establecía el Código Civil, por lo que al amparo de esta exención, se podrían formar holding de pequeñas empresas con la finalidad de delinquir, las que tendrían pocos trabajadores y venderían por debajo de los límites que el proyecto establece, en otras palabras, se podrían utilizar empresas dedicadas al delito y que estarían exentas de responsabilidad. Por lo anterior, creía necesario regular los holding o consorcios, para lo que, entre otras cosas, convendría ampliar el concepto de persona jurídica, utilizando las categorías de la Ley de Sociedades Anónimas." Véase Historia de la Ley N° 20.393, BOFILL pp. 31-32.

[621] En el caso *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA FRÍAS ESQUIVEL Y OTROS* (2015), conocido en el foro como el "Caso Aserventrans", se imputaron a la persona jurídica unipersonal una serie de delitos de cohecho cometidos en su propio beneficio. La empresa fue absuelta porque se consideró que la sanción cumulativa

de ésta con la persona física afectaba el *ne bis in idem.* El fallo expresa en su considerando **"«304.-** Como se aprecia todo ello en la empresa Asevertrans no era posible, ya que solo Frías era quien formaba parte de la empresa, **por lo que no era necesario algún mecanismo de supervigilancia 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,** que está fuera del ámbito de la responsabilidad de la persona jurídica, la que origina una responsabilidad penal a su respecto.»". Solución similar, pero fundada en la ausencia de complejidad suficiente de una de las personas jurídicas absueltas en un caso, y respecto de la segunda debido a que no se acreditó el hecho de conexión respecto de la persona natural, y además ésta contaba con un modelo de prevención de delitos, se puede observar en el caso MINISTERIO PUBLICO CONTRA LAVADOS VALDES Y OTROS (2016). El Tribunal de Juicio Oral de Temuco absolvió a ambas personas jurídicas: "DÉCIMO SÉPTIMO: Que, la relación a la acusación que se realiza a la empresa Gestión e Inversiones de Juan Painecura EIRL debe ser rechazada, en atención que su presentante legal fue absuelto de los cargos que se formularon por el delito de cohecho. Que, debe tenerse también que dicha empresa es una EIRL es una persona jurídica integrada por una sola persona por lo que no puede ser sancionadas de acuerdo a lo establecido en la Ley N°20393, según expuesto por el profesor Carlos Gómez-Jara "quien indica que la hora de establecer unos de los criterios que establecimiento tiene de la imputabilidad jurídico penal empresarial deberían tenerse en cuenta las siguientes indicaciones. Así, en primer lugar, y como se deriva claramente de lo expuesto, no se puede considerar determinante ostentar la personalidad jurídica en sentido tradicional. Desde este punto de vista, el hecho de que una organización empresarial se constituya como persona jurídica en derecho civil no implica, per se, que ostente personalidad jurídico-penal. Es decir, tanto en el derecho penal individual como en el derecho penal empresarial la personalidad jurídico-civil no implica la personalidad jurídico-penal.87 De ahí que, como se ha señalado, ciertas personas jurídico-civiles – v.gr. las sociedades pantalla – no sean personas jurídico penales. En segundo lugar, lo determinante a estos efectos es la existencia de una organización empresarial con una determinada autorreferencialidad interna, lo cual puede venir indicado en gran medida por la existencia de procedimientos operativos estándar) en el seno de la empresa. Así, dichos procedimientos fungen como premisas de decisión que dan cuenta de la sinergia y dinámica propias de la organización empresarial como tal. En tercer lugar, concurrirán importantes indicios de la constitución de un verdadero actor corporativo cuando la condición de miembro de la organización empresarial venga determinado por las normas de la propia organización y la identidad corporativa se institucionalice a través de ciertas decisiones corporativas. **DÉCIMO OCTAVO:** Que, no es objeto de controversia la existencia de la sociedad Gestiones Consultora Ltda., no obstante ello se incorporó la escritura de constitución y un certificado de vigencia. Que, a la referida persona jurídica de derecho privado se imputó la infracción a la ley N°20393, cargos por los cuales será absuelta, teniendo

La Ley N° 20.393 contiene un título sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Dentro de éste, el artículo 3 contempla el modelo de atribución de responsabilidad penal que se revisará en el próximo acápite. Por su parte, el artículo 4 hace mención a los modelos de prevención de delitos que deben adoptar las empresas con el objetivo de prevenir los ilícitos. Dichos modelos forman parte de la estrategia de regulación, tantas veces mencionada, la autorregulación regulada, que parte de la premisa de que las empresas asumen sus propios riesgos.

De acuerdo al artículo 4 de la Ley N° 20.393 las empresas determinan si adoptarán o no estos sistemas, pero el no hacerlo facilita la prueba de su falta de organización, la que a su vez determina, junto con la concurrencia de otros requisitos, su responsabilidad[622]. De lo expresado se infiere que los privados son responsables de los peligros que derivan de su actividad, para ello deben valorar dichos riesgos y posteriormente adoptar medidas preventivas. En caso que las personas jurídicas adopten dichos modelos y los implementen eficazmente quedarán liberados de responder criminalmente. El artículo define las condiciones básicas que deben cumplir estos modelos para ser considerados idóneos[623].

De lo referenciado se deduce que los modelos de prevención de delitos tienen por objetivo, evitar la comisión futura de ilícitos y, además, proteger a las colectividades del riesgo de ser responsables por las infracciones que puedan cometer algunas personas que

---

presente que a su representante Eduardo Lavado Valdés, no se le logró acreditar por el acusador fiscal y particulares los cargos que se formularon en la acusación como autor del delito de Cohecho. Que, además se acreditó con la prueba incorporada por los acusadores, que la referida empresa cuenta con manual de prevención de delitos lo exige el artículo del referido cuerpo normativo.”.

[622] En este sentido Piña señala que si bien la normativa expresa en términos facultativos la necesidad de implementar este modelo, en la realidad establece una obligación de facto ya que el no hacerlo puede traducirse en que sea considerado responsable penalmente de los delitos cometidos por ciertas personas físicas. En PIÑA (2012) p. 3

[623] En contra de Bedecarratz quien considera que la Ley N° 20.393 no satisface las exigencias de *lege certa* del principio de legalidad en materia penal. En BEDECARRATZ (2018) pp. 211 y ss.

forman parte de su organización[624]. Lo relevante para satisfacer dicha finalidad consiste en que los modelos sean idóneos y se implementen, sin perjuicio que pese a ello de todas formas puedan cometerse ilícitos. Expresado en otros términos, el contar con estos programas no evita que las personas físicas puedan delinquir en el futuro, pero sí lo dificulta. La finalidad de los programas es que las colectividades se autorregulen y prevengan ilícitos, no que hagan imposible que un ilícito se verifique. Cada entidad debe elaborar su propio modelo en consideración a sus particularidades y riesgos. Los contenidos mínimos son consignados en el artículo 4 de la Ley, son: designar un encargado de prevención del delito explicitando sus medios y sus alcances; establecer un modelo que permita prevenir los delitos y la supervisión de dicho sistema.

La Ley N° 20.393 en su Título II[625] se ocupa de las penas y de las reglas para determinarlas. El sistema establece ciertos parámetros dentro de los que el juez puede decidir cuál es la sanción que corresponde al caso concreto. Durante este proceso se producen espacios de flexibilidad para la concreción de la pena. De acuerdo a la finalidad de la autorregulación que tuvo en vista el legislador al momento de la creación de la ley, se debería favorecer la aplicación de las sanciones que sean más proclives a reestructurar la institución y no simplemente a castigarla. Una norma que se ubica dentro de las reglas de determinación de la pena que le concede esta posibilidad al juez es el artículo 17[626] del estatuto legal que establece responsabilidad penal para las colectividades.

---

[624] PIÑA (2012) p.2

[625] Título que se denomina "Consecuencias de la declaración de responsabilidad de la persona jurídica", si bien en el Título el legislador usa la nomenclatura consecuencias, a continuación en el numeral 1 denomina ese Título como "de las penas en general".

[626] "Artículo 17.- Reglas de determinación judicial de la pena. Para regular la cuantía y naturaleza de las penas a imponer, el tribunal deberá atender, dejando constancia pormenorizada de sus razonamientos en su fallo, a los siguientes criterios: 1) Los montos de dinero involucrados en la comisión del delito. 2) El tamaño y la naturaleza de la persona jurídica. 3) La capacidad económica de la persona jurídica. 4) El grado de sujeción y cumplimiento de la normativa legal y reglamentaria y de las reglas técnicas de

Para comprender el sistema de determinación de pena que establece el estatuto chileno para sancionar criminalmente a las organizaciones, conviene revisar someramente las sanciones y su regulación.

La ley contempla las penas en los artículos 8 al 13. El juez puede aplicar una o más. Las sanciones son: 1) Disolución o cancelación de la personalidad jurídica; 2) Prohibición temporal o perpetua para celebrar actos o contratos con el Estado; 3) Pérdida total o parcial de los beneficios fiscales o prohibición absoluta de recepción de los mismos por un período determinado; 4) Multa a beneficio fiscal 5) Las penas accesorias establecidas en el artículo 13. Los artículos 9 al 12 regulan la aplicación y gradación, según el caso, de cada una las sanciones enumeradas en el artículo 8. Las sanciones accesorias están contempladas en el artículo 13[627].

---

obligatoria observancia en el ejercicio de su giro o actividad habitual. 5) La extensión del mal causado *por* el delito. 6) La gravedad de las consecuencias sociales y económicas o, en su caso, los daños serios que pudiere causar a la comunidad la imposición de la pena, cuando se trate de empresas del Estado o de empresas que presten un servicio de utilidad pública".

[627] "Artículo 13.- Penas accesorias. Se aplicarán, accesoriamente a las penas señaladas en los artículos anteriores, las siguientes: 1) Publicación de un extracto de la sentencia. El tribunal ordenará la publicación de un extracto de la parte resolutiva de la sentencia condenatoria en el Diario Oficial u otro diario de circulación nacional. La persona jurídica sancionada asumirá los costos de esa publicación. 2) Comiso. El producto del delito y demás bienes, efectos, objetos, documentos, instrumentos, dineros o valores del mismo serán decomisados. Cuando por cualquier circunstancia no sea posible decomisar estas especies, se podrá aplicar el comiso a una suma de dinero equivalente a su valor. Asimismo, en todos los casos, se decomisarán los activos patrimoniales cuyo valor correspondiere a la cuantía de las ganancias obtenidas a través de la perpetración del delito. Dichas ganancias comprenden los frutos obtenidos y las utilidades que se hubieren originado, cualquiera que sea su naturaleza jurídica. Sin embargo, no podrá imponerse el comiso respecto de las ganancias obtenidas por o para una persona jurídica y que hubieren sido distribuidas entre sus socios, accionistas o beneficiarios que no hubieren tenido conocimiento de su procedencia ilícita al momento de su adquisición. 3) En los casos que el delito cometido suponga la inversión de recursos de la persona jurídica superiores a los ingresos que ella genera, se impondrá como pena accesoria el entero en arcas fiscales de una cantidad equivalente a la inversión realizada."

La multa y la pérdida de los beneficios fiscales son sanciones que se refieren al hecho cometido. Expresado en otros términos, se trata de penas que se dirigen hacia el pasado. La multa, como se analizó antes en este trabajo[628], ha dado lugar a un gran debate en relación con su efectividad habiendo dos escuelas principales, los partidarios del Análisis Económico del Derecho y los que abogan por el Sistema Estructural, estos últimos procuran evitar las consecuencias no deseadas que conlleva la aplicación de la sanción pecuniaria. Si bien el castigo económico persigue la autorregulación de la entidad a través de un incentivo externo, como defiende el sistema económico, o interno, como propone el sistema estructural, la multa puede resultar insuficiente o muy perjudicial en ciertos casos.

Las restantes sanciones principales que contempla la ley miran al futuro, esto es, el comportamiento que la corporación tendrá en lo sucesivo. Estas últimas son, la disolución o cancelación de la persona jurídica, la prohibición temporal o perpetua de celebrar actos o contratos con el Estado y también de la sanción accesoria de publicación de la sentencia[629]. Las penas que se dirigen al futuro son muy relevantes para promover o motivar la adecuada organización de la colectividad. Resulta fundamental que el castigo se ocupe de la posición prospectiva de la entidad y por ello al momento de la determinación de la pena debe considerarse el estado en que se encuentran. Esto quiere decir que el juez, llegada la instancia de la aplicación de la pena, no solo debe valorar como era la persona jurídica cuando cometió el delito, sino cómo debería comportarse en el futuro y esto supone una revisión de aspectos propios y particulares de esa entidad en concreto. Las penas de disolución o cancelación de la personalidad jurídica, si bien miran hacia el futuro, son sanciones interdictivas que se dirigen a la inocuización del ente (prevención especial negativa) más que a su rehabilitación. Por este motivo, se puede criticar que nuestra legislación carezca de sanciones interdictivas que se dirijan

[628] Infra pp. 149 y ss.

[629] La pena de comiso contemplada en el artículo 13, numeral 2, se refiere al hecho y no al comportamiento de la corporación en lo sucesivo, también el numeral 3, que se refiere a la devolución de la cantidad equivalente a la inversión realizada.

con mayor eficacia a mejorar su autorregulación, como acontece con aquellas como: la intervención, la obligación de adoptar modelos de prevención de delitos y de mejorar su administración, entre otras que pueden facilitar el proceso de autorregulación.

Pese a las características de las sanciones que contempla la Ley N° 20.393, y las propuestas de *lege ferenda* que se pueden formular en relación con las penas dispuestas por el legislador, la existencia de sanciones en sí mismas favorece el proceso de autorregulación del ente porque lo obliga a considerar y organizar sus riesgos, puesto que en el evento que no lo haga, será castigado penalmente. De todas formas se debe tener presente que, según la especie de pena que se aplique y la intensidad con la que se haga, según el caso, puede favorecer más la inocuización de la entidad que su perfeccionamiento. Lo expresado proporciona una razón más para buscar mecanismos de la ley que favorezcan con mayor fuerza su adecuada autorregulación, puesto que no siempre la mejor decisión será el recurso a las herramientas punitivas.

En relación con la determinación de la pena, el sistema chileno a diferencia del español, no establece la aplicación obligatoria de la pena de multa o de ninguna otra. Por el contrario, existe cierto margen de flexibilidad proporcionado. Esta materia se encuentra regulada entre los artículos 14[630] y 19 de la Ley N° 20.393. El artículo 14 establece una escala de penas distinguiendo sanciones para crímenes y para simples delitos. El artículo

[630] "Artículo 14.- Escala general. La pena que se imponga a la persona jurídica se determinará en relación a la prevista para el delito correspondiente señalado en el artículo 1°, de conformidad a la siguiente escala: Escala General de Penas para Personas Jurídicas 1.- Penas de crímenes. a) Disolución de la persona jurídica o cancelación de la personalidad jurídica. b) Prohibición de celebrar actos y contratos con el Estado en su grado máximo a perpetuo. c) Pérdida de beneficios fiscales en su grado máximo o prohibición absoluta de recepción de los mismos de tres años y un día a cinco años. d) Multa a beneficio fiscal, en su grado máximo. En estos casos siempre se aplicarán como accesorias las penas mencionadas en el artículo 13. 2.- Penas de simples delitos. a) Prohibición temporal de celebrar actos y contratos con el Estado en su grado mínimo a medio. b) Pérdida de beneficios fiscales en su grado mínimo a medio o prohibición absoluta de recepción de los mismos de dos a tres años. c) Multa en su grado mínimo a medio. En estos casos siempre se aplicarán como accesorias las penas mencionadas en el artículo 13.".

15 regula la determinación legal de la pena[631], esto es, los delitos mencionados en el artículo 1 que serán sancionados como simples delitos y los que constituyen crímenes. El artículo 16[632] se refiere a las circunstancias atenuantes.

El artículo 17 contempla la determinación judicial de la pena. De acuerdo a esta disposición el juez para regular la cuantía y naturaleza de las penas debe considerar, expresándolo después en las sentencias, seis criterios que enumera la norma. Estos son: 1) Los montos de dinero involucrados en la comisión del hecho; 2) El tamaño y naturaleza de la persona jurídica; 3) La capacidad económica de la persona jurídica; 4) Grado de sujeción y cumplimiento de la normativa legal y reglamentaria y de las reglas técnicas de obligatoriedad en el ejercicio de su giro; 5) Extensión del mal causado por el delito 6) Gravedad de las consecuencias sociales y económicas y/o de los daños que

631 "Artículo 15.- Determinación legal de la pena aplicable al delito. A los delitos sancionados en los artículos 240, 250, incisos segundo y tercero, 287 bis, 287 ter, 456 bis A y 470, numeral 1° y párrafos primero y segundo del numeral 11 del Código penal, y en el artículo 8° de la Ley Nº 18.314, se les aplicarán las penas previstas en esta ley para los simples delitos, de conformidad a lo dispuesto en el artículo anterior. A los delitos contemplados en los artículos 136, 139, D.O. 20.11.2018 139 bis y 139 ter de la Ley General de Pesca y Acuicultura, en el artículo 27 de la Ley N° 19.913 y en los artículos 250, incisos cuarto y quinto, 251 bis y 470, numeral 11, párrafo tercero, del Código penal, les serán aplicables las penas de crímenes, según lo dispuesto en el artículo precedente.".

632 "Artículo 16.- Circunstancias modificatorias de responsabilidad. En caso de concurrir una circunstancia atenuante y ninguna agravante, tratándose de simples delitos se aplicarán sólo dos de las penas contempladas en el artículo 14, debiendo imponerse una de ellas en su grado mínimo. Tratándose de crímenes, el tribunal aplicará sólo dos de las penas contempladas en dicho artículo en su mínimum, si procediere. En caso de concurrir la circunstancia agravante contemplada en esta ley y ninguna atenuante, tratándose de simples delitos el tribunal aplicará todas las penas en su grado máximo o la disolución o cancelación. Tratándose de crímenes deberá aplicar las penas en su máximum, si procediere, o la disolución o cancelación. Si concurren dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante, tratándose de simples delitos el tribunal deberá aplicar sólo una pena, pudiendo recorrerla en toda su extensión. Tratándose de crímenes deberá aplicar dos penas de las contempladas para los simples delitos. Si concurren varias atenuantes y la agravante prevista en esta ley, ésta se compensará racionalmente con alguna de las atenuantes, debiendo ajustarse las penas conforme a los incisos anteriores."

puede generar a la comunidad la imposición de una pena cuando se trate de empresas del Estado o que presten una utilidad pública.

Esta disposición es una clara manifestación de que la finalidad de la pena para las entidades es la autorregulación regulada. Ello porque la determinación de la sanción está pensada en relación con criterios que apuntan al caso concreto, como el tamaño y naturaleza de la persona jurídica, la capacidad económica de la entidad, el grado de sujeción a la ley o estado de su cumplimiento normativo y las consecuencias que la sanción generará cuando se trata de una empresa del Estado o una privada que preste un servicio a la comunidad. De su texto se puede colegir que el mensaje que se dirige al juez se refiere a que analice a la persona jurídica en sí misma, no solo el hecho cometido al momento de determinar la pena. Esto resulta muy coherente con un sistema de derecho penal de autor en el que se sanciona una forma de ser. Particularmente los criterios relativos al tamaño y naturaleza, a la capacidad económica y al grado de sujeción de la institución respecto las normas y reglas técnicas, es clara expresión de este espíritu. Debe observar a la persona jurídica imputada, no solo el delito que cometió, lo cual obedece a que la pena debe favorecer a su autorregulación, la que a su vez dependerá de su estado al momento de aplicarla. Por lo mismo, según las conclusiones a las que el juez arribe luego de este proceso, podrá establecer una pena que concretamente sea la más adecuada para esa específica institución. Esto también es expresión de la idea de autogestión que resulta inherente a la autorregulación, desde aquí la importancia de considerar al individuo.

Por su parte, los criterios que aluden a los montos involucrados en el delito o a la extensión del mal causado, a diferencia de los criterios antes mencionados, se dirigen a la observación del hecho cometido, por ende, miran al pasado, a lo que ocurrió y sus consecuencias. Éstos se vinculan más con la proporcionalidad de la pena en relación con la gravedad del delito cometido, por ello se debe observar el monto involucrado en el hecho y la extensión del daño que originó.

El criterio relativo a la gravedad de las consecuencias sociales y económicas y/o a los daños serios que puede causarse a la comunidad, por el hecho de castigar criminalmente a la corporación obligan a realizar un análisis prospectivo, vale decir, respecto de las consecuencias de la pena, lo que va más allá del delito cometido y de la persona jurídica involucrada. Que el juez pueda invocar legalmente un criterio que apunta a terceros no involucrados en el hecho punible, pero que pueden verse afectados por la aplicación de una pena, es ajeno al derecho penal antropocéntrico. Sin embargo, para los sistemas de responsabilidad penal de las colectividades las externalidades que conlleva la pena son un elemento que muchas veces se toma en cuenta al momento de la determinación de la sanción, lo que significa que el juez puede poner atención en ciertas circunstancias que están más allá del hecho y de la entidad.

La Ley N° 20.393 también tiene aplicación respecto del delito de asociación ilícita contemplado en el artículo 292 del Código penal y respecto de la misma figura, en relación con el delito de blanqueo de capital, regulado en el artículo 28 de la Ley N° 19.913. En este caso se trata de una consecuencia accesoria que se aplica en la medida que la asociación ilícita se hubiese verificado sirviéndose de una persona jurídica. En este caso la sanción es la disolución o cancelación de dicha personalidad[633].

III.- Modelo de atribución de responsabilidad penal y fines de la pena en la Ley Nº 20.393

Como cuestión previa al estudio del modelo de atribución de responsabilidad penal de las colectividades plasmado en la Ley N° 20.393, resulta relevante recordar lo referido en relación con el fundamento de su responsabilidad, cuestión que fue revisada durante

[633] Artículos 2 y 3 de la Ley N° 20.393.

el primer capítulo, lo que permitirá explicar las conclusiones que se extraen de la normativa chilena.

Lo señalado obedece a que la determinación del fundamento de la responsabilidad penal, trae aparejadas consecuencias en relación con la función que cumplen los modelos de prevención de delitos en la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sea como eximentes de responsabilidad penal o como causales de atipicidad. Si el defecto de organización equivale a la culpabilidad de la entidad, entonces la implementación de modelos de prevención de delitos será una eximente de responsabilidad penal. Por el contrario, si el defecto en la gestión de riesgos se ubica en la tipicidad, la adopción e implementación de los mencionados modelos se traducirá en la atipicidad de la conducta[634]. En la presente investigación se participa de esta última noción, la que

[634] En relación con el valor de medidas o modelos de prevención de delitos, véase el trabajo de Hernández en el que analiza la "eximente o defensa del cumplimiento" en el caso de las personas jurídicas. Si bien este trabajo se refiere al derecho administrativo sancionador, es muy ilustrativo en materia penal. La tesis del autor es que dado que no existe una regulación expresa respecto de los presupuestos de este tipo de responsabilidad, afirma que el establecimiento de modelos de prevención de delitos puede ser considerados una eximente de responsabilidad penal. De acuerdo a su tesis es posible que las personas jurídicas se eximan de responsabilidad en la medida que hubiesen adoptados medidas eficaces para la prevención de los delitos. Uno de los argumentos que esgrimen en relación con este punto se basa en que de otra manera la responsabilidad sería objetiva y operaría como una transferencia de responsabilidad, desde la persona física a la jurídica. Esto lo denomina como una "defensa de cumplimiento o de *compliance*". Al respecto argumenta de acuerdo a los inconvenientes, desde la justicia y desde las garantías, de un sistema que sin establecer los presupuestos de dicha responsabilidad, suponga un castigo a todo evento. Agrega que las sanciones a las personas jurídicas se justifican en motivos instrumentales, vinculados con la necesidad de lograr una finalidad regulatoria, o que ésta se vea coaccionada para efectos de autorregularse. Siendo de esta manera, se justifica que aquella organización que desplegó un comportamiento tendiente a evitar infracciones y garantizar el cumplimiento de la ley, más allá que en ese caso concreto no lo hubiese conseguido, lo que procede es eximirla de responsabilidad, toda vez que de otra manera el incentivo de cumplimiento carece de sentido. Para explicitar esta tesis, el autor hace referencia a algunos casos que han sido conocidos por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Si bien dicho tribunal no ha hecho mención a la circunstancia que dichos modelos de cumplimiento puedan

eximir de responsabilidad penal a las personas jurídicas, no es menos cierto, que dicho en sus decisiones los promueve. Finalmente concluye que desde la justicia y la racionalidad lo que corresponde es reconocer un efecto eximente de responsabilidad penal a la defensa de cumplimiento. Ello aunque el derecho administrativo sancionador no contemple expresamente este tipo de defensas. En HERNÁNDEZ (2018) pp. 427 y ss.

Relacionado con este tema se pueden citar las sentencias del coloquialmente conocido como "el caso de los pollos". El Tribunal de Defensa de Libre Competencia condenó en sentencia 167/2019, Rol C N° 304-2016, de fecha 28 de febrero de 2019, a tres cadenas de supermercados, esto es, Cencosud, SMU y Walmart por coludirse para fijar el precio en el mercado de la carne fresca del pollo. Uno de los aspectos interesantes de este fallo es que en primera instancia el Tribunal habría rebajado la condena de Walmart por haber contado con un programa de cumplimiento. A este respecto el Tribunal expresó "Ducentésimo trigésimo tercero: Que, como hemos visto, la situación de Walmart es radicalmente diferente a la de las otras dos cadenas requeridas. Dicha firma sí desplegó un esfuerzo particular dirigido a demostrar que diseñó un programa de cumplimiento y ética razonable, que es implementado por la compañía y aplicado si lo requirieran las circunstancias, de modo que, a su juicio, debiera ser calificado como un programa serio, creíble y efectivo. Si bien dicho programa no fue preexistente a los hechos de la causa y poseía importantes falencias a la época de su ocurrencia (por lo que distaba de tener todos los atributos antes mencionados, según indicamos en los considerandos 185 y siguientes), su diseño fue comparativamente muy superior desde un inicio y constituyó de todos modos un avance muy relevante para la compañía, que debe por cierto ser reconocido…". En REQUERIMIENTO DE LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA EN CONTRA DE CENCOSUD S.A. Y OTRAS (2020). La Corte Suprema, en el Rol N° 9361-2019, en sentencia de fecha 08 de abril de 2020, conociendo de los recursos interpuestos elevó las penas al doble de lo fijado por el tribunal especializado. Además dejó sin efecto la defensa de Walmart que había recibido una pena inferior con motivo de haber adoptado e implementado un programa de cumplimiento. Para la Corte Suprema un programa como el aludido no puede significar una eximente atenuada de su responsabilidad penal. Sobre el punto declaró expresamente: "Quincuagésimo primero… En concepto de esta Corte debe considerarse, en primer lugar, que la sola existencia de un programa de cumplimiento no puede erigirse como una eximente de responsabilidad, puesto que ello enfrenta un obstáculo de índole normativa. En efecto, las eximentes de responsabilidad están expresamente reguladas en la ley y, en este caso, un código de buenas prácticas no está contemplado en el Decreto Ley N°211 como productor de dicho efecto. Es más, a modo ejemplar, la delación compensada, que sí está sancionada como una eximente en el artículo 39 bis del mismo cuerpo normativo, únicamente opera para la imposición de un castigo pecuniario, pero no exonera a la delatora, como tampoco impide que se le

además, se relaciona con lo aseverado en orden a la existencia de un injusto propio de las entidades. De esta forma, se considera que el defecto de organización forma parte del injusto colectivo.

De acuerdo a lo consignado durante el curso de este trabajo, el fundamento o culpabilidad[635] de las entidades consiste en un reproche respecto de su estado, o más concretamente, del carácter que se debe a dicho estado. El injusto colectivo se constituye por una forma de organización defectuosa que se mantiene en el tiempo y que es producida por la infracción de los deberes de una correcta administración. Estas obligaciones son de la colectividad, la que constituye una existencia distinta de los miembros que la componen. El juicio de reproche deriva de cuestionar su carácter. De esta forma, tal como se indicó, se reconoce respecto de las colectividades que se está ante una hipótesis de derecho penal de autor[636].

Ahora bien, en materia de derecho positivo una de las definiciones que debe realizar cada legislador consiste en delimitar qué mecanismo de atribución de responsabilidad va a adoptar en su respectivo sistema jurídico. En el caso chileno, la elección de un sistema vicarial puro hubiese generado discusión en relación con el principio de culpabilidad, debido a la transferencia de responsabilidad, toda vez que estos modelos se basan en una responsabilidad por el hecho ajeno[637].

---

apliquen sanciones de otro tipo…". Luego de estas justificaciones, en el fundamento siguiente la Corte declara que la rebaja no se encuentra justificada.

[635] Que como se hizo presente es la denominación común por parte de la doctrina.

[636] Infra pp.79 y ss.

[637] La crítica apunta a que es posible castigar a la persona jurídica sin necesidad de verificar la existencia de un reproche que se le pueda dirigir directamente a ella. Pero también señala un autor que esta pregunta también se deriva de la necesidad de delimitar criterios de legitimación dentro de los que se encuentra la necesidad de reparación del daño que ha ocasionado el delito, de lo que se derivan criterios de merecimiento o de equidad. Sin perjuicio de esto, el autor confirma que el problema principal de este modelo es que es difícil desligar la sanción penal de la circunstancia de que quien recibe la sanción deba

Lo expresado obedece a que la transferencia de responsabilidad desde la persona física a la jurídica, sin posibilidad de evitar el castigo por una actuación propia, equivale a una responsabilidad objetiva para la entidad que la recibe. Su fundamento responde a criterios provenientes del derecho civil. De hecho, de acuerdo al sistema vicarial, existe una disociación entre quien ejecuta la conducta y el destinatario del castigo, cuestión que naturalmente es muy criticada. De conformidad a los sistemas de responsabilidad derivada se debe determinar cuáles personas de aquellas que integran la institución pueden transferir responsabilidad y cuáles delitos puedan importar dicha transferencia de responsabilidad. Este traspaso obedece a la circunstancia de que dichas personas actúan a su nombre y por ello resultan responsables de las consecuencias delictivas de sus actos. Además se exige que hubiesen actuado dentro del ámbito de su competencia, es decir, dentro de aquello que constituye su área de gestión o ámbito en el que se desenvuelven. También el acto debe traducirse en un beneficio que puede haberse recibido o no.

Una segunda opción está dada por los sistemas de culpabilidad propia que permiten el castigo de la corporación con absoluta independencia de la persona física, incluso puede ignorarse quién o quiénes realizaron la conducta típica bastando acreditar que el hecho queda comprendido dentro del ámbito de la empresa. Estos modelos en principio inspiran mayor simpatía en sistemas jurídicos como el nuestro, porque solucionan las dificultades que podría generar la responsabilidad estricta, que conlleva la imposición de responsabilidad por transferencia.

La experiencia comparada muestra que los países no presentan, por regla general, sistemas puros[638]. Los instrumentos jurídicos locales frecuentemente se decantan por los modelos mixtos que se caracterizan porque contemplan elementos de responsabilidad vicarial y de culpabilidad de la empresa. Éstos pueden ser de dos tipos. En el primer

---

comprender los hechos, porque esto último, y sin perjuicio de las diferencias que existen entre la responsabilidad individual y colectiva, se aleja demasiado de lo que entendemos por responsabilidad penal. En ARTAZA (2013a) p.101-106.

[638] NIETO (2008a) p. 127.

caso, la ausencia de un defecto de organización de la entidad importa una rebaja de la penalidad. Esto es lo que ocurre en las *Sentencing Guidelines for organizations*. En el segundo caso, la ausencia de dicho defecto excluye totalmente la posibilidad de castigar a las personas morales.

Esto ocurre en el sistema italiano regido por el Decreto Legislativo N° 231[639], en el español reformado el año 2015[640] y en el nuestro como se verá más adelante.

---

[639] Artículo 6 y 7 del Decreto Legislativo N° 231. Cuyos textos son los siguientes:

"Art. 6. Soggetti in posizione apicale e modelli di organizzazione dell'ente1. Se il reato e' stato commesso dalle persone indicate nell'articolo 5, comma 1, lettera a), l'ente non risponde se prova che:

a) l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi;

b) il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento e' stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo;

c) le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione;d) non vi e' stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b).2. In relazione all'estensione dei poteri delegati e al rischio di commissione dei reati, i modelli di cui alla lettera a), del comma 1, devono rispondere alle seguenti esigenze:

a) individuare le attivita' nel cui ambito possono essere commessi reati;

b) prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire;

c) individuare modalita' di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati;

d) prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli;

e) introdurre un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello.3. I modelli di organizzazione e di gestione possono essere adottati, garantendo le esigenze di cui al comma 2, sulla base di codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti, comunicati al Ministero della giustizia che, di concerto con i Ministeri competenti, puo' formulare, entro trenta giorni, osservazioni sulla idoneita' dei modelli a prevenire i reati.4. Negli enti di piccole dimensioni i compiti indicati nella lettera b), del comma 1, possono essere svolti direttamente dall'organo dirigente.5. E' comunque disposta la confisca del profitto che l'ente ha tratto dal reato, anche nella forma per equivalente."

"Art. 7. Soggetti sottoposti all'altrui direzione e modelli di organizzazione dell'ente1. Nel caso previsto dall'articolo 5, comma 1, lettera b), l'ente e' responsabile se la commissione del reato e' stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza.2. In ogni caso, e' esclusa l'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza se l'ente, prima della commissione del reato, ha adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi.3. Il modello prevede, in relazione alla natura e alla dimensione dell'organizzazione nonche' al tipo di attivita' svolta, misure idonee a garantire lo svolgimento dell'attivita' nel rispetto della legge e a scoprire ed eliminare tempestivamente situazioni di rischio.4. L'efficace attuazione del modello richiede:
a) una verifica periodica e l'eventuale modifica dello stesso quando sono scoperte significative violazioni delle prescrizioni ovvero quando intervengono mutamenti nell'organizzazione o nell'attivita'; b) un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello.".

[640] "Artículo 31 bis**.**1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables: a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma. b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:1.ª el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;2.ª la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;3.ª los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y4.ª no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.ªEn los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena.3. En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.ª del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos

El sistema de imputación contemplado en la Ley N° 20.393 es mayoritariamente catalogado de mixto[641] o como sistema atenuado de responsabilidad derivada[642], toda vez que el artículo 3 de la ley dispone que la responsabilidad de la entidad se deriva de la comisión de delitos por parte de ciertos sujetos activos, a que hace referencia la misma disposición, cometidos en su interés o provecho, siempre que su ejecución derive del incumplimiento de deberes de supervisión y vigilancia. En contra de esta opinión se ha afirmado que el sistema es de autorresponsabilidad, basándose en que para algunos la autonomía se relaciona con la independencia entre los delitos de las personas físicas y jurídicas, mientras que para otros, dicha autonomía se vincula con la independencia del

---

efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquéllas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.4. Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión. En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo.5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.ª del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención. 5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo. 6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.".

[641] En el mismo sentido MATUS (2009a) p. 65; HERNÁNDEZ (2010) p. 217; VAN WEEZEL (2010) p.117; y SALVO (2014) pp. 239 y ss.

[642] HERNÁNDEZ (2010) p. 217

fundamento de la responsabilidad penal. En Chile Collado se apoya en esta última tesis[643].

Lo expresado significa que se requiere que el hecho delictivo sea cometido por una persona natural, lo que puede desencadenar responsabilidad de la entidad. El delito cometido por la persona física se denomina hecho de conexión o precedente que opera como presupuesto de la responsabilidad corporativa. Además dicho ilícito debe ser consecuencia del incumplimiento de los deberes de dirección o supervisión por parte de la persona jurídica. Este incumplimiento es enteramente atribuible al ser colectivo, lo que configura el ámbito de aquello que le será reprochado. La infracción de los deberes de dirección y supervisión, sumados a la vinculación causal que debe existir entre ese incumplimiento y el hecho de conexión son necesarios para poder atribuir responsabilidad penal.

Los requisitos para que produzca la imputación de responsabilidad son tres:

a.- Que el delito sea cometido por alguna de las personas que menciona el artículo tercero

Para comprometer la responsabilidad de la colectividad, los individuos físicos deben estar dotados de una vinculación o relación establecida en los términos que señala el artículo 3 de la Ley N° 20.393 y, además, deben actuar dentro del ámbito de sus actividades.

[643] De esta forma, y apoyándose en el artículo 5 de la Ley N° 20.393, considera que el modelo es autónomo. Esto sin perjuicio de reconocer que el legislador estableció un modelo accesorio como lo hizo también con la complicidad en el artículo 16 del CP. COLLADO (2013) pp. 161-163. También a favor de un modelo de responsabilidad autónomo en Chile, Balmaceda igualmente estima que esto se fundamenta en el artículo 5. En BALMACEDA y GUERRA (2014) pp. 98-99.

Las personas que enumera la mencionada disposición pueden pertenecer a dos grupos: 1) Los que ocupan cargos de dirección y 2) Los subordinados[644].

Entre las personas que conforman la cúspide de la organización, la disposición menciona a los dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión. A su turno, dentro del grupo de los subordinados, el artículo 3 en su inciso segundo, se refiere a todas las personas naturales que se encuentren bajo la dirección o subordinación directa de algunas de las personas que integran el equipo directivo. En el caso del primer grupo, la posición que ocupan en la estructura de la organización es lo que determina que ellos actúen dentro del ámbito de su giro o actividad, toda vez que tienen la capacidad de realizar acciones en su beneficio o provecho.

Por su parte, las personas mencionadas en el inciso segundo del artículo en comentario, corresponden a los individuos que se encuentran sujetos a la dirección o supervisión directa de alguna de las personas mencionadas en el inciso primero del mismo artículo. El significado de estos vocablos de acuerdo al Diccionario de la Lengua Española, corresponde a lo siguiente: dirección es definido como "Acción y efecto de dirigir" y, en otro de sus significados es "Cargo de director". Por su parte, supervisión, se define como la "Acción y efecto de supervisar", y supervisar, "Ejercer la inspección superior en trabajos realizados por otros"[645].

Para Hernández una manera de evitar que se eluda la aplicación de ley, considerando que solo las personas jurídicas pueden ser sujetos activos y no otros entes sin personalidad, es sosteniendo una interpretación que esté en consonancia con los fines que tuvo en vista el legislador al momento de establecer este tipo de responsabilidad, atendiendo a la relación que debe existir entre las personas naturales relacionadas y la

[644] Tanto el sistema italiano establecido por el Decreto Legislativo N° 231, como el sistema español, también clasifican a los sujetos relacionados en grupos de los directivos y de los subordinados.

[645] Diccionario de la Lengua Española.

jurídica sujeta a imputación. Al respecto, manifiesta que una interpretación extensiva se ve favorecida por los términos amplios e informales con que la ley menciona a las personas físicas. A continuación señala, en relación con el primer grupo de persona, que los únicos conceptos exclusivamente jurídicos que el legislador emplea son "dueño" y "representante", en lo que respecta a controlador[646], responsable, o ejecutivo principal y personas que realizan actividades de administración y supervisión, se trataría de conceptos más fácticos, por lo que a su juicio, podría corresponder a cualquier hipótesis de administración de hecho[647].Contra esta posición es posible argüir que durante la tramitación legislativa se excluyó la mención a los administradores de hecho[648], lo que da cuenta de que el legislador manifiestamente quiso dejarlos fuera del ámbito de personas relacionadas[649]. Lo expresado resulta relevante toda vez que una interpretación de los sujetos activos relacionados, en términos tan amplios, podría extender la

[646] Esta afirmación puede ser contrastada con lo dispuesto en la Ley N° 18.046 que en diversos preceptos hace mención al controlador. En este sentido por ejemplo: artículo 44 inciso 3°; artículo 50 bis N° 1); artículo 67 N° 9); artículo 69 bis y 71 bis, entre otras.

[647] HERNÁNDEZ (2012) p. 80 y SALVO (2014) p. 295.

[648] Mensaje N° 018/357 de S.E. la Presidenta de la República con el que se inicia un proyecto de ley que establece la responsabilidad legal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica, de fecha 16 de marzo de 2009. En su artículo 3, inciso primero disponía: "Artículo 3º.-Atribución de responsabilidad legal. Las personas jurídicas serán responsables de los delitos señalados en el artículo 1° cometidos en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, representantes o administradores, así como por personas que realizan, inclusive de hecho, actividades de administración y supervisión de dicha persona jurídica, siempre que la comisión del delito se haga posible por el incumplimiento por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión" p. 8. El destacado es nuestro. En Historia de la Ley 20.393, p.8., el propio ejecutivo fue quien presentó una indicación sugiriendo eliminar los términos "de hecho" y agregar a los ejecutivos principales. En Informe de la Comisión de Constitución, en segundo trámite constitucional p.47., en CÁMARA DE DIPUTADOS (2007).

[649] Sobre el punto Salvo señala que no obstante durante la tramitación legislativa se eliminó la mención a la administración *"incluso de hecho"*, como quedó aprobado el texto final su redacción es tan amplia que permite comprender la administración de hecho, esto es, aquél que no teniendo formalmente esa designación en la realidad realice ese tipo de actuaciones. En SALVO (2014) p. 295.

responsabilidad de las organizaciones a supuestos que resultan de difícil previsión y control por parte de las entidades.

Por su parte, respecto de los subordinados contemplados en el inciso segundo de la disposición, Hernández señala que de acuerdo a la ley no es necesaria una pertenencia estricta a la persona jurídica, por lo que no sería imprescindible la existencia de un vínculo laboral o similar con la entidad. Lo determinante es la ejecución de funciones de administración o de supervisión para la organización o que se encuentren sometidos a la dirección o supervisión directa de algunas de las personas mencionadas en el inciso primero. El autor reconoce que esta exégesis es compleja, "…porque favorece una interpretación fáctica que permite ir más allá de lo previsto por normas llamadas a hacerse cargo de la atribución de responsabilidades en organizaciones o complejos de relaciones que van más allá de los límites formales de la persona jurídica…", a continuación el autor pone como ejemplo la subcontratación. En un segundo orden de ideas, Hernández señala que esto puede ser problemático porque podrían producirse contradicciones entre el sistema penal y el ordenamiento primario extrapenal[650]. Esta interpretación amplia, puede ser contrastada con el propósito del legislador, que por el contrario, parece haber querido restringir el círculo de personas subordinadas que podrían quedar comprendidas dentro del inciso segundo del precepto en comentario. La revisión de la Historia de la Ley N° 20.393, muestra que los términos, dirección y supervisión, fueron utilizados en referencia a una relación laboral. La que puede ser formal o informal. El Mensaje[651] no incluía en el artículo 3 inciso segundo del proyecto, el término "directa" a continuación de dirección o supervisión. Dicha palabra fue incorporada más adelante, durante la tramitación legislativa. Algunos de los invitados que concurrieron al Congreso afirmaron que era posible distinguir dos grupos dentro de las personas relacionadas: los dirigentes y los empleados. Esto último se corresponde

[650] HERNÁNDEZ (2012) p. 82.

[651] Mensaje N° 018/357 de S.E. la Presidenta de la República con el que se inicia un proyecto de ley que establece la responsabilidad legal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica, de fecha 16 de marzo de 2009, p. 8.

con los sujetos que quedan sometidos a la dirección o supervisión del primer grupo[652]. Además el legislador incorpora el término "directa" con el objetivo de evitar una

[652] En el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia recaído en el Proyecto de Ley que Establece la Responsabilidad Legal de las Personas Jurídicas en los Delitos de Lavado de Activos, Financiamiento del Terrorismo y Delitos de Cohecho que indica, Boletín N° 6423-07. Comentario de Gonzalo Medina Schultz, profesor de derecho penal en la Universidad de Chile, quien expresó: "…Refiriéndose al artículo 3° señaló que consagraba un doble estatuto de responsabilidad: la derivada de los hechos de los directivos de la empresa y la de quienes trabajan supervisados al interior de ella. Señaló que los sistemas aplicados sobre la materia, contemplaban en algunos casos para el establecimiento del delito, la existencia de hechos atribuibles a los directivos y, en otros, bastaba para establecer la responsabilidad empresarial, la existencia de hechos cometidos por funcionarios inferiores…" p. 32. En el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en el Proyecto de Ley, en segundo trámite constitucional, que Establece la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en los Delitos de Lavado de Activos, Financiamiento del Terrorismo y Delitos de Cohecho que indica, Boletín Nº 6.423-07. Comentario de Jorge Bofill, a la sazón profesor de derecho procesal penal y litigación oral de la Universidad de Chile, que señaló: "…Continuando con el análisis del artículo 3°, se refirió al tipo de personas naturales que, relacionadas con la empresa, pueden generar responsabilidad penal para ésta. Distinguió diferentes niveles en los que se pueden encontrar estas personas. Un primer grupo lo integran los representantes legales y órganos de administración de las empresas, como el gerente general, los directores y, eventualmente, sus mandatarios. Un segundo grupo de personas lo forman quienes de facto cumplen funciones de organización y administración, como el "gerente" a que se refiere la ley de sociedades anónimas. Otra categoría, dijo, está compuesta por personas que se encuentran bajo la dirección o supervisión de alguien de los dos grupos anteriores. Esta tercera categoría, resaltó, es muy amplia, tanto que cualquier dependiente de la empresa puede cometer el delito o concretar el vínculo de responsabilidad penal con la persona jurídica. Por lo tanto, sugirió revisar con atención este punto al momento de decidir el diseño del modelo de responsabilidad que se adopte…" p. 30. El abogado Miguel Chaves en el mismo sentido señaló: "…De esta manera, prosiguió, la responsabilidad fundamental recae en aquellos sujetos que se ubican en la cúspide de la organización, es decir, sus dueños, controladores, ejecutivos principales. Sin embargo, agregó, en organizaciones con cierto grado de complejidad, esas personas actúan a través de unidades o departamentos, de manera que entre éstos y quienes están en la cúspide de la empresa hay una vinculación importante que se expresa en una relación de dirección o supervisión. Esta relación, añadió, debe ser, en todo caso, directa con quien toma la decisión. Concretamente, en el ámbito de la iniciativa en debate, lo que ocurrirá normalmente es que si los directivos máximos de una persona jurídica deciden cometer un delito, no lo materializarán personalmente

excesiva amplitud de la responsabilidad de las corporaciones, quedando sometidos solo respecto de aquellas que tuvieran una vinculación directa[653].

De esta manera, el término directa se incorpora con la finalidad de limitar la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por tanto, además de los sujetos que se encuentran en la cúspide de la organización, pueden incurrir en los delitos de conexión quienes estuvieran sujetos a una dirección y supervisión directa. Lo que justifica esta restricción es impedir que la colectividad sea castigada por delitos que quedan fuera de su ámbito de control.

Además de formar parte del grupo de directivos o subordinados es menester que la persona física actúe dentro del ámbito de las funciones que les ha definido la respectiva persona jurídica, esto para que pueda imputársele a la entidad un incumplimiento de los deberes de supervisión y vigilancia. De otra manera difícilmente se puede invocar una inobservancia de la obligación de controlar.

Para que se configure la responsabilidad penal de la persona jurídica es necesario que una de las personas a las que nos hemos referido precedentemente, cometa alguno de los delitos mencionado en el artículo 1 de la Ley. El ilícito de conexión debe consistir al menos en un hecho típico y antijurídico. Prueba de esto es que el artículo 5[654] permite

---

sino que instruirán para ello a las personas que están bajo su dirección o supervisión…" p.46. Los destacados son nuestros.

[653] En el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia Recaído en el Proyecto de Ley que Establece la Responsabilidad Legal de las Personas Jurídicas en los Delitos de Lavado de Activos, Financiamiento del Terrorismo y Delitos de cohecho que indica. Boletín N° 6423-07. El Senador, señor Espina, sugirió incorporar el término "directa" a continuación de la expresión "supervisión". p.46.

[654] "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

castigar exclusivamente a la persona jurídica bajo ciertos supuestos en los que no ha podido acreditarse la responsabilidad individual. Ello sin perjuicio de que siempre será necesario que alguna persona real incurra en alguna de las figuras delictivas enumeradas en el artículo 1[655].

b.- El delito debe ser cometido directa e inmediatamente en interés o en provecho de la persona jurídica

El artículo 3 inciso primero expresa que el delito debe ser cometido en interés o provecho de la corporación. En el inciso final se insiste en que "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.". Lo relevante de ambos incisos es que su objetivo es excluir aquellas actuaciones en beneficio exclusivo de la persona natural o de un tercero.

---

personas naturales indicadas en los incisos primero y segundo del artículo 3° se decretare el sobreseimiento temporal del 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°.".

[655] En este sentido se ha señalado que si bien nuestro sistema podría dar pie a que se afirme que existe una responsabilidad autónoma debido al defecto de organización y a lo dispuesto en el artículo 5 de la ley, esto solo puede ser cierto procesalmente, no en la realidad porque no existe la posibilidad de responsabilidad de la persona jurídica sin que al mismo tiempo exista un ser físico responsable. A lo que se suma la circunstancia de que el inciso final del artículo 5 utiliza la voz delito en circunstancias que su concurrencia no se podría demostrar, toda vez que se desconoce quién realizó el hecho. En HERNÁNDEZ (2010) pp. 221-222. En contra de esta opinión y a favor de un sistema de responsabilidad autónoma BALMACEDA y GUERRA (2014) pp. 98 y ss.; también COLLADO (2013) pp. 160 y ss.

El delito debe realizarse en interés o provecho de la persona jurídica. Deben excluirse todas las conductas delictivas que la perjudiquen[656]. El motivo de esta exigencia se relaciona con la idea de dejar fuera los casos en que la colectividad resulte ser el ofendido por el delito cometido por la persona natural relacionada[657].

Parece no ser relevante si la persona física originalmente incurre en la actuación motivada por un exclusivo beneficio personal, siempre que también exista un provecho para la entidad colectiva. En este sentido, Feijoo menciona el ejemplo del trabajador que incurre en una conducta delictiva con la finalidad de obtener una promoción en la colectividad, gracias a los efectos positivos que genera su infracción para la persona jurídica[658].

Lo que resulta relevante de la actuación en beneficio o provecho de la colectividad es que esta circunstancia permite delimitar el ámbito de los riesgos permitidos para las personas jurídicas, toda vez que aquello que se pueda realizar para su ventaja, se incardina dentro de aquello que conforma su deber de vigilancia y de control[659].

El interés o provecho son expresiones que hacen referencia a toda ventaja, económica o de otra naturaleza, como puede ser la reputacional, a favor de la persona jurídica. No es necesario que efectivamente se produzca, de haber sido ésta la exigencia la norma habría

[656] Este tema fue objeto de discusión cuando se incorporó la figura de la administración desleal. Uno de los temas planteados con ocasión de su incorporación fue el que obviamente quedan excluidos los casos de administración desleal en que se generan perjuicios para el patrimonio de la persona jurídica administrada, por lo que en la práctica la responsabilidad de la colectividad se produce en las hipótesis en que ésta administra patrimonio ajeno o fondos de terceras personas.

[657] En el mismo sentido FEIJOO (2016d) p.82.

[658] En el mismo sentido FEIJOO (2016d) p.83.

[659] Collado manifiesta que este elemento debe ser considerado como una forma de reforzar la imputación de una responsabilidad autónoma, toda vez que aquel comportamiento que quede se realiza sin generar provecho o beneficios, no queda amparada por su posición de garante, por lo tanto, no existe necesidad de prevenir dicha conducta. De esta forma, este requisito es útil para establecer la zona de riesgo permitido para dicha organización. En COLLADO (2013) p.163.

hecho referencia a la necesidad de recibir un beneficio o ventaja determinada[660]. Tampoco obsta el que con posterioridad, a más largo plazo, la eventual ventaja resulte no serlo, como ocurre con una pérdida posterior debido a la caída de un mercado bursátil o por otro motivo.

Ha sido objeto de discusión la circunstancia de si el interés o provecho son elementos subjetivos, lo que significaría que se le exigiría que con su conducta persiga directamente beneficiar a la institución. Sobre esto último se ha hecho ver lo complejo que resulta desde lo probatorio, pero en todo caso, esta exigencia no excluye la concurrencia de otros propósitos[661]. En contra se ha señalado que debe tratarse de un elemento objetivo, por lo que quien realiza la conducta no necesariamente debe haberse representado que su comportamiento podría generar una ventaja para la colectividad, a contrario sensu, bastaría con que aquella se produzca[662].

c.- Que el delito sea consecuencia del incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión

Que el delito sea consecuencia del incumplimiento de deberes de supervisión y de dirección se vincula directamente con el defecto de organización que constituye el

[660] En el mismo sentido HERNÁNDEZ (2010) p. 221 y SALVO (2014) p 303.

[661] HERNÁNDEZ (2010) p. 221.

[662] Estas razones proporciona Ortúzar, quien a mayor abundamiento indica: "Más aún, si nuevamente aplicamos el inciso final del artículo 5º donde ni siquiera es posible determinar qué persona física intervino directamente en el hecho delictivo, establecer ese provecho como uno de naturaleza subjetiva sería imposible: si no es plausible determinar qué sujeto en concreto actuó tampoco será posible –ni siquiera por medio de presunciones– determinar si "alguien" se representó la posibilidad de obtener *dicho* provecho". En ORTÚZAR (2012) p. 237. En el mismo sentido se ha señalado que no debe tenerse en consideración lo subjetivo, vale decir, las intenciones que buscaban las personas físicas relacionadas que incurrieron en el delito de conexión, lo relevante es si la entidad efectivamente se vio o no beneficiada por el delito. La interpretación contraria afectaría la seguridad jurídica y la prueba del hecho. En NAVAS y JAAR (2018) p. 1036.

injusto colectivo. Prueba de ello es que la persona jurídica responde criminalmente con independencia de la persona física, en el sentido, que es posible que solo sea castigada esta última. Por su parte la posibilidad de que solo sea castigado el individuo ficticio es bastante más difícil[663].

La persona jurídica es responsable de cumplir con sus obligaciones de dirección y supervisión, de lo que se sigue, a contrario *sensu*, *que* no responderá penalmente cuando hubiese dado cumplimiento a dichas obligaciones, en cuyo caso la sanción deberá recaer exclusivamente en las personas físicas que hubiesen cometido el hecho de conexión. Esto se traduce en que la colectividad ficticia es legalmente responsable de evitar o prevenir delitos, o expresado en otros términos, el legislador dispone que debe autorregularse asumiendo deberes de prevención de delitos. Estas obligaciones de dirección y supervisión configuran el ámbito de aquello por lo que la organización responde, de modo tal que si la persona natural actúa fuera de éste, no se configura el injusto colectivo porque queda fuera de aquello por lo que responde de la entidad.

Legalmente la responsabilidad por defecto de organización se encuentra contemplada en el artículo 3 inciso primero de la Ley N° 20.393 cuando expresa que la agrupación de personas responderá "siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión." El inciso tercero define cuando existe cumplimiento de estos deberes: "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".

[663] Esta última hipótesis debe considerarse con las restricciones que impone el artículo 5 de la Ley N° 20.393, que hace referencia a la responsabilidad autónoma de la persona jurídica, dado que solo en esos casos será posible imputar responsabilidad exclusivamente a la entidad.

Esta disposición debe relacionarse con lo dispuesto en el artículo 4 de la misma ley, que regula el contenido básico de los programas de prevención de delitos. Si bien la normativa plasma el contenido mínimo que debe cumplir una persona jurídica, subsiste la pregunta en relación con su inobservancia, lo que en definitiva determina la prueba del defecto de organización. También se debe tener en consideración que si bien el artículo 4 citado, dispone que la adopción de estos modelos es facultativo, la amenaza de pena es un incentivo para su implementación[664]. También, es perfectamente posible que una entidad cumpla con sus deberes de dirección y supervigilancia, sin que hubiese adoptado formalmente un modelo de prevención de delitos.

La regulación de los modelos de prevención de delitos nos introduce de lleno en lo que la doctrina denomina *criminal compliance*. En el ámbito penal chileno, alguna experiencia se venía acumulando desde la dictación de la Ley N° 19.913 que crea la Unidad de Análisis Financiero y sanciona el delito de lavado de dinero[665], puesto que en

[664] Si bien de acuerdo al tenor literal del artículo 4 de la Ley N° 20.393, es facultativo adoptar el modelo de prevención de delitos, puesto que expresa: "…las personas jurídicas **podrán** adoptar el modelo de prevención de…" (el destacado es nuestro). Esta afirmación puede ser relativizada, toda vez que la falta de implementación del mismo, o de adopción de éste o de medidas eficaces, genera como consecuencia que la entidad pueda responder penalmente por su falta de control y supervisión. En el mismo sentido, Piña señala que la adopción de estos modelos es facultativa, porque no es la única forma de acreditar que la colectividad está exenta de responsabilidad penal. Al respecto también hace referencia al texto del artículo 4 mencionado. En PIÑA (2012) p.8.

[665] Otro ejemplo lo encontramos en la regulación medio ambiental. Al respecto véase el artículo 42 de la Ley 20.417. "Artículo 42.- Iniciado un procedimiento sancionatorio, el infractor podrá presentar en el plazo de 10 días, contado desde el acto que lo incoa, un programa de cumplimiento.

Para estos efectos se entenderá como programa de cumplimiento, el plan de acciones y metas presentado por el infractor, para que dentro de un plazo fijado por la Superintendencia, los responsables cumplan satisfactoriamente con la normativa ambiental que se indique.

No podrán presentar programas de cumplimiento aquellos infractores que se hubiesen acogido a programas de gradualidad en el cumplimiento de la normativa ambiental o hubiesen sido objeto con anterioridad de la aplicación de una sanción por parte de la Superintendencia por infracciones gravísimas o hubiesen presentado, con anterioridad, un programa de cumplimiento, salvo que se hubiese tratado de

el año 2003 dicha legislación, incorpora la figura de los oficiales de cumplimiento, sumado a diversas imposiciones para determinados sujetos obligados, en relación con la prevención de estos delitos en el ámbito financiero. El concepto que se encuentra detrás es la autorregulación regulada, revisada anteriormente[666], mediante la cual frente a la imposibilidad del Estado de controlar todos los riesgos y actividades de las corporaciones, les entrega lineamientos dentro de los que deben enmarcarse a través de un proceso de regulación, que implementa el propio administrado dentro de dichos márgenes.

En el caso de la Ley N° 20.393, si bien el artículo 4 no obliga a la implementación de un modelo de prevención de delitos, no hacerlo, puede traer como consecuencia que sea penalmente responsable de los delitos cometidos por algunas de las personas mencionadas en el artículo 3. De este modo, si bien el sistema no impone una obligación de establecer e implementar un programa de prevención de delitos, su ausencia podría dar cuenta de una gestión defectuosa que determine la aplicación de una pena. A *contrario sensu*, es perfectamente posible que una institución carezca de un modelo de prevención de delitos, no obstante lo cual pueda acreditar que ha gestionado adecuadamente los riesgos que le son propios y, por lo tanto, no existe defecto de

---

infracciones leves. Con tal objeto, deberá considerarse el plazo de prescripción de las infracciones señaladas en el artículo 37.

Aprobado un programa de cumplimiento por la Superintendencia, el procedimiento sancionatorio se suspenderá. Dicho procedimiento se reiniciará en caso de incumplirse las obligaciones contraídas en el programa, evento en el cual se podrá aplicar hasta el doble de la multa que corresponda a la infracción original dentro del rango señalado en la letra b) del artículo 38, salvo que hubiese mediado autodenuncia.

Cumplido el programa dentro de los plazos establecidos y de acuerdo a las metas fijadas en él, el procedimiento administrativo se dará por concluido.

El Reglamento establecerá los criterios a los cuales deberá atenerse la Superintendencia para aprobar un programa de cumplimiento. Con todo, la presentación del programa de cumplimiento y su duración interrumpirán el plazo señalado en el artículo 37."

[666] Este tema se desarrolla extensamente en el capítulo segundo de este trabajo.

organización y el delito no es consecuencia del incumplimiento de deberes de dirección y supervisión[667].

Que el modelo sea idóneo no significa que deba impedir el acaecimiento absoluto de ilícitos, de ser así, se estaría exigiendo que evite la comisión de todas las infracciones que pudieran verificarse, lo cual escapa y supera la capacidad de prevención del Estado, más todavía la de los particulares, como acontece en este caso[668]. Por este motivo, en los casos que exista un modelo, el juez deberá determinar su idoneidad y si ha sido efectivamente implementado en la empresa concreta antes del acaecimiento del ilícito que está siendo sujeto de imputación. Los parámetros básicos los proporciona el artículo 4 de la ley, esto es, que exista un encargado de prevención del delito; que esté dotado de facultades y de medios para prevenir los delitos; que se contemple un sistema para la prevención de delitos y que éste sea implementado.

Si el modelo existe y no es idóneo o no ha sido implementado eficazmente entonces la empresa responderá penalmente, siempre que además, se cumplan los demás requisitos que establece la ley. Esto obedece a que el defecto de organización se verifica en caso de inobservancia de los deberes de dirección y supervisión, lo que se puede impedir a través de la adopción, antes de la comisión de la infracción, de un modelo de prevención de ilícitos adecuado o mediante la implementación de medidas preventivas que sean proporcionales a los riesgos de dicha entidad. A contrario *sensu*, que la persona jurídica sea dotada de un modelo o de medidas que no sean adecuadas a sus riesgos o no sean

[667] En el mismo sentido, Hernández, quien ha indicado que el adoptar e implementar un modelo de prevención de delitos no es la única forma de cumplir con los deberes de dirección y supervisión, porque en ese caso la inexistencia de dicho modelo habría sido el presupuesto de la responsabilidad penal, no el incumplimiento de los deberes, lo cual puede ser realizado de diversas maneras. A esto se sumaría la naturaleza facultativa del artículo 4 en relación con la mencionada adopción e implementación de un modelo. En HERNÁNDEZ (2010) pp. 225-226.

[668] Al respecto podría señalarse que a lo imposible nadie está obligado.

idóneas, puede determinar que sí sean responsables penalmente de los hechos cometidos por las personas vinculadas que establece la ley[669].

[669] En el mismo sentido, Hernández, que expone: "…la persona jurídica no responde simplemente porque un sujeto relevante haya cometido un delito en su interés o para su beneficio, sino porque dicho delito es consecuencia del incumplimiento de sus deberes de dirección y supervisión. Con esto la ley erige formalmente a la persona jurídica en garante de vigilancia respecto de su personal y connota que los deberes de dirección y supervisión incluyen la prevención de delitos…"; en HERNÁNDEZ (2010) p.225. Matus, en el mismo sentido, indica: "…este sistema de atribución de responsabilidad, que permite eximirse de la misma mediante la adopción e implementación efectiva de "modelos de prevención de delitos", el núcleo del proyecto de ley actualmente discutido y su mayor fortaleza. En efecto, de este modo se permite al mismo tiempo, por una parte, responsabilizar a las organizaciones empresariales en la prevención del delito; y por otra, reservar las medidas penales como auténtica ultima ratio, sólo para aquellas organizaciones que no están dispuestas a colaborar en esta tarea común, o que sólo "aparentan" colaborar con ella, mediante la adopción formal de documentos escritos, sin su implementación efectiva…"*;* en MATUS (2009a) p.67. A su turno, Piña manifiesta: "…Los efectos de un adecuado diseño, implementación y de control efectivo son, según el modelo chileno, la impunidad de la corporación. Decimos que se trata de una causa de atipicidad pues para la imputación de responsabilidad corporativa debe "concurrir" un elemento positivo: la infracción de los deberes de supervigilancia y dirección. Así lo dispone expresamente la ley cuando exige que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión…"; en PIÑA (2012) p.7. Sobre la materia Collado señala: "…parafraseando esta norma, habrá responsabilidad penal cuando se omita adoptar o implementar un modelo de prevención o cualquier omisión similar que demuestre un incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión*…"*; en COLLADO (2013) p.167. Otros autores nacionales que se refieren al tema son Navas y Jaar*:* "…uno de los requisitos más complejos de la responsabilidad de la persona jurídica que da origen al modelo mixto que sigue el ordenamiento jurídico chileno. En efecto, se trata de existencia de un delito cometido tanto por una persona física vinculada a la empresa, como de la existencia de un defecto de organización de la propia empresa que se refleja en el incumplimiento de deberes de dirección y supervisión que facilitan la comisión del delito respecto a las personas físicas…"; en NAVAS y JAAR (2018) p. 1038. Y finalmente Ortúzar quién refiere: "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 art.4º de la misma ley, insinuando aquí la ley un "defecto organizativo", esto es, los delitos deben ser

De lo expresado resulta bastante claro que son los jueces los llamados a determinar en cada caso concreto la existencia de un modelo de prevención de delitos eficaz, su consecuente eficacia e implementación o, en su defecto, la existencia de medidas preventivas, su eficacia y su efectiva implementación[670].

En suma, se puede concluir que el sistema chileno, al igual que el italiano[671], le ha otorgado un valor excluyente de responsabilidad penal a los programas de cumplimiento, siempre que con su adopción e implementación se entienda que cumplieron con sus obligaciones de dirección y de supervisión.

Las medidas que se adopten para dar cumplimiento a los deberes de dirección y supervisión, suscribiendo o no un programa de *compliance*, deben valorarse no solo en relación con los riesgos de la empresa y sus características, sino que respecto de cada delito que concretamente se quiera prevenir. Esto se justifica tanto en el texto de la Ley N° 20.393, concretamente en el artículo 3 inciso 3, cuando expresa que el modelo es "para prevenir delitos como el cometido", lo que es una alusión directa al tipo específico que se pretende evitar. También se fundamenta en que cada delito tiene particularidades que deben ser consideradas al momento de establecer un sistema de prevención, las que se configuran de acuerdo a las características de cada figura penal.

---

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."; en ORTÚZAR (2012) p. 233.

[670] En Chile, Artaza se refiere al desafío que significa llenar de contenido el deber de las empresas de prevenir los delitos. Al respecto explicita que ante la posible atribución de responsabilidad penal, las organizaciones pueden exonerarse del castigo, siempre que antes de la comisión del delito, hubiesen dado cumplimiento a sus deberes de dirección y prevención. Agrega que el reproche a la entidad se justifica en el defecto de organización, mediante el cual se vulnera el deber de prevenir delitos. La manera de delimitar las reglas de conductas que se dirigen a la corporación, dependen de varios elementos: capacidad del destinatario, alcance de las normas en particular y de las normas extrapenales. En ARTAZA (2013b) pp. 546-547.

[671] Aunque este sistema establece la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas.

Esto es especialmente relevante en un sistema como el nuestro que se basa en un listado de delitos que pueden cometer las personas jurídicas, el cual se modifica en la medida que se incorporen nuevos. De esta forma el carácter dinámico y cambiante de los programas de prevención, determina que para su idoneidad, sea fundamental que si fue creado para prevenir un ilícito determinado, pero posteriormente se amplía a otros que no fueron considerados al momento de su elaboración, deba adaptarse a los riesgos y características de esas nuevas figuras penales.

IV.- Instituciones contempladas en la Ley Nº 20.393 que favorecen desde la perspectiva procesal y penal una interpretación con criterio de persuasión

IV.1.- ¿Persuadir o castigar a las personas jurídicas?

Durante el curso de la presente investigación, se ha afirmado que la autorregulación es la finalidad que persigue el legislador al momento de establecer responsabilidad penal para las colectividades[672]. Con ello el sistema jurídico reconoce que mediante la amenaza de pena y su aplicación, las entidades justiciables evitan la comisión de delitos o previenen su ocurrencia, gracias a la adopción de programas de prevención de delitos o de medidas que tienden al cumplimiento normativo[673]. También se aseveró, que dicha finalidad, dependiendo del caso, puede cumplirse sin que sea necesario imponer la pena o morigerándola, mediante institutos que favorezcan la persuasión, por sobre el castigo[674].

A su turno, se indicó que la autorregulación se origina en el derecho administrativo, debido a la imposibilidad de la administración de supervisar todos los riesgos que emanan de los regulados, por ello se les delega y se les instituye como garantes de sus peligros[675]. Su subespecie es la autorregulación regulada, que se realiza dentro de un marco que concede el legislador[676]. Para ser eficaz al momento de promover el cumplimiento de la normativa, la regulación responsiva contempla incentivos y castigos, de este modo, en algunas ocasiones se optará por la persuasión y en otras, por la pena.

---

[672] Infra en capítulo II pp. 106 y ss.

[673] Infra pp. 137 y ss. ¿cómo promover su autorregulación?

[674] La finalidad de la autorregulación se alcanza mediante una regulación responsiva que alterna lo punitivo con lo persuasivo. Para arribar a esta conclusión se analizaron los sistemas punitivos y lo persuasivo, concluyéndose que la regulación responsiva, que alterna ambas estrategias de cumplimiento normativo, es la mejor opción. Infra pp. 137 y ss.

[675] Infra pp. 129 y ss.

[676] En su oportunidad fue definida como aquella que reconoce ciertos límites dentro de los que tiene lugar. En Infra pp. 116 y ss.

De acuerdo a lo expresado, y sintetizando lo analizado hasta este momento, resulta fundamental revisar, desde las características del caso concreto y de la propia organización, particularmente en relación con sus déficits de autorregulación, si éstos son superables o si en su particular situación resulta más efectivo aplicar la pena. La decisión de castigar penalmente a los regulados, de cara a su autoorganización, debería ser la opción final y obedece, entre otras razones, a la necesidad de asegurar que éstos cumplan con la normativa que los afecta[677].

Si bien la amenaza de aplicar una pena opera como incentivo para cumplir la ley, no es tan claro que el castigo, en todos los casos, sea eficaz para que la entidad se autorregule. Esto dependerá de la pena que concretamente se establezca, de las particularidades del caso, de las características de la propia persona jurídica y, derivado de esto último, de las consecuencias que la aplicación de la sanción pueda conllevar para una comunidad. Prueba de esto mismo se observa en el artículo 8° numeral 1) de la Ley N° 20.393, que dispone que la pena de disolución o cancelación de la organización, no será aplicable a las empresas del Estado ni a las personas jurídicas de derecho privado que presten un servicio de utilidad pública, cuya interrupción pudiera causar graves consecuencias sociales y económicas o daños a la comunidad, derivado de la imposición de la pena.

[677] Como señala Nieto, es más que conocido el desarrollo que ha tenido el derecho de sociedades durante las últimas décadas. Conceptos como el buen gobierno corporativo con la inclusión de códigos de éticas y otras normativas que configuran el *soft law* de las empresas está muy difundido en la actualidad. El surgimiento de los *compliance programs* también se incardina en el mismo fenómeno, que en definitiva viene impuesto desde EE.UU como requisito para que las empresas norteamericanas y extranjeras puedan participar en este mercado. Si bien estos mecanismos en una primera instancia parecen distantes del derecho penal, a la fecha esta afirmación perdió asidero. Resulta evidente que la autorregulación forma parte del sistema penal y que sus deficiencias pueden dar origen a una sanción. El corolario más claro de este fenómeno de americanización del derecho se refleja en la responsabilidad penal de las personas jurídicas, las que se sancionan debido a motivos de orden funcional, por resultar necesario para la distribución de responsabilidad en el orden jurídico. En NIETO (2007) pp. 122 y ss.

En el mismo orden de ideas, es posible que sanciones como la multa, dependiendo de su cuantía, puedan llegar a significar la desaparición de la corporación más que favorecer su autorregulación. Este sería el caso de una sanción pecuniaria cuyo valor pudiera traducirse en la insolvencia de la institución[678]. La situación contraria, pero igualmente ineficaz para superar su organización defectuosa, puede verificarse en los casos en que dicho castigo no resulte significativo para el patrimonio social, lo que podría implicar una pérdida económica que finalmente se asuma como un gasto y no se traduzca en cambios relevantes en la conducción de la entidad, de tal manera que simplemente se transforme en un "costo por delinquir". Tampoco debe olvidarse que el juez tendrá a la vista, según el tipo de empresa que se trate, los efectos que la pena tiene para accionistas, trabajadores e incluso para los consumidores. De hecho estos últimos pueden experimentar un alza en el valor de productos y servicios derivado del traspaso de los costos que las sanciones conllevan para el patrimonio social[679].

Por su parte, como se ha analizado en los capítulos precedentes[680], las herramientas persuasivas además de propender a mejorar la conducción de la institución, generando incentivos para que se autorregulen adecuadamente, favorecen que éstas denuncien los delitos cometidos; que se realicen investigaciones internas, que al ser ejecutadas por la propia entidad ficticia facilita la recopilación de los antecedentes y la conservación de la evidencia; permite que la colectividad se aboque a la revisión de sus procedimientos y conozca las debilidades internas que éstos puedan tener; facilita la capacitación de sus funcionarios y empleados al conocer de primera mano cómo se verificaron los ilícitos.

[678] Esto se relaciona con el debate que enfrenta a las escuelas del Análisis Económico del Derecho y el Modelo Estructural, que estando a favor de las medidas punitivas, sus propuestas son diferentes, principalmente debido a los problemas que conlleva la aplicación de las penas pecuniarias. Al respecto véase Infra pp. 146 y ss.

[679] El modelo estructural ofrece un conjunto de propuestas cuya finalidad es evitar las consecuencias negativas de las sanciones de multas. Al respecto, el trabajo de Coffee es un clásico en el tema. En COFFEE (1981) pp. 386 y ss.

[680] Principalmente en el segundo.

En suma, la información obtenida a través de la indagación es valiosa a la hora de reestructurar su administración y también para el Estado, toda vez que le entrega antecedentes de buena calidad para el ejercicio de la pesquisa estatal. Ello además de la consecuente disminución de los gastos en que incurre el Estado gracias a la participación de los privados[681].

Las aseveraciones efectuadas en los párrafos anteriores, en el sentido de privilegiar lo persuasivo por sobre lo punitivo, son consecuentes con el injusto colectivo que está dotado de una vigencia en el tiempo que trasciende el delito individual[682]. Por esta razón, para el perfeccionamiento de su conducción y su carácter, resulta eficaz poner los énfasis en persuadirla, con el objeto de que corrija sus defectos de organización. El castigo no siempre va a propender al futuro, vale decir, a lo que la entidad debería ser. Adicionalmente la estrategia persuasiva al permitir que la entidad participe en la elección de aquello que es más conducente a su autorregulación, genera una convergencia, puesto que el regulado es el responsable de la supervigilancia de sus riesgos, y a su vez, es quien está en mejor posición de conocerlos y de cautelarlos.

Las medidas persuasivas al involucrar la participación de la colectividad, conllevan que la agrupación de personas asuma la responsabilidad y costos de implementar las medidas reparativas, así como participar activamente durante el proceso de identificación de aquellas que son útiles para mejorar su sistema de cumplimiento. Esto no es posible respecto de las sanciones que están previamente consignadas en normas generales y abstractas. Ello porque están previstas para ser impuestas por el juez al condenado, sin

[681] En relación con las implicancias y riesgos que conlleva traspasar funciones de policía a los particulares, véase HERNÁNDEZ (2020) pp. 23 y ss.

[682] Esta es la posición asumida en la investigación. Al respecto véase Infra pp. 79 y ss.

que la colectividad pueda influir en su determinación, más allá de hacer sus planteamientos a través de su defensa durante el respectivo juicio criminal[683].

A la luz de estas razones, la pregunta sobre la primacía de castigar o persuadir, en el contexto de una autorregulación responsiva, debería ser valorada de acuerdo al caso concreto. Ello, además de todas las razones expuestas, se justifica en que mientras la persuasión se sirve de la aplicación de instituciones cuya finalidad es resolver los problemas de conducción de la empresa y que favorecen la organización de ésta, las herramientas punitivas asumen que el castigo es la medida que corresponde al delito cometido.

En todo caso, para valorar la primacía de las herramientas persuasivas o punitivas, en cada caso, se debe tener en consideración: 1) Características de la persona jurídica y de la concreta infracción; 2) La gravedad del delito cometido 3) La capacidad real de la colectividad de poder adoptar medidas que tiendan a su perfeccionamiento; 4) El estado de organización en que se encuentre; 5) La historia de la persona jurídica efectuando un juicio de pasado y de futuro (prognosis) respecto de su comportamiento. En relación con este último aspecto corresponde revisar la existencia de antecedentes anteriores.

En la determinación de la primacía de alguna de estas herramientas, también es significativo considerar la colaboración que despliega el regulado durante el proceso penal, toda vez que para la autoorganización es fundamental que la entidad reaccione de manera receptiva y participe en el proceso de cumplimiento[684]. Expresado en otras

[683] A lo expresado se adiciona la circunstancia de que la regulación estatal no se desarrolla a la misma velocidad que lo hace el particular, que está dotado de mayores herramientas técnicas y de una especialización que para la administración resulta muy difícil de seguir. Sobre este aspecto véase Infra pp. 126 y ss.

[684] La doctrina que existe tras de esto es "garrote o zanahoria", de tal modo que la entidad que coopere y se comprometa con el proceso de cumplimiento será beneficiada, a diferencia de la organización que no lo haga, puesto que este elemento también es considerado al tiempo de determinar cuál herramienta se va a emplear.

palabras, la respuesta de la entidad frente al acaecimiento de un delito también permite hacerse una idea de su organización. Ello puesto que un buen ciudadano corporativo, propenderá a la investigación de los delitos y la puesta en conocimiento de éstos a la autoridad[685]. Por este motivo se debe considerar el comportamiento de la persona moral antes, durante y después de la infracción, como cuestión previa a decantarse respecto de las medidas punitivas o persuasivas que pueden adoptarse para promover el perfeccionamiento de su autorregulación. Además, porque la temporalidad del injusto colectivo tiene que ver con un estado y no con un hecho concreto, lo que justifica que la pregunta se formule en los diversos estadios temporales mencionados.

En el caso de las personas jurídicas la tendencia extranjera también se orienta hacia la adopción de medidas persuasivas, lo que se observa tanto en sistemas anglosajones como en los de orden europeo continental[686], como se hizo referencia en el capítulo

[685] No existe una obligación de parte de la persona jurídica de denunciar el hecho, lo que se puede colegir de la circunstancia de que no se encuentra enumerada dentro del listado de personas obligadas a denunciar, del artículo 175 del Código procesal penal. A mayor abundamiento, la circunstancia de que ponga en conocimiento de las autoridades el hecho punible, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige en contra de ella, sea constitutiva de una atenuante de acuerdo a lo consignado en el artículo 6 numeral 2) de la Ley N° 20.393, es prueba de ello. No obstante lo afirmado, la denuncia y la entrega a la autoridad, de los antecedentes recopilados durante una investigación interna, es una manera de dar cuenta que esa colectividad tiene un modelo que es eficaz (porque se aplica) o si no lo tiene, ha adoptado medidas que son realmente eficaces y se encuentra comprometida con el sistema de cumplimiento. En este sentido un autor nacional refiere: "… resulta altamente recomendable para efectos de demostrar la existencia y efectividad del MPD, así como una cultura corporativa transparente y comprometida con la evitación de delitos, que sea la propia empresa la que ponga a disposición del órgano persecutor la información recabada. Ello permite precisamente dar cuenta de la excepcionalidad del hecho y su contradicción con los estándares de conducta imperantes…". En PIÑA (2012) p.70.

[686] Algunos sistemas europeos, como el italiano o el español, permiten rebajar las sanciones en caso que las personas jurídicas colaboren con la investigación o adopten medidas para prevenir futuros delitos. En estos casos los énfasis están puestos especialmente en la adopción de modelos de *compliance*, lo que si bien no significa descartar la aplicación de sanciones, sí de morigerarlas cuando la entidad enjuiciada colabora con su autorregulación.

anterior. El ejemplo norteamericano es especialmente significativo si consideramos todo el tiempo que lleva aplicándose (más de un siglo). En este último sistema, la proliferación de acuerdos de no persecución o de persecución diferida, muestran la tendencia que se ha ido imponiendo respecto a preferir soluciones persuasivas antes que la imposición de sanciones[687]. Lo mismo en relación con el reconocimiento de circunstancias atenuantes que permiten flexibilizar la intensidad de una sanción determinada, sobre la base de considerar su comportamiento anterior y posterior a la comisión del delito.

Esta decisión casuística supone que el sistema jurídico conceda márgenes de flexibilidad, frente a la elección de las medidas que pueden conducir de mejor manera a la autorregulación de cada ser ficticio. Esta decisión debe realizarse dentro de un marco legal que garantice una aplicación racional, exenta de arbitrariedades e igualitaria de la ley. Para sistemas como el nuestro, la primacía de lo persuasivo depende de que el

[687] En relación con los sistemas extranjeros, véase infra pp. 180 y ss. En particular, el sistema norteamericano, (véase S*entencing Guidelines for Organizations*), contempla la *probation* y uno de los efectos es justamente que en el futuro se evita la comisión de delitos. Por su parte, en el artículo §8B2.1. *Effective Compliance and Ethics Program*. Se explicita que el objetivo del programa de cumplimiento es promover una cultura organizacional que sea cumplidora con la ley. Por ello es habitual que una de las condiciones de la *probation* sea adoptar un programa de cumplimiento. También en la Guía, dentro del artículo *§8C2.5. Culpability Score*, letra g), para calcular el monto de la multa se considera la colaboración que la entidad ha realizado con la autoridad, se ha denunciado, ha aceptado la responsabilidad y si ha realizado una investigación. Pero por sobre todo el sistema norteamericano recurrentemente se sirve de los acuerdos de persecución diferida o de no persecución para evitar aplicar una sanción, mediante la sujeción a medidas que tiendan a mejorar los niveles de cumplimiento de la entidad. EN VILLEGAS (2016) pp. 365-366. De hecho la aplicación de los *Deferred/non prosecution* agreements es algo extendido desde finales del siglo XX y consolidado durante el presente XXI. Como indica Gómez, estos acuerdos en principio son unilaterales, toda vez que la fiscalía los elabora o determina su falta de cumplimiento. Mediante ello existe un reconocimiento de parte de la organización que ha ocurrido un delito y por otra parte que se compromete a colaborar con la investigación estatal. Mediante éstos se imponen condiciones, al cabo de un tiempo la fiscalía retira los cargos. En GÓMEZ-JARA (2017) pp. 73-74.

legislador establezca instituciones que admitan una lectura flexible. La otra opción, propia de los sistemas anglosajones, es proporcionar amplias facultades discrecionales al órgano persecutor[688].

La responsabilidad penal de las personas jurídicas, y por ello las múltiples críticas, es un ámbito en el que el derecho penal ha debido flexibilizar las estructuras tradicionales del delito para darle cabida a las personas jurídicas como sujetos activos de los éstos. Basándose en la misma razón, debería admitirse una lectura flexible de sus instituciones, para satisfacer el fin que se tuvo en vista al momento de tipificar los ilícitos colectivos. La autorregulación debe hacer primar la restructuración de la empresa por sobre la inocuización de las personas jurídicas, no debiendo olvidarse, además, que su castigo necesariamente trae consecuencias para las personas físicas que la integran.

Por tanto, y sin perjuicio de que estemos en el ámbito penal, regido por el principio de legalidad, hacer primar lo persuasivo frente a lo punitivo, no solo favorece el proceso de autorregulación de las entidades, sino que además, es posible en la medida que sea el propio legislador quien otorgue espacios de responsividad o flexibilidad. Por ello, resulta necesario, de acuerdo a las nociones de persuasión y castigo expresadas durante este trabajo, determinar si la Ley N° 20.393 admite o no una lectura en clave de persuasión.

La revisión del estatuto nacional que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas, realizada con la finalidad de mostrar la primacía de la interpretación persuasiva de sus instituciones, de cara a la autorregulación, también persigue como derrotero, proporcionar argumentos a los operadores del sistema penal, esto es,

[688] Las amplias facultades discrecionales en relación con el ejercicio de la acción penal por parte de los fiscales norteamericanos, ha sido muy discutido en relación con los acuerdos de no persecución o de persecución diferidos, particularmente por su unilateralidad al momento de establecerlos, lo que se ha transformado en la imposición de algunas condiciones que han afectado los derechos de defensa de las personas físicas relacionadas, que incurren en los delitos de conexión. Ver infra pp. 210 y ss.

principalmente a jueces, fiscales, defensores y litigantes, sobre los beneficios de la persuasión por sobre el castigo.

Durante el próximo apartado revisaremos las instituciones dispuestas en la Ley N° 20.393 que contemplan ámbitos de responsividad, por lo que es posible esgrimir su lectura en clave de persuasión. De manera preliminar, es posible mencionar como institutos susceptibles de ser comprendidos como mecanismos persuasivos, los siguientes: programas de prevención de delitos dispuestos en el artículo 4 de la Ley N° 20.393; las circunstancias atenuantes dispuestas en el artículo 6, en la medida que se relacionan con la finalidad de autorregulación; la suspensión condicional del procedimiento; el procedimiento abreviado y la suspensión de la condena.

IV.2.- Instituciones contempladas en la Ley N° 20.393 que favorecen la persuasión de las personas jurídicas:

a.- Modelo de prevención del delito

El legislador dispuso en el artículo 3 de la ley, que los deberes de dirección y de supervisión de las personas jurídicas se consideran cumplidos en la medida que antes de la comisión del delito ésta hubiese adoptado e implementado programas de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido. Estos programas, como mínimo, deben contener los requisitos contemplados en el artículo 4 de la normativa en comento.

Por su parte, el artículo 6 N° 3, dispone que es circunstancia atenuante de responsabilidad penal “La adopción por parte de la persona jurídica, antes del comienzo del juicio, de medidas eficaces para prevenir la reiteración de la misma clase de delitos objeto de la investigación.”.

La adopción de los modelos puede tener distintos efectos para la persona jurídica según el momento en el que se implementen éstos o las medidas eficaces que también cumplen una finalidad de prevención de delitos. Por este motivo es posible clasificarlos en tres grupos: 1) Adopción preventiva de un modelo o medidas eficaces; 2) Adopción posterior o correctiva de un modelo de prevención de delitos o medidas eficaces y 3) Adopción de un modelo como condición de una suspensión condicional[689].

El primer caso, se ha denominada adopción preventiva de un modelo o de medidas, puesto que se verifican antes de la comisión del hecho de conexión. Su efecto, siempre que sea considerado eficaz y se hubiese realmente implementado, consiste en que excluye la responsabilidad penal de esa persona jurídica.

El segundo caso, se trata de la adopción de un modelo o medidas eficaces, una vez verificado el hecho de conexión pero antes del comienzo del juicio. Su efecto es la rebaja o atenuación de la pena que será aplicada a la colectividad.

El tercer caso, corresponde a la adopción de un programa de *compliance* como condición de una suspensión condicional del procedimiento, también se verifica con posterioridad a la comisión del hecho de conexión. El cumplimiento de esta condición y las demás que se establezcan, durante el período de observación y, además, satisfaciendo los demás requisitos legales, conlleva la extinción de la responsabilidad penal de las entidades colectivas.

Los dos primeros casos serán revisados en este apartado. El tercero más adelante a propósito de la suspensión condicional del procedimiento[690].

a.1 Adopción preventiva de un modelo

[689] Artículo 25 N° 4 de la Ley N° 20.393.

[690] Supra pp.359 y ss.

La adopción preventiva de un programa de cumplimiento se vincula con lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley N° 20.393[691], que establece que es facultativo para las personas

[691] "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

jurídicas adoptar dichos programas. Justamente el que no se imponga de manera obligatoria es expresión de su naturaleza persuasiva, porque si bien el legislador ofrece un importante incentivo para que las personas jurídicas adopten estos programas, hacerlo en definitiva queda entregado a su decisión. Esto es característico de esta herramienta de cumplimiento normativo que supone un proceso de adhesión de naturaleza potestativa. También, debido a su carácter flexible, es perfectamente posible que en caso de ausencia de éstos, no se genere responsabilidad para la organización, puesto que puede darse el caso que ésta demuestre que ha dado cumplimiento a sus deberes de vigilancia y supervisión a través de otras medidas.

---

procedimientos de administración y auditoría de los recursos financieros que permitan a la entidad prevenir su utilización en los delitos señalados. d) La existencia de sanciones administrativas internas, así como de procedimientos de denuncia o persecución de responsabilidades pecuniarias en contra de las personas que incumplan el sistema de prevención de delitos. Estas obligaciones, prohibiciones y sanciones internas deberán señalarse en los reglamentos que la persona jurídica dicte al efecto y deberán comunicarse a todos los trabajadores. Esta normativa interna deberá ser incorporada expresamente en los respectivos contratos de trabajo y de prestación de servicios de todos los trabajadores, empleados y prestadores de servicios de la persona jurídica, incluidos los máximos ejecutivos de la misma.

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

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

b) Las personas jurídicas podrán obtener la certificación de la adopción e implementación de su modelo de prevención de delitos. En el certificado constará que dicho modelo contempla todos los requisitos establecidos en los numerales 1), 2) y 3) anteriores, en relación a la situación, tamaño, giro, nivel de ingresos y complejidad de la persona jurídica. Los certificados podrán ser expedidos por empresas de auditoría externa, sociedades clasificadoras de riesgo u otras entidades registradas ante la Superintendencia de Valores y Seguros que puedan cumplir esta labor, de conformidad a la normativa que, para estos efectos, establezca el mencionado organismo fiscalizador. c) Se entenderá que las personas naturales que participan en las actividades de certificación realizadas por las entidades señaladas en la letra anterior cumplen una función pública en los términos del artículo 260 del Código penal."

Lo anterior, expresado en otras palabras, equivale a afirmar que el legislador pudo haber dispuesto la obligatoriedad de adoptar programas de cumplimiento pudiendo configurarse la infracción por el solo hecho de no hacerlo, lo cual hubiese sido mucho más sencillo en términos de prueba del injusto colectivo, en cambio, hizo primar un cumplimiento voluntario −aunque vinculado a un importante incentivo−, porque la autorregulación se promueve mejor cuando la entidad se involucra voluntariamente en el proceso de cumplimiento o coopera con éste[692].

De esta manera, los programas de prevención de delitos encajan perfectamente con una regulación responsiva, toda vez que el Estado establece incentivos para que ésta se realice, pero administrará el castigo o mayor persuasión, de acuerdo al nivel de cooperación que vaya desplegando el administrado.

Lo mencionado se debe a que el proceso de cumplimiento normativo supone una revisión interna que es compleja, técnica, costosa y requiere de la realización de diversos cambios en la organización, que además deben implementarse y mantenerse en el tiempo. Por ello cuando se realiza de manera voluntaria (cooperando) el proceso puede ser más exitoso, puesto que da cuenta que la organización tiene un compromiso real con la autorregulación y el erigirse en un buen ciudadano corporativo. En resumen, es relevante contar con el compromiso del regulado.

Que el legislador promueva bajo amenaza de sanción penal que las entidades gestionen programas de prevención de delitos, es una forma de favorecer que éstas se persuadan de que el cumplimiento normativo y ético es la mejor manera de relacionarse con su entorno. El gran beneficio que se les concede por adoptar e implementar dichos modelos

[692] De acuerdo a la regulación responsiva las sanciones que se aplican a los regulados van a depender del grado de cooperación que presten con la autoridad. En este sentido se ha señalado: "… La máxima capacidad de obtener cooperación de parte de los regulados depende de si el órgano puede escalar en las sanciones de modo que sea responsivo- es decir, respondiendo adecuadamente- al grado de cooperación del administrado, todo en la medida que sea aceptable para la comunidad…", en GUILOFF y SOTO (2015) p.106.

viene dado porque les servirá para defenderse en un eventual juicio penal, frente a la alegación de que el delito fue cometido a consecuencia del incumplimiento de sus deberes. Con ello se consagra una política criminal que apunta a la prevención, sobre la base de la correcta gestión de los riesgos. La responsabilidad penal es consecuencia de lo contrario.

De esta manera, la idea de eficacia en este caso, respecto de la autorregulación, se logra mediante el incentivo que significa para las entidades evitar la sanción, por la circunstancia de gestionar adecuadamente sus riesgos. A contrario *sensu*, la conducción defectuosa da lugar a la pena, la que a su vez, no siempre será la mejor opción para conseguir la autoorganización[693].

La naturaleza persuasiva de los programas de prevención de delitos se puede constatar por el hecho de que rigen para las personas jurídicas incluso antes de cometer los delitos, vale decir, que no es necesario que se hubiese verificado para que la institución pueda adoptarlo. Por eso no extraña que una autora lo haya denominado un instrumento de autorregulación regulada preventiva[694].

Los modelos de cumplimiento tienen por objeto que la persona jurídica reconozca sus riesgos y pueda organizarse previniendo que una mala conducción de éstos pueda traducirse en la comisión de delitos. Por ello los programas suponen que las entidades se gestionen adecuadamente, identificando, administrando, controlando y reaccionando frente a sus peligros. Para estos efectos se establecen ciertos estándares de actuación que pueden influir en la futura responsabilidad de éstas. Para que las personas jurídicas no respondan penalmente los modelos o las medidas deben implementarse antes de la

[693] En el mismo sentido, pero respecto de las sanciones administrativas, Guiloff y Soto explican que es posible justificar ir más allá de la mera retribución al tiempo de identificar la sanción que debe aplicarse al momento de cometerse las infracciones. Agregan que la lógica de castigar todas las infracciones obedece al modelo disuasivo o punitivo, que en oposición a lo persuasivo en que regulador y regulado instan por la colaboración mutua. GUILOFF y SOTO (2015) pp.111-112.

[694] GOENA (2017) pp. 212-213.

comisión de los ilícitos penales, lo que refuerza su carácter preventivo.

El carácter preventivo de los modelos o medidas, el que se traduzcan en la adopción de procedimientos estandarizados respecto de algunas acciones corporativas, su vinculación con la ética y el concepto de buen ciudadano corporativo, la definición de normativas y procedimientos internos, son elementos de orden persuasivo, porque pone a la persona jurídica en posición de garante respecto de los riesgos que administran y que pueden dar lugar a la comisión de delitos por parte de seres físicos relacionados.

Los modelos o medidas que se adoptan se dirigen a la corporación en concreto, con sus características específicas y normativa aplicable, por lo que a diferencia de la pena contemplada en la ley que se establece en abstracto, el programa es propio de cada institución, recoge sus particularidades y, es autoimpuesto. Asimismo, favorece el diálogo con la autoridad toda vez que la organización hace un esfuerzo de dar cumplimiento a la legislación estatal. También al permitir que la empresa pueda definir las regulaciones (dentro de ciertos parámetros), lo que debería facilitar la adhesión al modelo. Para lograr el cumplimiento, la ley establece los estándares mínimos para los programas de esta naturaleza. Inclusive, se les permite certificar su modelo corrigiendo sus defectos a través de empresas certificadoras[695]. En esta etapa obviamente existe diálogo y participación entre la corporación que se somete al modelo y la empresa acreditadora.

Queda sujeto a la voluntad del administrado el adoptar o no el programa con las conocidas consecuencias referidas en relación con una eventual imputación de responsabilidad penal. Como se observa, no es la forma tradicional de ser sujeto de imputación de responsabilidad penal, que requiere la infracción de una norma de conducta de manera antijurídica y culpable. En este caso el legislador penal le anticipa

[695] Ley N° 20.393, artículo 4, N° 4 letra 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."

que su responsabilidad se fundará, entre otros elementos, en la concurrencia de una infracción de sus deberes de supervisión y dirección.

Por otra parte, la posibilidad de que la empresa no sea sancionada siempre que adopte un modelo de prevención de delitos es acorde con la finalidad de la autorregulación, toda vez que si ésta se ha organizado de manera adecuada, la pena carece de sentido. Esto es especialmente relevante para los sistemas de culpabilidad propia que exigen un aporte de la empresa para ser castigadas, no bastando la mera transferencia de responsabilidad.

En relación con la consecuencia que conlleva la adopción e implementación, con anterioridad a la comisión del hecho de conexión, de un modelo de prevención de delito eficaz, debe tenerse presente lo señalado en el capítulo primero[696]. Como se indicó, parte de la doctrina considera que el defecto de organización es un elemento que configura la culpabilidad de las colectividades. Para esta concepción, su injusto se vincula con el hecho de conexión que realiza la persona física. Otros autores han realizado un esfuerzo por identificar un injusto propio de las entidades[697]. En este caso el defecto de organización forma parte del injusto puesto que se refiere a cómo gestionó sus propios riesgos.

Lo señalado conlleva consecuencias respecto de la función que cumplen los modelos de prevención de delitos en la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sea como eximentes de responsabilidad penal o como causales de atipicidad. Por ello, cuando se estima que la organización defectuosa equivale a la culpabilidad, la implementación anterior y eficaz de sistemas de prevención de delitos se considera una eximente de responsabilidad penal[698]. Por su parte, también hay autores que estiman que la existencia

[696] Ver Infra pp.79 y ss.

[697] Ver Infra pp. 65 y ss.

[698] Para Gómez-Jara, el efecto del programa de prevención de delitos también es una eximente, porque para él el concepto de culpabilidad de la colectividad se relaciona con la organización de ésta o de su cultura institucional, toda vez que esto muestra cuál es su posición frente al derecho, por tanto la

de un modelo eficaz implica la atipicidad de la conducta, toda vez que la organización de la persona jurídica se "encuentra inmunizada" y su conducta será atípica, toda vez que ha actuado dentro del ámbito del riesgo permitido[699].

Se reitera lo afirmado en el capítulo primero[700], en orden a que se estima que la Ley N°20.393 considera que el hecho de conexión es presupuesto para la incriminación de las personas morales. Por lo que es imprescindible que una persona física mencionada en el artículo 3 cometa uno o más de los delitos del catálogo dispuesto por el artículo 2. Agregando que el delito ejecutado por la persona natural manifiesta el defecto de organización que está presente en la persona jurídica[701]. Por lo tanto, no estamos ante un doble castigo, sino ante la sanción de un injusto individual y de uno colectivo. Por su parte, el fundamento del reproche está dado por el carácter[702], lo que permite afirmar que existe un aporte propio y no una responsabilidad de carácter objetiva. Lo reprochado es su estado o forma de ser disfuncional.

Un tema relevante, del que también dependerá la decisión respecto del castigo o no de la colectividad, se relaciona con la eficacia de los programas de prevención de delitos. Expresado en otros términos, ¿cuándo se debe entender que la entidad ha dado cumplimiento a sus deberes de vigilancia o supervisión? y/o ¿qué debe contener el modelo para ser considerado eficaz?[703].

---

culpabilidad de la entidad no se vincula con el defecto de organización, ni tampoco con la culpabilidad del ser físico. De ello deriva que para este autor no deben castigarse las personas jurídicas que sean cumplidoras del derecho, incluso pudiendo existir un defecto de organización la empresa no será sancionada. En GÓMEZ-JARA (2016e) pp.177 y ss.

[699] En el mismo sentido de la atipicidad véase PIÑA (2012) p.7

[700] Infra pp. 84 y ss.

[701] MAÑALICH (2011) pp. 302- 305. Él señala que es "síntoma".

[702] Infra pp. 79 y ss.

[703] Véase ARTAZA (2013b) pp. 544 y ss.; y ARTAZA y GALLEGUILLOS (2018) pp. 227 y ss.

El legislador nacional en el artículo 4 de la Ley proporciona el contenido mínimo que debe tener un modelo[704], esto es: 1) Encargado de prevención de delitos[705]; 2) Definición de medios y facultades que debe tener el encargado; 3) Establecimiento de un modelo para prevenir los delitos; y 4) Supervisión y certificación de los modelos de prevención de delitos[706].

Por su parte, la escasa jurisprudencia nacional dictada hasta la fecha no ilustra mayormente respecto de la valoración que los jueces locales poseen en relación con el contenido de los programas de cumplimiento. En este sentido, si se revisan las sentencias dictadas en procedimientos abreviados correspondientes a los RUC 1000854916-3[707], RUC 1400129785-7[708], RUC 1201092968-5[709] y RUC 1200084351-0[710], en ellas no figura mayor referencia respecto de los modelos de prevención de delitos, más allá de indicar que estos imputados carecían de programas o no adoptaron medidas que pudieran reemplazarlos[711]. Respecto de los juicios orales existen dos casos

[704] En el mismo sentido PIÑA (2012) p. 9.

[705] Respecto del encargado de prevención de delitos, que es el responsable junto con la administración de la persona jurídica de establecer e implementar el sistema interno de cumplimiento, pueden ser útiles los criterios que proporciona la autoridad administrativa. Un ejemplo en este sentido es la Norma de Carácter General N° 309, de 20 de junio de 2011, dictada por la Superintendencia de Valores y Seguros.

[706] Sobre los elementos que debe contener un programa de prevención de delitos, véase PIÑA (2012) pp. 29 y siguientes. En España, PALMA y AGUILERA (2017) pp. 51 y ss.

[707] *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA SOCIEDAD ÁRIDOS MAGGI LIMITADA (2014).*

[708] *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA EMPRESA CONSTRUCTORA PEHUENCHE (2014).*

[709] *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA SALMONES COLBÚN LIMITADA (2013).*

[710] *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA UNIVERSIDAD DEL MAR (2016).*

[711] A vía ejemplar: "…La comisión del delito en comento, fue consecuencia del incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión de la persona jurídica imputada, esto es, empresa constructora PEHUENCHE LTDA, toda vez que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 20.393, esta sociedad no adoptó ni implementó, con anterioridad a los hechos, un modelo de prevención de delitos en los términos del artículo 4º de la misma ley, ni contó con mecanismos para prevenir la conducta de soborno antes descrita…" en *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA EMPRESA CONSTRUCTORA PEHUENCHE (2014)*; Considerando sexto: "Se razona de este modo toda vez que dicho ilícito fue cometido directa e

con sentencia absolutoria respecto de las personas jurídicas enjuiciadas y un tercero en el que hasta la fecha solo se cuenta con el veredicto condenatorio y la sentencia será conocida durante el próximo año[712]. Los juicios orales terminados corresponden a los

---

inmediatamente en su interés o provecho por sus dueños y representantes y como consecuencia del incumplimiento de sus deberes de dirección y supervisión los cuales no se consideran cumplidos toda vez que no se ha adoptado ni implementado un modelo de organización, administración y supervisión para prevenir delitos conforme al artículo 4 de la Ley 20.393, esto último acreditado mediante el Oficio No.1831 de 28 de enero de 2013 de la Superintendencia de valores y Seguros, a quien corresponde llevar el registro de la Entidades Certificadoras de Modelos de Prevención de Delitos que alude el artículo 4 de la Ley 20.393 las cuales deben remitir información anual sobre las personas jurídicas que certifiquen, que da cuenta que SALMONES COLBUN LTDA y SERVICIOS AGRICOLAS MECANIZADOS LTDA no figuran en la información remitida como personas jurídicas certificadas.". En RUC: 1201092968-5 y en el considerando primero: "En efecto, Las personas jurídicas Universidad del Mar, Universidad Pedro de Valdivia y Universidad Internacional SEK, no adoptaron ningún modelo de prevención del delito previsto en el artículo 250 del Código penal ni tampoco un modelo en los términos de la ley 19.913, no designaron en ninguna de ellas a un encargado de prevención u oficial de cumplimiento que estableciera métodos para la aplicación efectiva de un modelo y que realizara asimismo labores de supervisión y mejora. No se destinaron por parte de la Corporación recursos ni medios materiales para realizar labores de prevención ni capacitaciones para prevenir dicho ilícito, no se realizaron labores para identificar dentro de la corporación las actividades o procesos de la entidad en que se generaba o incrementara el riesgo de la comisión del delito de soborno, especialmente en su relación con la CNA y sus integrantes. No se establecieron por las Personas Jurídicas señaladas protocolos, reglas o procedimientos específicos que permitieran a las personas que intervinieran en las actividades o procesos en que se generaba o incrementara el riesgo de la comisión del delito de soborno, organizar y realizar sus labores de una forma en que previnieran la comisión del mencionado delito.", en *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA UNIVERSIDAD DEL MAR (2016).*

[712] Corresponde al caso conocido como Corpesca, RUC 1410025253-9, en el que se formuló acusación contra la empresa que lleva dicho nombre. El veredicto fue dictado el 2 de diciembre de 2020. En las páginas 32 y siguientes el Tribunal Oral en lo Penal expresa que la empresa fue condenada porque su gerente general, a su vez, fue sancionado por dos delitos de soborno cometidos respecto de dos parlamentarios. Los ilícitos habrían tenido lugar gracias a la falta de control ejercido por la organización aludida y además, en relación con la vinculación causal de los hechos de conexión con la infracción de la corporación, el veredicto expresa que los delitos de soborno fueron consecuencia de la falta de control de la entidad. A mayor abundamiento, el Tribunal Oral considera que se están ante un defecto de

RUC 1100770074-3[713] y RUC 1400844135-K[714], en los que tampoco se hace mayor alusión al contenido de los programas de prevención delitos, con excepción del caso Painecura en el que respecto de la persona jurídica, Sociedad Gestión e Inversiones, se efectúa una breve alusión en relación con el hecho que contaba con un manual de prevención de delitos[715]. La absolución en ambos casos, entre otras razones, obedece al

---

organización grave: "Esto, porque si bien se acreditó que se diseñó e implementó un Modelo de Prevención de Delitos por la empresa Deloitte, el cual fue aprobado por el Directorio de la empresa, designándose un Encargado de Prevención de Delitos con fecha 3 de noviembre de 2011, lo cierto es que también se estableció que fue insuficiente o inidóneo para ejercer algún tipo de supervisión sobre el Gerente General, toda vez que el Encargado de Prevención - quien a su vez ostentaba el cargo de Subgerente de Administración - no tenía la autonomía necesaria para fiscalizarlo, por cuanto nunca tuvo alcance real al Directorio, como tampoco el resto de los altos ejecutivos que dependían de Mujica Ortúzar en la cadena de mando de la empresa.".

[713] *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA ASEVETRANS LIMITADA (2015).*

[714] *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA SOCIEDAD GESTIÓN E INVERSIONES JUAN ANTONIO PAINECURA ANTINAO E.I.R.L.* (2016).

[715] En la sentencia definitiva del caso Asevetrans el Tribunal no se pronuncia sobre el incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión, pero el Ministerio Público sí, aduciendo que: *"La comisión de los referidos hechos ilícitos por parte del dueño y representante legal de la empresa Asevertrans Ltda. fue* consecuencia del incumplimiento, por parte de la empresa imputada, de sus deberes de dirección y supervisión, con arreglo a lo dispuesto en la Ley Nº 20.393, por cuanto no adoptó ningún tipo de medida idónea de prevención de delitos a su interior ni tampoco implementó un modelo de prevención de delitos en los términos del artículo 4º del referido cuerpo legal, sin dar cumplimiento de forma alguna a los referidos deberes." *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA ASEVETRANS LIMITADA (2015),* p.172. En el caso Painecura, si bien las personas jurídicas poseían programas de prevención de delitos, la absolución obedeció a otras razones expresadas en el considerando Décimo Séptimo y Octavo. "DÉCIMO SÉPTIMO: Que, la relación a la acusación que se realiza a la empresa Gestión e Inversiones de Juan Painecura EIRL debe ser rechazada, en atención que su presentante legal fue absuelto de los cargos que se formularon por el delito de cohecho. Que, debe tenerse también que dicha empresa es una EIRL es una persona jurídica integrada por una sola persona por lo que no puede ser sancionadas de acuerdo a lo establecido en la Ley N°20393, según expuesto por el profesor Carlos Gómez-Jara "quien indica que la hora de establecer unos de los criterios que establecimiento tiene de la imputabilidad jurídico penal empresarial deberían tenerse en cuenta las siguientes indicaciones. Así, en primer lugar, y como se deriva claramente de lo expuesto, no

principio de *ne bis in idem,* toda vez que el tribunal estima que existe una identificación entre la persona jurídica y la física[716]. Un tercer caso corresponde a la imputación contra la empresa Corpesca, en el que se pronunció veredicto condenatorio. Aquí estará por verse qué es lo que expresa el tribunal en relación con el modelo de prevención del delito, toda vez que la mencionada empresa sí había adoptado uno[717].

---

se puede considerar determinante ostentar la personalidad jurídica en sentido tradicional. Desde este punto de vista, el hecho de que una organización empresarial se constituya como persona jurídica en Derecho civil no implica, per se, que ostente personalidad jurídico-penal. Es decir, tanto en el Derecho penal individual como en el Derecho penal empresarial la personalidad jurídico-civil no implica la personalidad jurídico-penal.87 De ahí que, como se ha señalado, ciertas personas jurídico-civiles – v.gr. las sociedades pantalla – no sean personas jurídico penales. En segundo lugar, lo determinante a estos efectos es la existencia de una organización empresarial con una determinada autorreferencialidad interna, lo cual puede venir indicado en gran medida por la existencia de procedimientos operativos estándar) en el seno de la empresa. Así, dichos procedimientos fungen como premisas de decisión que dan cuenta de la sinergia y dinámica propias de la organización empresarial como tal. En tercer lugar, concurrirán importantes indicios de la constitución de un verdadero actor corporativo cuando la condición de miembro de la organización empresarial venga determinado por las normas de la propia organización y la identidad corporativa se institucionalice a través de ciertas decisiones corporativas." Y **DÉCIMO OCTAVO:** Que, no es objeto de controversia la existencia de la sociedad Gestiones Consultora Ltda., no obstante ello se incorporó la escritura de constitución y un certificado de vigencia. Que, a la referida persona jurídica de derecho privado se imputó la infracción a la ley N°20393, cargos por los cuales será absuelta, teniendo presente que a su representante Eduardo Lavado Valdés, no se le logró acreditar por el acusador fiscal y particulares los cargos que se formularon en la acusación como autor del delito de Cohecho. Que, además se acreditó con la prueba incorporada por los acusadores, que la referida empresa cuenta con manual de prevención de delitos lo exige el artículo del referido cuerpo normativo."

[716] Infra pp. 33 y ss.

[717] En el caso RUC 1410025253-9, cuyo veredicto fue pronunciado el 2 de diciembre de 2020, el Tribunal Oral en lo Penal expresa con toda claridad es que uno de los incumplimientos del modelo de prevención de delitos fue "que Corpesca S.A no cumplió con el deber impuesto por su propio Modelo de Prevención de Delitos de incorporarlo en los anexos de contratos de trabajo en forma oportuna y eficiente para el conocimiento de sus trabajadores, incluyendo el de los altos ejecutivos, que como se dijo en las clausuras, eran los cargos más sensibles para incurrir en este tipo de responsabilidad."

En este escenario, una opción es considerar lo que ha ocurrido en sistemas comparados. De esta forma, el objetivo es garantizar ciertos elementos estandarizados que deben ser recogidos por los programas de prevención de delitos, de modo tal, que cuando sean revisados por las autoridades encargadas de la persecución penal o del enjuiciamiento, sea posible presentar una defensa adecuada frente a la imputación. En este sentido, como indica Artaza, una característica de los programas de prevención de delitos es que deben ser abiertos y dinámicos. Ello porque no tienen un contenido inmutable, sino justamente deben estar disponibles para su modificación[718]. El mismo autor hace hincapié respecto de los riesgos y su gestión en los programas de prevención de delitos, quien luego de hacer presente que los aspectos mínimos mencionados en la Ley son amplios, una forma de delimitar los riesgos de una empresa determinada, es considerando la práctica del sector o ámbito en el que opera la corporación. Otro elemento que debe valorarse en los programas es cómo se fomenta que la cultura de la organización se oriente al cumplimiento[719].

También Artaza señala que una vez que los riesgos se han identificado concretamente para esa agrupación de personas, se deben adoptar medidas que permitan minimizarlos o inocuizarlos, con el objetivo de prevenir la comisión de delitos. Pero además se deben incorporar mecanismos que controlen el cumplimiento de éstas y favorezcan su vigencia. Por este motivo los modelos establecen incentivos y castigos que tienden a favorecer el proceso de cumplimiento[720].

Lo que un programa de prevención de delitos debe contener en todo caso es un código de conducta. Este configura la esencia misma de un programa como el mencionado, porque define los lineamientos del proceso de cumplimiento. Justamente estos códigos garantizan que la empresa se conduzca sin déficits de gestión, que de existir, podrían dar

[718] ARTAZA (2013b) p.549.

[719] ARTAZA (2013b) p.569.

[720] ARTAZA y GALLEGUILLOS (2018) pp.238.

lugar a un delito colectivo; por ello su importancia. Adicionalmente, gracias a ellos se puede concretar el ideal de buen gobierno corporativo[721].

a.2.- Adopción posterior o correctiva de un Modelo de prevención de delitos o medidas eficaces

El artículo 6[722] de la Ley N° 20.393 contempla tres circunstancias atenuantes de responsabilidad penal[723], todas se refieren a comportamientos post delictivos[724] que

[721] NAVAS (2013) pp.122-123.

[722] "Artículo 6°.- Circunstancias atenuantes. Serán circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de la persona jurídica, las siguientes: 1) La prevista en el número 7° del artículo 11 del Código penal. 2) La prevista en el número 9° del artículo 11 del Código penal. Se entenderá especialmente que la persona jurídica colabora sustancialmente cuando, en cualquier estado de la investigación o del procedimiento judicial, sus representantes legales hayan puesto, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, el hecho punible en conocimiento de las autoridades o aportado antecedentes para establecer los hechos investigados. 3) La adopción por parte de la persona jurídica, antes del comienzo del juicio, de medidas eficaces para prevenir la reiteración de la misma clase de delitos objeto de la investigación".

[723] Las tres atenuantes de la Ley N° 20.393 se refieren a comportamientos de la persona jurídica realizados con posterioridad a la comisión del delito. Consisten en actuaciones que tienden a mejorar su autorregulación. Muestran una actitud de colaboración con la administración, que al implementarse se traducen en un cumplimiento de la normativa y asunción de la necesidad de corregir su gestión de riesgos. La procedencia de la atenuante es valorada por el juez. En caso de ser acogida, la pena es rebajada, lo que da cuenta del carácter responsivo de la institución dado que pese a haberse cometido el delito, el legislador le franquea al juez un ámbito de decisión cuya finalidad obedece al deseo de motivar a la colectividad con cara al futuro en relación con favorecer su proceso de autorregulación. Las circunstancias atenuantes de reparación, colaboración e implementación de medidas para la prevención de delitos, con excepción de la última, existían con anterioridad en el sistema jurídico penal chileno respecto de las personas naturales. Su lectura para las colectividades no debería obviar que forman parte de un sistema penal que tiene diferencias en relación con el sistema antropocéntrico, lo que debe verse reflejado en la interpretación que se haga de éstas. Especialmente relevante, dado que forman parte del proceso de determinación de la pena,

puede asumir la entidad y con ello obtener una rebaja de su pena. También las tres obedecen a la finalidad de promover la autorregulación de las colectividades, o como ha indicado una autora, "…evitar riesgos jurídicamente relevantes en el seno de las organizaciones empresariales mediante la autorregulación regulada"[725].

De acuerdo al numeral tercero del artículo sexto citado, la adopción por parte de la persona jurídica, antes del comienzo del juicio, de medidas eficaces para prevenir la reiteración de delitos del mismo tipo que el investigado permite rebajar la pena. Solo a esta circunstancia haremos referencia en el presente apartado, porque representa lo que se ha denominado como adopción posterior o correctiva de un programa o de medidas.

La nomenclatura escogida obedece a que la implementación de medidas eficaces para evitar la comisión de nuevas infracciones, supone una corrección por parte de la organización en la conducción de sus riesgos, toda vez que el delito cometido por la persona física relacionada manifestó su organización defectuosa. En todo caso, conviene aclarar que si bien el artículo 6 letra 3) no menciona expresamente a los programas de prevención de delitos, es evidente que se alude a éstos o a la posibilidad de adoptar medidas, ambas en el mismo sentido. Lo afirmado obedece a que la finalidad de dichos

---

es hacer una lectura de éstas acorde a la finalidad de la autorregulación que justifica la aplicación de sanciones a las agrupaciones de personas.

[724] Habría sido perfectamente posible contemplar la circunstancia atenuante de irreprochable conducta anterior, lo que no se hizo porque el legislador apunta a la existencia de entidades que puedan ser catalogadas como buenos ciudadanos corporativos, para lo cual promueve que adopten modelos de cumplimiento y prevengan delitos, lo cual es más de lo que se le solicita a una persona física en la administración de sus riesgos. Por ello la persona que sea irreprochable será favorecida con la exención de la responsabilidad penal respecto del delito cometido por una persona física, pero el no haber tenido un comportamiento irreprochable previo no es suficiente para rebajar la penalidad.

[725] GOENA (2017) p.207. En el mismo sentido Gómez-Jara, quien señala que las atenuantes refuerzan la idea de que el legislador español introdujo un sistema de atenuantes que se basa en un modelo de autorresponsabilidad, toda vez que no tienen sentido en sistemas vicariales donde se produce una transferencia. GÓMEZ-JARA (2016d) pp. 222 y ss.

programas es justamente la prevención de delitos, por lo que todo indica que el legislador parece estar aludiendo a lo mismo.

En todo caso, al menos para la procedencia de la circunstancia atenuante, será necesario que el programa y las medidas, como mínimo, eviten la comisión de los mismos delitos que son objeto de la investigación que está afectando a dicha organización. Ello resulta bastante claro de la sola lectura del precepto aludido. Además, el texto legal exige que la institución adopte un programa de prevención antes del inicio del juicio.

Esta atenuante está presente en los tres modelos comparados estudiados en el capítulo tercero. Como se indicó respecto del sistema norteamericano, en las *Sentencing Guidelines for Organizations*[726], en el Decreto Legislativo N° 231 del sistema italiano[727] y en el Código penal español[728]. Lo que demuestra que Chile sigue una tendencia internacional.

Esta atenuante es coherente con lo expresado anteriormente respecto del modelo preventivo, puesto que también es facultativo y se formula como mecanismo persuasivo (cooperativo) que establece un beneficio para la corporación que lo adopte. Si bien no tiene el efecto excluyente de la responsabilidad penal, permite rebajar una eventual

[726] Lo que ha permitido que el sistema federal sea catalogado de mixto, no de vicarial como tradicionalmente se asocia a los sistemas anglosajones. En relación con la posibilidad de obtener una rebaja de la penalidad en caso de colaboración y adopción de modelos de prevención de delitos, véase el artículo 8 de la *Sentencing Guidelines for Organizations*.

[727] Artículo 12 N° 2 letra b) del Decreto Legislativo N° 231 permite rebajar la pena de multa en caso de adopción de un modelo organizativo idóneo que permita prevenir un delito como el que se ha cometido, siempre que esto se realice antes de la apertura de la instancia de primer grado. Por su parte, el artículo 17 del Decreto Legislativo permite evitar la aplicación de las sanciones interdictivas (solo se sanciona con multa) cuando antes de la declaración de inicio del juicio en la primera instancia: 1) La entidad ha compensado todo el daño o peligros derivados del ilícito; 2) Ha emendado su organización defectuosa mediante la adopción de programas de cumplimiento; y 3) Ha entregado el beneficio que obtuvo con la actuación ilícita.

[728] Las atenuantes se encuentran plasmadas en el artículo 31 quater del Código penal Español.

condena y con su implementación el legislador procura que se disminuyan los riesgos que en el futuro mantenga su administración riesgosa. Como ha señalado un autor, permite que la entidad se haga responsable de la infracción, como un buen ciudadano corporativo y tienda a institucionalizar una cultura de cumplimiento antes del juicio[729].

De acuerdo al texto del artículo 6 numeral tercero, para la atenuante sería suficiente que el programa se encuentre adoptado, por lo que solo bastará con el hecho que lo otorgue dentro de los plazos indicados. Esto difiere de los programas preventivos vistos en el numeral anterior, a cuyo respecto el artículo 3 inciso tercero dispone: "… la persona jurídica hubiere **adoptado e implementado** modelos de organización…"[730]. Esto es de toda lógica toda vez que ante la cercanía del juicio oral, lo más probable es que no será posible determinar si de manera efectiva y completa fue puesto en funcionamiento o implementado. Por este motivo, el análisis que realizará el órgano judicial principalmente será respecto del funcionamiento en abstracto del programa adoptado antes del juicio.

Esta atenuante se vincula directamente con la autorregulación, por ello el legislador consideró relevante contemplar una rebaja en la penalidad. Su conexión deriva del interés del legislador de que la entidad se corrija, motivo por el que le ofrece un premio o incentivo si adopta medidas en ese sentido[731].

Pese a que se trata de una circunstancia modificatoria de responsabilidad penal y por tanto se sitúa en el ámbito de la determinación de la pena, lo que es esencialmente punitivo, su consagración obedece a un reconocimiento y promoción de la persuasión del ente de acuerdo a los términos revisados. Su carácter responsivo emana de la

[729] GÓMEZ-JARA (2016d) pp. 244 y ss.

[730] El destacado es nuestro.

[731] En el mismo sentido, pero en relación con la legislación española, Gómez-Jara indica que las atenuantes (muy similares a las nuestras) son prueba de la existencia de un sistema de autorresponsabilidad, las que además se entienden desde la autorregulación y el *compliance*. En GÓMEZ-JARA (2016d) pp. 221-222.

valoración que realiza el juez y del hecho de significar que la entidad está cooperando con la administración.

En conclusión, de acuerdo a lo revisado en este apartado, los modelos de prevención de delitos, son una institución especialmente persuasiva toda vez que se dirigen al futuro de la entidad con la finalidad de definir e implementar una cultura de cumplimiento y porque suponen la colaboración del destinatario. Relacionado con el carácter persuasivo de esta atenuante y acerca de cómo favorece la autorregulación de la entidad, por sobre la aplicación de sanciones, se ha expresado: "… cuando la persona jurídica lleva a cabo determinados conductas post delictivas e introduce las reformas necesarias mediante un programa de *compliance*. De hecho, el fin de rehabilitación es tan importante, que poco a poco las penas a las personas jurídicas están pasando a segundo plano".[732]

A través de los modelos de cumplimiento establecidos antes y después de la comisión del hecho de conexión, se logra que la empresa sea persuadida de preferir el cumplimiento en vez del castigo. Lo anterior obedece al incentivo de que si adopta e implementa un programa o medidas, podrá evitar o rebajar la pena. Por el contrario, si no lo adopta o no lo implementa será un antecedente importante al momento de determinar el cumplimiento de los deberes de supervisión y vigilancia, que pueden dar origen al castigo.

b.- Reparación integral como mecanismo persuasivo

La Ley N° 20.393 contempla dos instituciones que aluden a medidas de reparación en el contexto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La primera es la circunstancia atenuante de responsabilidad penal contemplada en el artículo 6 N° 1 o reparación celosa del mal causado. La segunda, no está expresamente mencionada en la

[732] GOENA (2017) p. 105.

Ley, pero en virtud del reenvío que esta realiza al Código procesal penal, los acuerdos reparatorios resultan plenamente aplicables.

Respecto de las aludidas instituciones, en esta investigación se esgrime una concepción de reparación en clave de justicia restaurativa, toda vez que se estima que es coherente con lo persuasivo al propender a una reparación integral y colaborativa. Esta afirmación obedece a que este tipo de resarcimiento deriva de un proceso participativo que resulta favorable para alcanzar la finalidad de la autorregulación.

b.1.- La reparación celosa del mal causado

El numeral 1) del artículo 6 de la Ley N° 20.393 establece como circunstancia atenuante de responsabilidad penal, la contemplada en el número 7 del artículo 11 del Código penal, esto es, la reparación celosa del mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias. La Ley no distingue los delitos respecto de los que procede, por lo que es posible afirmar que resultaría aplicable respecto de cualquiera de los incluidos en el listado del artículo 1 de la Ley, inclusive respecto del lavado de dinero, cuya procedencia está vedada para las personas naturales que participan en este ilícito[733].

La reparación celosa del mal causado es una circunstancia atenuante que supone atender al comportamiento del imputado con posterioridad al delito. La Comisión redactora del Código penal chileno, la toma del Código penal austríaco[734]. Al momento de incorporarla a nuestro cuerpo punitivo, el legislador habría optado por una atenuante objetiva, que no hiciera exigencias en relación con las motivaciones que pueda tener el individuo. Asimismo, existe consenso en orden a que no es indispensable reparar todo el mal causado, toda vez que se exige que "procure hacerlo con celo", lo que ha llevado a concluir que tiene que ver con sus posibilidades y no con la exclusión de todo el daño que se originó con la realización del ilícito. Por este motivo, parte de la doctrina

[733] Artículo 33 letra D de la Ley Nº 19.913.

[734] En KÜNSEMÜLLER (1999) p. 92.

inclusive estima que no debería limitarse su aplicación respecto de delitos de tráfico de drogas o conexos, puesto que no es necesario hacer distinciones en relación con las infracciones que importen peligros colectivos, toda vez que la norma no debe ser interpretada en sentido restrictivo. Por ello, se ha señalado que el que esté proscrita para ciertos delitos como el tráfico de drogas y el blanqueo de capitales, atenta contra la igualdad ante la ley[735]. En sentido contrario, parte de la jurisprudencia le ha negado lugar en casos como sustracción de menores, porque el pago no debería tener espacio en ilícitos como el reseñado. También se ha observado este criterio en comportamientos constitutivos de abusos sexuales; delitos de peligro como porte y tenencia de armas de fuego[736]. Por otra parte, si se estima que esta atenuante se fundamenta en la necesidad de evitar que el daño se "expanda o a repararlo si ello no es posible"[737], es razonable que bajo esta comprensión de la atenuante, sea posible entender que las figuras de peligro deben quedar excluidas, puesto que no hay daño que sea posible reparar, o al menos, evitar sus negativas consecuencias.

Por su parte, esta atenuante para la doctrina y jurisprudencia nacional, aplicada en relación con las personas físicas, generalmente es interpretada en un sentido objetivo, vale decir, de reparación o de evitación de los efectos negativos originados producto de la comisión del ilícito. De esta forma, su reconocimiento depende de que el imputado realice la erogación de una suma de dinero u otra compensación a favor de la víctima, sin importar su motivación o la existencia de un arrepentimiento[738]. De esta manera, la determinación de su procedencia no atiende a la intencionalidad del imputado, sino que solo a la conducta externa de reparar.

[735] En KÜNSEMÜLLER (1999) p. 95.

[736] En POLITOFF y ORTIZ (2002) Tomo I, p. 180.

[737] En POLITOFF y ORTIZ (2002) Tomo I, p. 179.

[738] Se señala que debe distinguirse del mal llamado arrepentimiento eficaz. En POLITOFF y ORTIZ (2002) Tomo I, p. 180.

Como se indicó, además de la primacía del criterio objetivo (no motivaciones), se ha discutido su procedencia respecto de delitos de peligro[739], puesto que al no ocasionar daños, no existe posibilidad de reparación, lo que, en parte, ha llevado a su prohibición expresa en relación con delitos de tráfico ilícito de drogas y de blanqueo de capitales. Pese a ello, se debe tener presente que esta atenuante fue contemplada por el legislador chileno desde la dictación de la Ley N° 20.393 en el año 2009, esto es, cuando solo existían 3 delitos susceptibles de ser atribuidos a las organizaciones. A la sazón, los delitos que podía cometer la persona jurídica eran exclusivamente los del cohecho de los artículos 250 y 251 bis del Código penal, ilícito de blanqueo de capitales regulado en el artículo 27 de la Ley N° 19.913 y el financiamiento del terrorismo consignado en el artículo 8 de la Ley N° 18.314. Todas estas figuras delictivas protegen bienes jurídicos colectivos que se caracterizan por corresponder a intereses generales de la sociedad[740]. De ello es posible inferir que esta atenuante no está dotada del mismo significado de reparación que es posible atribuir al comportamiento posterior de los imputados personas físicas, toda vez que dadas las figuras penales con las que se configura −al menos en el texto del año 2009− la responsabilidad de las entidades, resulta bastante claro que dicha atenuante no puede interpretarse de la misma manera que se ha hecho en el sistema penal antropocéntrico. A ello se adiciona el que además proceda respecto del delito de blanqueo de capitales, que no se aplica respecto de los seres físicos.

A mayor abundamiento, la aplicación de esta atenuante desde un criterio meramente compensatorio, generalmente consistente en el pago de una suma de dinero a favor de la víctima, como usualmente acontece en relación con las personas naturales, no favorecería necesariamente la autorregulación de las colectividades, al consistir simplemente en la erogación de una suma de dinero u otra clase de reparación. Máxime cuando bastaría realizar un aporte "celoso" para que le fuese reconocido, sin entrar a

[739] Infra pp. 339 y ss.

[740] Lo expresado es sin perjuicio de las nuevas figuras delictivas introducidas con posterioridad en la Ley N° 20.393, como el delito de apropiación indebida.

distinguir la especie de aporte, si éste puede ir más allá de lo meramente económico o si el mismo influye o no, en el cumplimiento normativo de dicha la institución. Esta circunstancia, sumada a lo esbozado anteriormente respecto de los delitos de peligro y del lavado de dinero, justifica la necesidad de encontrar una interpretación que sea coherente con su regulación para las organizaciones. En esta línea, se estima que la justicia restaurativa proporciona elementos que pueden resultar útiles para explicar la procedencia de esta atenuante en el contexto de las personas jurídicas.

La atenuante de reparación celosa del mal causado o de evitar las consecuencias perniciosas del delito, se dirige a la víctima y a la comunidad. La justicia restaurativa[741] también. Éste vínculo entre ambas puede ser aprovechado a la hora de la determinación judicial de la pena. Esto es relevante, especialmente si consideramos que muchas veces al individualizar la pena, no existe consideración ni a la víctima ni a la sociedad, por tanto, con esta circunstancia modificatoria de la pena será posible atender a las consecuencias dañosas del delito respecto de ambas. Lo positivo también de la justicia restaurativa es que involucra al imputado en el proceso de reparación[742], por lo que darle esta interpretación al artículo 6 letra 1) de la Ley N° 20.393, puede ser muy beneficioso para su autorregulación, toda vez que como se ha señalado en este trabajo, el proceso de autoorganización supone un involucramiento del imputado[743], puesto que es quien debe

[741] La justicia restaurativa como concepto comprende la existencia de mecanismos transaccionales, lo que supone que víctima y autor puedan conciliar mecanismos de reparación que puedan dar solución al conflicto. Se trata de un proceso participativo y deliberativo, mediante el cual se llega a un acuerdo a través del cual se logre reparar a la víctima. En CARNEVALI (2017) p. 124.

[742] Se ha señalado que desde la perspectiva del autor la justicia restaurativa también es positiva porque en la medida que no exista una pena, es posible potenciar los efectos preventivos especiales al no imponerle propiamente una pena. En CARNEVALI (2019) p. 416.

[743] En este sentido también se ha indicado en relación con la justicia restaurativa "…en la medida en que sean los propios involucrados en el conflicto quienes lo solucionen, supone además una profundización de los componentes democráticos de una sociedad, ya que es la propia sociedad la que directamente administra justicia. Si bien estos instrumentos permiten descongestionar el sistema, su valor es más profundo, pues permiten materializar fines que son propios de las sociedades democráticas, como es

gestionar de manera adecuada sus riesgos. La finalidad de lo explicitado consiste en servirse del concepto de reparación integral, como criterio para que el juez al momento de determinar la procedencia de la atenuante, considere los estándares de dicha reparación integral, propios de la justicia restaurativa.

La justicia restaurativa permite dar una respuesta casuística para el conflicto. Lo que, desde la perspectiva de la autorregulación, es positivo puesto que la persona jurídica imputada se debe involucrar en el proceso de reparación. De acuerdo a esta concepción se asume una noción de la reparación, que se efectúa sobre la base de la participación en una negociación. Se supera lo meramente compensatorio asumiendo que existe un reconocimiento del daño causado a la víctima y a la sociedad, favoreciendo la persuasión de la persona jurídica. Se insta por una reparación integral en la que sus agentes deben involucrarse en aspectos económicos y no económicos que resuelvan el conflicto que originó el delito. Esta perspectiva resulta mucho más coherente con la finalidad de la autorregulación, porque permite que la corporación repare desde una perspectiva más amplia, que se debería traducir, al menos en parte, en un mejor cumplimiento de la normativa. Bajo esta noción restaurativa, la persona jurídica favorece mucho más su autorregulación toda vez que participa en un proceso de "conciliación" con las víctimas y la sociedad, con el objeto de reparar el conflicto. Este proceso restaurativo, en la Ley N° 20.393, también puede tener lugar respecto de delitos colectivos, en los que no siempre existirá una víctima individual, de modo tal que en estos casos se procura una reparación para la sociedad en general. Obviamente ello supone una revisión interna y una proyección hacia el futuro, lo que va en la línea de la autorregulación.

---

procurar atender los conflictos y con ello alcanzar la paz social a través de una participación activa y en condiciones de igualdad. Dicho, en otros términos, los procesos autocompositivos abren mayores espacios que permitan arribar a soluciones pacíficas y amigables, dotándolos de un componente de legitimidad difícil de soslayar…". En CARNEVALI (2019) pp. 416-417.

El concepto de reparación integral revisado permite realizar una lectura en clave de persuasión[744] respecto de la reparación celosa del mal causado, puesto que no es suficiente con compensar en términos objetivos, sino que la entidad deberá participar de un proceso en el que deberá analizar su comportamiento y sus consecuencias. Lo relevante de esta atenuante para efectos penales, sino no sería más que una reparación civil, es que permite que a través de este proceso se exprese la idea de asumir la existencia de una gestión defectuosa de los riesgos. Por este motivo es relevante que la reparación sea realizada voluntariamente por el imputado y además que efectivamente esto le permita perfeccionar su autorregulación[745], lo que justifica la rebaja en su sanción[746].

Lo reseñado es compatible con lo señalado por la fiscalía chilena que al referirse a esta atenuante en relación con las personas jurídicas, ha declarado que la reparación en el sistema penal tradicional ha sido reconocida por la jurisprudencia de acuerdo a criterios de reparación económica como pagar una suma de dinero o indemnizar a las víctimas,

[744] Sobre la relación entre justicia restaurativa y regulación responsiva Braithwaite considera que están relacionadas y que la base de la pirámide debería contener medidas de orden restaurativas. Al efecto este autor analiza el éxito que ha generado la aplicación de mecanismos de justicia restaurativa en la regulación responsiva. Agrega que en los estudios nunca representaron la posibilidad que los resultados fueran tan significativos en este ámbito, ni los efectos de la justicia restaurativa en evitar la reincidencia. Ambos confluyen porque asumen la participación de los destinatarios de la regulación y ellos son quienes mejor conocen sus fortalezas y debilidades. En BRAITHWAITE (2016) pp. 1 y ss.

[745] Al respecto Gómez-Jara indica que pese las finalidades político criminales que se encuentran tras el establecimiento de una circunstancia atenuante, considerando la autorregulación, es posible que la mediación tenga un papel relevante en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ello no lo afirma con la finalidad de justificar lo positiva que puede resultar la mediación penal, sino porque en el caso español existe respecto de las personas físicas y, el autor estima que en ámbito de las colectividades puede tener un rol relevante. En GÓMEZ-JARA (2016d) pp. 241-242.

[746] GOENA (2017) p. 197.

pero el sistema procesal penal acusatorio ha permitido ampliar los criterios existiendo nuevas formas de reparación[747].

De esta forma es perfectamente posible que la reparación se constituya en un acto que favorezca el cumplimiento de la ley, al mismo tiempo que realiza acciones a favor de la víctima y a la sociedad[748]. Es factible que la corporación infractora repare adoptando un

[747] FISCALÍA DE CHILE (2010) p.13.

[748] Si bien hasta la fecha las sentencias dictadas por tribunales chilenos no han versado sobre esta atenuante, es posible observar en algunas suspensiones condicionales una tendencia de parte de la Fiscalía en orden a atender a una reparación integral. Ello sin perjuicio que se hace la prevención de que en el contexto de una suspensión condicional del procedimiento, no existe pena para la persona jurídica tampoco, por ende, circunstancias modificatorias de responsabilidad penal. Un caso interesante desde la aludida perspectiva se puede observar en la suspensión condicional en el "Caso Industrias Cerecita S.A.", RUC 1101272897-4, de 30 de abril de 2013. Una de las medidas consistió en la demolición y retiro de la industria de la zona donde se había construido, lo cual no solo responde a que se asentó en un lugar prohibido para ese tipo de actividades, sino que además con ello se pretende garantizar que la comunidad que habita en ese entorno vea mejorada su calidad de vida al quedar liberados de una industria en zona residencial. En otras de las condiciones se determina que debe realizar labores de limpieza, también se donaron áreas verdes para mejorar el aprovechamiento de las personas que habitaban en el sector, equipamiento para consultorios públicos del sector, adoptar un modelo de prevención de delitos, entre otras varias medidas. Como se observa, en este caso se optó por un concepto de reparación integral que pretendió procurar en la medida de lo posible retornar al estado anterior a la comisión del delito; en *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA INDUSTRIAS CERESITA (2013).* Otro caso similar en que, si bien las condiciones no fueron tantas, pero también es posible vislumbrar una reparación integral, es en el "Caso Empresa Sociedad de Transportes CTS Ltda.", RUC 0078311970-6, de 4 de abril de 2018, en la que algunas de sus condiciones fueron pagar una indemnización a la Ilustre Municipalidad de Talca, "…Implementar un plan de Reciclaje integral en la Villa Francis por un costo aproximado de $20.000.000 el cual deberá ser presentado ante el Ministerio Público durante el mes de Octubre de 2018 y deberá incluir:- Punto Limpio de reciclaje en la Villa Francia- Charlas sobre reciclaje en 10 colegios de la comuna según el siguiente detalle: Escuela Villa Culenar, Escuela Villa La Paz, Colegio San Ignacio, Escuela Brilla El Sol, Colegio Montessori, Colegio Darío Salas, Liceo Abate Molina, Liceo Santa Marta, Colegio Integrado y Escuela Carlos Trupp.- Charlas sobre reciclaje en los 10 colegios ya mencionados.- Difusión de la Ley de reciclaje en las 10 comunas más grandes de la Región.- Distribuir 40 ejemplares de

programa de prevención de delitos o reduzca parte o todo el daño que se originó con la comisión del delito, con lo que el legislador se asegura que esté cumpliendo con la legalidad. El patrimonio corporativo, en muchos casos, permitirá que esto ocurra dado que, a diferencia de las personas físicas que cometen delitos e invocan la reparación celosa del mal causado, algunas personas jurídicas tienen importantes patrimonios que les permitirán realizar una reparación integral, por lo que en estos casos el baremo debe atender a las posibilidades concretas de la entidad de reparar los daños que causó al cometer el ilícito[749].

Lo reseñado es coherente con un sistema que ha delegado en las organizaciones el control de sus riesgos, por lo que en caso que sus actos causen daños, resulta del todo propicio que procuren, junto con volver al estado anterior al momento de cometerse los ilícitos, mejorar su autoorganización que redundará en una mejora de su gestión de riesgos. Esta lectura permite conciliar adecuadamente la finalidad de autorregulación con la reparación como atenuante de la responsabilidad penal.

b.2.- ¿Los acuerdos reparatorios como institución susceptible de ser considerada como una herramienta persuasiva?

---

la Nueva Ley de Reciclaje en los 10 colegios donde se dieron las charlas y en las mismas comunas donde se difundió la Ley de Reciclaje.- Acreditar **dentro de 6 meses**, la implementación de un modelo de Organización, administración y supervisión para la prevención de delitos de la Ley 20.393, al interior de la empresa ya referida."; en *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA EMPRESA SOCIEDAD DE TRANSPORTES CTS LTDA. (2018).* En el mismo sentido que el caso anterior se observa que las condiciones se refieren a una reparación integral para procurar evitar las consecuencias de los delitos cometidos.

[749] Autorregulación y mediación se encuentran relacionados y resulta posible relacionarla con la adopción de programas de cumplimiento. En GÓMEZ- JARA (2016 a.3) pp. 243.

Los acuerdos reparatorios[750] no se encuentran mencionados expresamente en la ley[751], pero son procedentes toda vez que el artículo 1 alude a la aplicación supletoria del Código procesal penal en todo lo que resulte pertinente.

Una razón por la que se pudo haber omitido toda referencia a estos acuerdos, es que al momento de dictarse la Ley, los delitos que se incluyeron en el catálogo no podían considerarse como hechos investigados que afecten bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, ni consistieren en lesiones menos graves o constituyesen delitos culposos[752]. En este último caso la excepción era la figura de delito de blanqueo de capitales imprudente, que se encuentra incluido en el mismo artículo 27 de la Ley N° 19.913, a que hace referencia el artículo 1 de la Ley N° 20.393, pero tampoco existe víctima individual por lo que resultaría difícil admitir un acuerdo de esta naturaleza.

Lo más similar, que fue incorporado al Mensaje Presidencial pero no quedó en el texto definitivo, es el artículo 31[753] que consistía en un acuerdo con admisión de

[750] Artículo 241 del Código procesal penal. "Artículo 241.- Procedencia de los acuerdos reparatorios. El imputado y la víctima podrán convenir acuerdos reparatorios, los que el juez de garantía aprobará, en audiencia a la que citará a los intervinientes para escuchar sus planteamientos, si verificare que los concurrentes al acuerdo hubieren prestado su consentimiento en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos. Los acuerdos reparatorios sólo podrán referirse a hechos investigados que afectaren bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, consistieren en lesiones menos graves o constituyeren delitos culposos. En consecuencia, de oficio o a petición del ministerio público, el juez negará aprobación a los acuerdos reparatorios convenidos en procedimientos que versaren sobre hechos diversos de los previstos en el inciso que antecede, o si el consentimiento de los que lo hubieren celebrado no apareciere libremente prestado, o si existiere un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal. Se entenderá especialmente que concurre este interés si el imputado hubiere incurrido reiteradamente en hechos como los que se investigaren en el caso particular.".

[752] A partir del 2018 mediante la Ley N° 21.121 se incorporan delitos que, como la apropiación indebida, podrían ser susceptibles de un acuerdo reparatorio.

[753] Mensaje con el que se inicia la tramitación de la Ley N° 20.393 "Artículo 31. Aceptación de responsabilidad legal. Desde la formalización de la investigación y hasta la audiencia de preparación del

responsabilidad penal que no prosperó durante la tramitación legislativa. Se trataba de una figura que reúne elementos del procedimiento abreviado y del acuerdo reparatorio. De acuerdo a dicha disposición a partir de la formalización de la investigación y hasta la audiencia de preparación de juicio oral, el fiscal, querellante y la persona jurídica, estaban facultadas para presentar al juez un acuerdo a través del cual la entidad reconoce su responsabilidad en los hechos y se le aplica una sanción prohibitoria o de pérdida de beneficios. También era posible que el querellante y el imputado acuerden una indemnización además de lo ya mencionado. El juez debía verificar que el consentimiento se prestase de manera libre y voluntaria, y podía rechazarlo. Esta disposición que reemplazaba al procedimiento abreviado no prosperó, entre otros motivos, porque se consideró que esta norma daba lugar a una responsabilidad penal consensuada, lo que no se condice con el derecho al juicio oral que es una de las garantías esenciales del nuevo sistema procesal penal[754]. En todo caso, esta crítica

---

juicio oral, el fiscal, el querellante si lo hubiere y la persona jurídica imputada, podrán presentar al juez, en audiencia celebrada al efecto, un acuerdo que contendrá la aceptación de la responsabilidad legal respecto de la persona jurídica y la aplicación de una determinada sanción. En este mismo acto, el querellante y el imputado podrán acordar el pago de una suma de dinero a título de indemnización. Para la aprobación del acuerdo el juez de garantía deberá verificar que éste hubiere sido prestado por el imputado
con conocimiento de sus derechos y que la sanción acordada sea de alguna de las señaladas en las letras c) y d) del artículo 9. Si el juez estimare que no concurren estos requisitos, negará su aprobación al acuerdo y la causa continuará en el estado en que se encontraba. La resolución que rechazare la aprobación al acuerdo será apelable en ambos efectos.
El Tribunal correspondiente, una vez que se encuentre ejecutoriada la resolución que aprueba el acuerdo, comunicará la sanción a la Tesorería General de la República."

[754] Opinión de Miguel Soto en pág. 27 de 100, en Historia de la Ley N° 20.393. En contra de esta opinión Jean Pierre Matus quién expresó "no así con lo que afirmara sobre la aceptación de la responsabilidad legal que consagra el artículo 31, toda vez que los abogados defensores deberán saber determinar si conviene más a su cliente aceptar la responsabilidad y declararse culpable o ir a juicio, sistema consagrado en la legislación norteamericana y que estima no es inconstitucional de acuerdo a nuestro ordenamiento.". Página 29 de 100.

también se ha realizado al procedimiento abreviado en general por hacer primar consensos por sobre la decisión jurisdiccional[755].

La procedencia del acuerdo reparatorio en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, es factible a partir de la dictación de la Ley N° 21.121, durante noviembre de 2018, toda vez que tipos penales como la apropiación indebida y la administración desleal podrían dar lugar a acuerdos reparatorios por tratarse de ilícitos que protegen bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial. Además porque estas figuras penales sí tienen víctimas individuales que pueden intervenir en el proceso penal.

El acuerdo reparatorio, si bien es una institución que constituye una salida alternativa al juicio oral, la circunstancia de que quede entregada a la víctima e imputado, sin perjuicio que debe ser aprobado por el juez, puede determinar que en la práctica sea más funcional para la satisfacción de un interés privado, en este caso del ofendido por el delito, más que dirigirse al logro de una finalidad pública como es propender a la autorregulación de la corporación, y la consecuente prevención de los delitos a través de la correcta administración de sus riesgos, instará por una solución que será proclive a sus propios intereses. Por ello el acuerdo reparatorio en el caso de las personas jurídicas, para que tenga sentido desde la autorregulación, debería ser interpretado desde los criterios de la justicia restaurativa, es decir, incluyendo una solución del daño que sea alcanzada a través de un proceso participativo, integral y dialogado. Pero para que esto ocurra debería establecerse un sistema de mediación que permita mayor intervención de los agentes estatales, no solamente la aprobación por parte del juez de garantía.

c.- Denuncia y colaboración sustancial con la investigación

[755] En este sentido se ha criticado el principio de consenso en el que las partes acuerdan el contenido de un acto procesal y cómo esto afecta en las facultades jurisdiccionales. Véase DEL RÍO (2008) pp. 157 y ss.

El artículo sexto en su numeral segundo dispone "2) La prevista en el número 9° del artículo 11 del Código penal. Se entenderá especialmente que la persona jurídica colabora sustancialmente cuando, en cualquier estado de la investigación o del procedimiento judicial, sus representantes legales hayan puesto, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, el hecho punible en conocimiento de las autoridades o aportado antecedentes para establecer los hechos investigados.". La disposición hace mención a la colaboración sustancial con la investigación contemplada en el numeral 9 del artículo 11 del Código penal, regulando expresamente que ésta debe realizarse por cualquiera de sus representantes legales.

Al igual que en el caso de la atenuante de reparación, el fundamento de la rebaja de penalidad se vincula con un comportamiento post delictivo. El carácter persuasivo de esta circunstancia atenuante emana de que tras la denuncia y/o de la colaboración sustancial, se propende a la autorregulación regulada de las entidades. El legislador ofrece un beneficio en la medida que la entidad coopere con las autoridades encargadas de la persecución penal, dicha colaboración, a su vez, es expresión de una actitud que tiende al cumplimiento normativo y a la prevención de los delitos. Por tanto, a través del ofrecimiento de rebajar la pena, se promueve que la persona jurídica se persuada de colaborar con el Estado en el esclarecimiento del hecho. Esta actitud de cooperación demuestra que la organización realiza un esfuerzo por constituirse en un buen ciudadano corporativo.

La alusión a los representantes conlleva varias dificultades desde la perspectiva del derecho a lo no autoincriminación de la persona jurídica, lo que puede agravarse si consideramos que el representante puede al mismo tiempo ser imputado como persona natural en el hecho de conexión[756]. Adicionalmente, podría significar, en algunos casos,

[756] Se ha discutido la existencia en relación con un derecho a la no autoincriminación a favor de las personas jurídicas. Para algunos autores no es posible invocar esta garantía respecto de las colectividades, las cuales nacen para cumplir el ordenamiento jurídico y son creadas por éste. En este sentido véase: HERNÁNDEZ (2015) pp.245-248; HERNÁNDEZ (2012) p.93; NIEVA (2012) p. 85. En contra, y por ende a

la vulneración de derechos de personas físicas, toda vez que las investigaciones internas muchas veces se realizan sin mayor respeto por los derechos fundamentales, tales como, respecto de su no autoincriminación, derecho a la prueba, entre otros que integran el debido proceso[757].

Parte de la doctrina estima que esta circunstancia más que una atenuante debería corresponder a un eximente[758] de responsabilidad penal, porque de esta forma se lograría que las entidades participen con mayor frecuencia y entreguen más antecedentes. Si bien esta propuesta efectivamente podría favorecer la pesquisa de los delitos cometidos en el seno de entidades, no es menos cierto que el efecto eximente podría conllevar que en la práctica se desincentive la auténtica autorregulación de las entidades, toda vez que bastaría con colaborar y proporcionar los antecedentes al momento de verificarse el delito de conexión, para que la persona jurídica por el hecho de denunciar el hecho y/o

---

favor de reconocer un derecho de las personas jurídicas a no auto incriminarse, véase NEIRA (2014) pp.163-165; GONZÁLEZ (2016) p. 61; SERRANO (2014) p.9. Lo expresado en sin perjuicio que el legislador en el artículo 23 de la Ley N° 20.393, recientemente modificada por la Ley N° 21.121, ha agregado un nuevo inciso quinto respecto de la incompatibilidad de defensas. En todo caso, esta norma solo opera a partir de la formalización de la investigación del representante legal. El texto de la disposición reza: "Si se formalizare una investigación con respecto a dicho representante por el mismo hecho punible por el cual se investiga la responsabilidad penal de la persona jurídica, cesará su representación, y el tribunal solicitará al órgano competente de aquélla la designación de un nuevo representante, dentro del plazo que le señale. Si transcurrido el tiempo fijado por el tribunal no se notifica la designación ordenada, el tribunal designará al efecto un curador ad litem.".

[757] En relación con las investigaciones internas, se ha señalado que corresponderían a una hipótesis de privatización del proceso penal. Quien realiza la pesquisa y toma la decisión es la propia organización. El castigo que se aplica no puede ser considerado una pena, porque carece de cualquier significado público y carácter vinculante. La mayor utilidad de las investigaciones internas está dada porque para la entidad es más fácil conocer su funcionamiento, estructura, y por ende, podrá recabar más y mejor información. En MONTIEL (2014) pp.487-493.

[758] GÓMEZ-JARA (2016d) pp. 238.

entregar antecedentes, quede liberada. Hasta qué punto esto redundaría en un perfeccionamiento de su autoorganización amerita un mayor análisis.

También esta atenuante debe relacionarse con lo aseverado en este trabajo, respecto del injusto colectivo que está dotado de una vigencia temporal que difiere del injusto individual, toda vez que se trata de una forma de ser o estado disfuncional, que es coetáneo al delito, pero que puede ser posterior a éste, por ello es tan relevante observar el comportamiento de la entidad después de verificado el hecho.

De acuerdo al texto de la atenuante, es posible distinguir dos conductas que pueden configurar la colaboración sustancial: 1) La denuncia de los hechos o autodenuncia y 2) Aportar antecedentes que permitan acreditar el hecho investigado.

c.1.- La denuncia de los hechos o autodenuncia a las autoridades

La autodenuncia consiste en que la propia persona jurídica evidencia su participación en el ilícito comunicándolo a la autoridad. Tal como lo vimos al revisar el sistema italiano y español[759], esta atenuante obedece a un mecanismo de derecho premial, toda vez que la entidad opta por informar y colaborar con la administración de justicia, aportando los datos que permitirán iniciar una investigación, en vez que mantenerse pasivo. En este caso es suficiente que comuniquen sobre la existencia del delito a la autoridad, siempre que lo haga antes que ésta hubiese tomado conocimiento del hecho. De acuerdo al tenor literal de la disposición, con esto sería suficiente, no siendo indispensable aportar antecedentes adicionales, puesto que esto constituye la segunda hipótesis para obtener una rebaja de la pena, de acuerdo al numeral 2 del artículo 6.

[759] En el sistema español se alude a la confesión del hecho ante las autoridades. De hecho el artículo 31 quater A expresa "Haber precedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades".

La circunstancia que se le beneficie con una atenuante por el hecho de poner en conocimiento de la autoridad el delito, deja en evidencia que las personas jurídicas no están obligadas a denunciar los ilícitos que puedan comprometer su propia responsabilidad penal. Confirma esta aseveración la circunstancia de que no se encuentran mencionadas dentro de las personas obligadas a denunciar que regula el artículo 175 del Código procesal penal. Pero además, y sin perjuicio de la discusión relativa a si están o no dotadas de un derecho a la no autoincriminación, si fuera un deber poner en conocimiento de la justicia el delito, no tendría sentido beneficiarla con una rebaja en su pena porque al hacerlo estaría cumpliendo con un deber. Aunque la norma no lo indique expresamente, debería entenderse que dicha denuncia se puede realizar ante el órgano policial, el Ministerio Público o los Tribunales con competencia en lo penal, como indica el artículo 173 del Código procesal penal.

Sin perjuicio de ello, en el medio nacional Piña ha señalado que si bien las colectividades no están obligadas a denunciar, que lo hagan es relevante toda vez que con ello se facilita justificar que el programa de prevención de delitos o la adopción de medidas existe, se ha implementado y, además, es eficaz[760].

El texto de la disposición presenta algunas dudas interpretativas. De acuerdo a éste la comunicación que realiza el representante legal a las autoridades se puede efectuar durante la etapa de investigación o durante el procedimiento judicial, exigiendo que ésta se materialice antes que el procedimiento judicial se dirija contra ellos. La duda que se genera es si con esta expresión se está aludiendo a la formalización de la investigación o se refiere a cualquier actuación que importe de alguna manera una imputación respecto de esa persona, como, por ejemplo, ser citado a declarar en calidad de imputado o que se practique una medida intrusiva en su contra.

[760] En el mismo sentido se reconoce que no existe un deber de denunciar por parte de la persona jurídica, no estando dentro del catálogo de las personas obligadas a denunciar del artículo 175 del Código procesal penal, sí será un elemento que se considerará para efectos de determinar el cumplimiento del Modelo de Prevención de delitos. En PIÑA (2012) p. 70.

Un argumento a favor de la primera interpretación, esto es, que se refiera a la formalización de la investigación, es que el artículo 96 del Código penal cuando se refiere a la suspensión de la prescripción hace mención a que el procedimiento judicial se dirija en su contra, y por su parte, el artículo 233 letra a) del Código penal señala que uno de los efectos de la formalización de la investigación es justamente la suspensión de la prescripción, de modo tal que podría entenderse que el legislador cuando hace referencia a que el procedimiento se dirija en su contra está haciendo alusión a la formalización de la investigación. La segunda opción, consiste en entender que el procedimiento judicial se dirige en contra de la persona jurídica de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 7 del Código procesal penal, que entiende que la calidad de imputado se adquiere desde que se atribuyere participación en un hecho punible desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia. A favor de esta posición se puede aludir a lo señalado en el artículo 21 de la Ley N° 20.393[761], que en su inciso segundo alude directamente al mencionado artículo 7 del Código procesal penal.

c.2.- Aportar antecedentes que permitan acreditar el hecho investigado.

La segunda parte de la circunstancia atenuante tiene lugar cuando el imputado colectivo proporciona antecedentes que permitan probar el hecho denunciado. Una vez entregada la información al órgano encargado de la persecución criminal, éste los valorará. Con posterioridad, lo efectuará el juez en el momento en el que deba pronunciarse sobre la procedencia de esta circunstancia modificatoria de responsabilidad penal. Dichos

[761] "Artículo 21.- Aplicación de las normas relativas al imputado. En lo no regulado en esta ley, serán aplicables a las personas jurídicas las disposiciones relativas al imputado, al acusado y al condenado, establecidas en el Código Procesal Penal y en las leyes especiales respectivas, siempre que aquéllas resulten compatibles con la naturaleza específica de las personas jurídicas.
En especial, les serán aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 4°, 7°, 8°, 10, 93, 98, 102, 183, 184, 186, 193, 194 y 257 del Código procesal penal, derechos y garantías que podrán ser ejercidos por cualquier representante de la persona jurídica.".

antecedentes normalmente provendrán de una investigación interna que realiza la entidad una vez que haya tomado conocimiento del hecho A su turno, el proceso o investigación interna es muy relevante y, en algunos casos, será determinante para establecer, en el contexto corporativo, el acaecimiento del delito. La investigación interna se puede iniciar a raíz de la recepción de la información a través del canal de denuncias o también con motivo de una transmisión de esta información por parte de las autoridades[762]. Una vez que se concluya la investigación su resultado será informado a la administración de la persona jurídica. A continuación los representantes de la persona jurídica podrán ponerla en conocimiento de las autoridades encargadas de la persecución penal, dando lugar a la rebaja de pena si el juez lo estima.

Como se ha señalado, esta normativa constituye la máxima expresión de la autorregulación regulada[763], puesto que la entidad presta auxilio a la investigación estatal facilitándola. La atenuante exige que la colaboración sea realizada por el representante legal. Esto puede conllevar que, al igual que en el caso anterior, estemos ante una renuncia del derecho a la no autoincriminación. Ello justifica aún más otorgarle la rebaja de pena puesto que colabora con el proceso facilitando la prueba de los delitos.

Uno de los antecedentes más relevantes para la fiscalía consiste en aportar las identidades de las personas que habrían participado en los delitos, junto con la evidencia que se ha recopilado durante la investigación interna. El traspaso de los antecedentes y la forma en cómo éstos han sido obtenidos probablemente será objeto de discusión durante

[762] PIÑA (2012) pp. 65 y ss. El mismo autor agrega que los canales de denuncia se basan en tres principios: expedición, confiabilidad y eficacia. Para que el sistema sea eficaz resulta fundamental incentivar a los integrantes de la entidad, esto es, a sus trabajadores y colaboradores, a que cumplan con la obligación de denunciar cada vez que tomen conocimiento de un delito. Asimismo, deben denunciarse los incumplimientos de las disposiciones contenidas en los modelos de prevención de delitos. El canal de denuncia, anónimo o no, asegura que la información de la persona que efectúe dicha denuncia será confidencial, si así lo solicita el denunciante. Normalmente será el encargado de prevención de delitos quien la reciba. Una vez recibida se debe verificar la investigación.

[763] GÓMEZ-JARA (2016d) p.p. 236-237.

el juicio penal, desde la perspectiva de las garantías, toda vez que si en su recopilación se hubiesen afectado derechos individuales, como por ejemplo sería el caso de una declaración prestada sin advertencia del derecho a guardar silencio o se hubiese afectado el derecho a la intimidad, o a rendir prueba, entre otros, ello probablemente conllevará una discusión en torno a su exclusión.

Al igual que respecto de la denuncia, se considera que no existe obligación de entregar los antecedentes de la investigación interna, pues si se estuviera ante un deber de la organización, no tendría sentido recompensarla con la rebaja de su pena.

En esta materia, la fiscalía chilena ha señalado que se debe evaluar la colaboración en relación con el delito base y aquello que tienda al establecimiento de la responsabilidad de la persona jurídica, siendo relevante para estos efectos la actitud de la colectividad frente a la entrega de información y la autorización voluntaria frente a eventuales medidas intrusivas[764]. La alusión al delito base que se realiza en el instructivo se entiende solo en la medida que bajo el sistema de Ley N° 20.393 el hecho de conexión cometido por la persona natural es presupuesto de la responsabilidad colectiva, y por ende, se vincula con su propia responsabilidad.

d.- Suspensión de la persecución penal

En este acápite se revisarán dos instituciones que constituyen formas de poner término al proceso penal contra las personas jurídicas, que admiten una lectura en clave de persuasión. Se trata, en primer término, de la suspensión condicional del procedimiento

[764] FISCALÍA DE CHILE (2010) pp. 13-14.

y, en segundo lugar, del procedimiento abreviado y del simplificado con admisión de responsabilidad[765].

[765] La posibilidad de interrumpir o no iniciar la persecución penal en virtud del principio de oportunidad fue excluida expresamente para las personas jurídicas en el artículo 24 de la Ley. Es sabido que a partir de la entrada en vigencia del sistema regido por el Código procesal penal, se incorporaron facultades discrecionales limitadas o regladas para los fiscales del Ministerio Público, por oposición a las amplias facultades discrecionales de que están dotados los fiscales norteamericanos. En el caso nacional, el ejercicio de esta prerrogativa se limita a delitos de bagatela y en los términos establecidos por el artículo 170 del Código procesal penal. Dicho precepto consagra una oportunidad reglada que faculta a los fiscales del Ministerio Público a no iniciar o interrumpir la persecución penal cuando se trata de hechos que no comprometen gravemente el interés público. Por su parte, el legislador ha entendido que se afecta dicho interés cuando el delito está sancionado con una pena mínima que exceda de presidio o reclusión menores en su grado mínimo o se trata de un delito cometido por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones. Lo expresado significa que en caso de ausencia de interés público, los fiscales pueden hacer excepción al principio de legalidad, no iniciando o interrumpiendo la pesquisa penal, siempre que se cumplan los demás requisitos del citado artículo 170 del Código procesal penal. De esta forma la oportunidad se opone al principio de legalidad que obliga a ejercer la acción penal, una vez que el Ministerio Público toma conocimiento de un hecho que reviste los caracteres del delito de acción penal pública (artículo 166 del Código procesal penal). Por su parte, la Fiscalía de Chile en su oficio sobre la materia, no ha manifestado una posición crítica sobre la expresa exclusión de esta prerrogativa para el caso de las entidades ficticias. En FISCALÍA DE CHILE (2010) p.26. El fundamento de esta institución es de índole utilitaria toda vez que pretende racionalizar la investigación estatal respecto de aquellas infracciones más graves, cuya pesquisa puede arrojar mejores resultados. La negativa a proporcionar facultades discrecionales al órgano persecutor, resulta ser contraria a la flexibilidad tantas veces mencionada, la que bien empleada puede ser conducente para persuadir a las personas jurídicas de autorregularse de manera adecuada. Idealmente esta situación debería ser modificada por las razones que se explicitan.

Como se expresó, la oportunidad proporciona facultades discrecionales al Ministerio Público, cuestión que en los sistemas jurídicos anglosajones es de amplia utilización, por oposición a los sistemas que tienen influencia románica germánica, donde su aplicación es inexistente o muy regulada como ocurre en Chile. Prueba de ello son los mencionados acuerdos de no persecución o de persecución diferida que los fiscales norteamericanos pueden ofrecer a las personas jurídicas. De hecho, como se mencionó en otro capítulo, Infra pp. 210 y ss. estos acuerdos son de amplia utilización en caso de delitos cometidos por entidades,

porque en vez de aplicarles una pena se los somete a una serie de medidas que tienen por propósito mejorar su autorregulación. En todo caso los *non Prosecution Agreements (NPA) o deferred Prosecution Agreements (DPA)* han sido objeto de un amplio debate en Estados Unidos de Norteamérica. Básicamente las críticas se han centrado en que el término o suspensión del proceso penal, sin mediar castigos para las agrupaciones de personas, desvirtuaría los fines del proceso penal puesto que en definitiva no conlleva consecuencias para los infractores. En todo caso, esta crítica es sobre todo en relación con la circunstancia de que no solamente la persona jurídica evita el juicio, sino porque el acuerdo, además, conlleva la impunidad para las personas físicas. Otra importante crítica que se ha realizado es que estos acuerdos han generado una relevante disminución en la dictación de sentencias contra las organizaciones. Esto sin perjuicio de reconocer que la gran ventaja de estos mecanismos es que evitan las consecuencias colaterales que conlleva la aplicación de condenas. En O´SULLIVAN (2014) p. 77. Por este motivo el Memorándum Yates, en YATES (2015) pp. 1 y ss., dictado por la Fiscal General Sally Quilliam Yates, puso énfasis en la necesidad de perseguir penalmente a las personas naturales que son responsables de los delitos cometidos en el seno de las empresas, instando por su castigo. Para estos efectos el memorándum propone que la persona jurídica debe colaborar activamente con el hallazgo de las personas que incurrieron en el hecho de conexión para poder beneficiarse con este tipo de acuerdos. El citado memorándum lo que pretende es que las entidades sean mucho más activas en la colaboración con la indagación estatal. La idea del sistema que se impulsa con este Memo es que las colectividades no solo refuercen las acciones investigativas internas al momento de verificarse un delito, instando por la prevención de los ilícitos, sino que también a través de este proceso se autorregulen de mejor manera. Esto resulta coherente con el traspaso de los costos de la investigación que se realiza al momento de instar por su autorregulación. En GOENA (2017) pp. 297-298. Por su parte, Garrett tras realizar un estudio empírico en Estados Unidos de Norteamérica, en el que analiza los acuerdos a que arribó la Fiscalía con una serie de empresas, concluye que la implantación de remedios estructurales a través de acuerdos puede ser positivo para la autorregulación de la colectividad. En su trabajo el autor analiza casos tan relevantes como "Boeing", "Bristol-Myers", "KPMG", llegando a la conclusión de que, si bien la motivación del Departamento de Justicia (DOJ) a la hora de arribar a estos acuerdos consiste en evitar los efectos negativos de las condenas, estos acuerdos que tienden a mejorar los gobiernos corporativos, tienen una influencia evidente en términos de la rehabilitación de las instituciones GARRETT (2007) pp. 936-937. A su turno, O´Sullivan también confirma que el objetivo del Departamento de Justicia Norteamericano tras estos acuerdos es la rehabilitación y la disuasión de las colectividades. Los DPA normalmente contienen menciones que tienden a que la entidad evite incurrir en delitos en el futuro. En O´SULLIVAN (2014) pp. 60-77. Además, se ha expresado que estos acuerdos, pese a prescindir de la pena, han sido útiles para evitar la comisión de nuevos delitos por parte de otras colectividades. Se ha llamado la atención sobre el despropósito que conlleva condenar a una institución que tiene un programa

d.1.- Suspensión condicional del procedimiento:

El artículo 25[766] de la Ley N° 20.393 regula la suspensión condicional del procedimiento. Se trata de una salida alternativa al juicio oral que supone el acuerdo de la persona jurídica, del Ministerio Público y la aprobación del juez de garantía.

---

de cumplimiento funcionando. En WEISSMANN y NEWMAN (2007) pp. 411-427. El legislador nacional decidió no dar lugar a la aplicación del principio de oportunidad respecto de las agrupaciones de personas sin mayor debate sobre el punto. En todo caso la disposición venía en esos términos desde el Mensaje Presidencial con el que se da inicio a su tramitación. Lo expresado es sin perjuicio que pese a que algunos de los delitos contemplados, al día de hoy, en el listado del artículo primero de la Ley, por su penalidad, podrían dar lugar a la aplicación del principio de oportunidad, respecto de las personas naturales que son autores o partícipes en los hechos. Esta diferencia, entre personas naturales y jurídicas, puede cuestionarse desde el principio de igualdad ante la ley, dado que podría traducirse en una persecución penal exclusivamente de la entidad y no de la persona jurídica que hubiese cometido el ilícito. No resulta claro cuáles fueron los motivos del legislador al privar de esta herramienta flexible a la persecución penal de los delitos cometidos por colectividades, máxime cuando haberlo hecho puede cuestionarse por los aludidos motivos. Más allá de los problemas de aplicación no igualitaria de la ley, el principio de oportunidad es una herramienta eminentemente discrecional, que de existir permitiría una lectura en clave de persuasión, toda vez que es posible no iniciar o en algunos casos interrumpir, la pesquisa de los ilícitos cometidos por las colectividades lo que puede resultar ser una buena decisión desde la finalidad de autorregulación. Ello sin perjuicio de que su aplicación, como lo es siempre en materia de oportunidad, debe ser de manera casuística. En el mismo sentido, la oportunidad podría ser una importante herramienta persuasiva y valiosa cuando el juzgamiento y la condena de la entidad pueden resultar perjudiciales para accionistas, trabajadores o la comunidad en general. En GIMENO (2014) pp. 181 y ss. En caso de admitirse su procedencia debería quedar condicionada a la adopción de algunas medidas estructurales como implementar un programa de prevención de delitos. Asimismo, de llegar a admitirse mediante una reforma legislativa, la Fiscalía debería tener un papel relevante en la definición de criterios generales a considerarse para efectos de su aplicación.

[766] Artículo 25 de la Ley N° 20.393. "Artículo 25.- Suspensión condicional del procedimiento. La suspensión condicional del procedimiento podrá decretarse siempre que no existiere una condena u otra suspensión condicional del procedimiento vigente, respecto de la persona jurídica imputada por algunos de los delitos previstos en esta ley.

Puede calificarse como una medida coactiva, que no implica reconocimiento de culpabilidad, pero que somete al imputado a una serie de condiciones por un tiempo determinado, durante el que el imputado quedará sujeto a supervisión judicial. El Ministerio Público posee facultades discrecionales en relación con la procedencia de la institución.

Es un mecanismo que participa del principio de consenso, en cuya virtud, los intervinientes celebran acuerdos sobre un determinado acto procesal, el que luego de ser aprobado produce consecuencias para el proceso penal. Este consenso adquiere muchas formas, una de éstas son las salidas alternativas que son de naturaleza no punitiva. En virtud de estos acuerdos se evita la pena y el proceso penal. A diferencia del principio de oportunidad que importa un no inicio o abandono de la pesquisa criminal, de acuerdo al principio del consenso acontece una situación diversa, en cuya virtud el procedimiento queda en suspenso hasta que el imputado cumpla las condiciones o cometa un nuevo delito[767].

Los requisitos para su procedencia de acuerdo a esta disposición son:

El juez de garantía dispondrá, según correspondiere, que durante el período de suspensión, el que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a tres años, la persona jurídica esté sujeta al cumplimiento de una o más de las siguientes condiciones:

1) Pagar una determinada suma a beneficio fiscal.

2) Prestar un determinado servicio a favor de la comunidad.

3) Informar periódicamente su estado financiero a la institución que se determinare.

4) Implementar un programa para hacer efectivo el modelo de organización, administración y supervisión a que se refiere el artículo 4°.

5) Cualquiera otra condición que resulte adecuada en consideración a las circunstancias del caso concreto y fuere propuesta, fundadamente, por el Ministerio Público. En los casos en que el juez imponga la medida señalada en el número 1), deberá comunicarlo a la Tesorería General de la República."

[767] DEL RÍO (2008) pp. 158 y ss.

1.- La no existencia de una condena

2.- La no existencia de una suspensión condicional del procedimiento vigente

De inmediato surge la pregunta por la aplicación de los demás requisitos contemplados en el Código procesal penal respecto del instituto de la suspensión condicional, como el relativo a que la pena probable no puede superar los tres años de privación de libertad, sin perjuicio que obviamente la entidad ni puede quedar sometida a una sanción privativa o restrictiva de libertad, las eventuales sanciones son clasificadas como penas de crímenes o simples delitos por la Ley N° 20.393. El artículo 25 que regula la suspensión condicional de las entidades, nada dice en relación con la pena en concreto ni tampoco si solo procede respecto de las sanciones de simples delitos o también respecto de las de crímenes, definidas de acuerdo a la escala plasmada en el artículo 14 de la misma ley. Si bien por aplicación supletoria del Código procesal penal se entiende que rige lo ahí contemplado en relación con las personas jurídicas, como por ejemplo, que la suspensión es un acuerdo entre el fiscal y el imputado persona jurídica, la aplicación supletoria rige en la medida que sea pertinente, por lo que dado que las penas para las personas jurídicas son distintas a las dispuestas respecto de las naturales, no es posible hacer aplicación del requisito contemplado en la letra a) del artículo 237 del Código procesal penal, que dispone que la pena en concreto no supere los tres años de privación de libertad, toda vez que este tipo de sanciones no resultan pertinentes para las personas jurídicas que carecen de corporeidad.

De lo referido se puede concluir que los tres años de una pena concreta privativa de libertad, no se condice con la calificación de penas de crímenes y de simples delitos que establece el artículo 14 de la Ley N° 20.393, por lo que resulta evidente la no pertinencia de este requisito, motivo por el cual no debe aplicarse supletoriamente el Código procesal penal respecto de este concreto punto. Además, cuando el legislador quiso limitar la procedencia de una institución procesal determinada, lo hizo como acontece en

el artículo 27 de la ley, sobre procedimiento abreviado, en la cual lo restringe a los casos en que el fiscal requiera de la imposición de una o más penas de simple delito[768].

De acuerdo a lo explicitado en el apartado anterior, queda en evidencia que el legislador estableció que la suspensión condicional procede respecto de todos los delitos, tengan

[768] En el caso Soquimich el querellante Consejo de Defensa del Estado interpuso recurso de apelación en contra de la suspensión condicional del procedimiento a que arribó la fiscalía con las tres personas jurídicas imputadas: Soquimich, Soquimich Salar S.A. y Soquimich Nitratos S.A. Las condiciones que fueron aprobadas por el Juez de Garantía fueron: 1) Pagar la suma única entre las tres sociedades de $900 millones de pesos, dentro del plazo de 60 días, una vez ejecutoriada la resolución, a la Tesorería General de la Republica. Ofíciese a la Tesorería General de la Republica, una vez ejecutoriada. 2) Entregar al Ministerio Público dentro del plazo de 4 meses, una vez ejecutoriada esta resolución, un informe que contenga un modelo de prevención del delito, programa de capacitación interna, con referencia a la legislación Canadiense, Americana y Alemana, debidamente certificada con informe en derecho de dos profesores universitarios que tengan un doctorado en derecho penal y 3) Donar la suma única entre las 3 sociedades de $1.650 millones de pesos, dividas en partes iguales, dentro del plazo de 60 días, una vez ejecutoriada la resolución, donación que serán divididas en las siguientes instituciones: A) La suma de $650 millones de pesos deberán ser donados a la Fundación Debra Chile. B) La suma de $550 millones deberán ser donados al Hospital Sanatorio Marítimo San Juan de Dios de Viña del Mar. C) La suma de $250 millones deberán ser donados a la Fundación *Pequeño Cottolengo* ubicada en Cerrillos. D) Y la suma restante de $200 millones deberán ser donados a la Escuela Toki de la Isla de Rapa Nui. La parte querellante dedujo recurso de apelación en contra de la resolución que aprobó dicha suspensión condicional y que fijó las condiciones mencionadas. Los fundamentos del recurso fueron que la suspensión condicional del procedimiento fue regulada por el legislador con miras a evitar el juzgamiento de delitos de poca importancia o bagatela. En este caso se trata de delitos de sobornos, por lo que no debería ser posible aplicar esta salida alternativa sin más límite que carecer de condena o de suspensión condicional vigente. De no existir más requisitos que los dos contemplados en el artículo 25 de la Ley, es posible colegir que esta salida alternativa procede respecto de todos los delitos contemplados en dicha ley especial. Finalmente la Corte estimó que se dio cumplimiento al Código procesal penal y la ley que sanciona a las colectividades, por lo que rechazó el recurso de apelación. El fundamento fue que el fiscal fue quien se encuentra en mejor posición para decidir el curso que debe seguir una investigación. *CASO SOQUIMICH*, Rol Corte de Apelaciones de Santiago N° 734-2018.

pena de crimen o de simple delito, de lo que se infiere que quiso proporcionar esta herramienta de manera amplia. Esto se explica porque la suspensión condicional, por excelencia, es una alternativa al juicio y a la pena, permitiendo al mismo tiempo propender a la finalidad de la autorregulación.

El órgano persecutor tiene discrecionalidad para invocar la suspensión condicional del procedimiento, lo que, sumado a las condiciones que pueden establecerse para que el caso quede en suspenso, su procedencia respecto de todos los delitos contemplados en la Ley N° 20.393 determina que se esté ante una institución que constituye una salida no punitiva y que puede favorecer la persuasión por sobre el castigo de las organizaciones.

A mayor abundamiento, puede emplearse como la *probation* vigente en el sistema norteamericano, pero sin que exista un juicio previo de culpabilidad. En todo caso, para que la persuasión de la entidad logre influir positivamente en su autorregulación, será necesario que las condiciones que se escojan sean conducentes al cumplimiento normativo y, en general, al perfeccionamiento de su administración. De esta manera, es posible que fiscal e imputado acuerden condiciones que en caso de cumplirse satisfactoriamente, extingan la responsabilidad penal y al mismo tiempo logren mejorar su autorregulación.

El incentivo de las personas jurídicas imputadas para celebrar este tipo de acuerdos es relevante, porque les permite evitar la sanción. Para las autoridades también debería serlo, porque constituye una importante oportunidad de someter a la entidad a un conjunto de condiciones que resuelvan sus defectos de organización, como por ejemplo, si las condiciones consisten en el someterse a una supervisión, capacitarse, adoptar modelos de prevención de delitos, entre otras. Otro aspecto positivo de la suspensión condicional es que permite la supervisión judicial, lo que puede ser muy útil para garantizar el cumplimiento de las condiciones. También resulta positiva desde la regulación responsiva porque supone la colaboración de la organización, tanto en la determinación de las condiciones, como respecto de su cumplimiento.

En suma, la suspensión condicional es una herramienta persuasiva, que puede mejorar el nivel de cumplimiento de la organización, sirviéndose del beneficio que le franquea a la entidad el evitar el juicio y la pena. Bajo este escenario es probable que la organización decida aceptar condiciones, tales como, suscribir un modelo de prevención de delitos, reparar pagando una determinada indemnización, realizar trabajo comunitario, ser sometida a una auditoría externa, someterse a una intervención, entre otras muchas medidas o condiciones posibles.

Las condiciones que pueden imponerse, de acuerdo al texto del artículo 25, son las siguientes:

1. Pagar una suma de dinero a beneficio fiscal.
2. Prestar un servicio a favor de la comunidad.
3. Informar periódicamente su estado financiero a una institución que se determine.
4. Implementar un programa para hacer efectivo el modelo de organización, administración y supervisión contemplado en el artículo 4 de la ley.
5. Cualquier otra condición que resulte adecuada para el caso concreto y que fuere propuesta por el Ministerio Público.

La fiscalía chilena se ha apoyado en esta herramienta desde la entrada en vigencia de esta ley. Las medidas adoptadas dan cuenta de una tendencia del órgano persecutor a optar por condiciones que promueven mejoras en la organización, en la prevención de delitos y medidas de reparación. Desde la entrada en vigencia de la Ley se han realizado al menos 8[769] suspensiones condicionales del procedimiento. La primera de ellas ofrece un panorama muy claro en relación con la naturaleza persuasiva de esta institución.

[769] Suspensión Condicional del Procedimiento, caso RUC 1101272897-4, *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA INDUSTRIAS CERESITA (2013);* Suspensión Condicional del Procedimiento, caso RUC 1600245171-2, *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA SOQUIMICH, SOQUIMICH SALAR S.A. Y SOQUIMICH NITRATOS S.A.* (2018);

Para comprender mejor lo afirmado, resulta conveniente revisar la suspensión condicional del procedimiento en el caso Ceresita[770] toda vez que es muy ilustrador. La empresa de pinturas luego de ser formalizada por un delito de cohecho a funcionario público nacional, aceptó someterse a una suspensión condicional del procedimiento el día 30 de abril de 2013. La causa fue sobreseída definitivamente el 22 de julio de 2016, por cumplimiento de las condiciones.

Las condiciones acordadas se pueden clasificar en aquellas que propendieron a fomentar la autorregulación, sobre la base de mejorar el cumplimiento normativo y la conducta de la institución y, aquellas que se caracterizaron por alcanzar una reparación integral a través de la asunción de responsabilidad y compensación a la comunidad local.

Este caso representa un ejemplo relevante en el que se prefirió la persuasión por sobre el castigo de la entidad, con miras a mejorar su autorregulación y los daños causado. Las condiciones a que fue sometida la empresa fueron las siguientes:

a.- Mejoras relativas al cumplimiento normativo y de conducta de la institución:

a.1.- Aplicar un modelo de prevención de delitos que establece la Ley N° 20.393, conocido como *compliance*, debiendo exhibir y entregar a la Fiscalía Centro Norte y al

---

Suspensión Condicional del Procedimiento, caso RUC 0078311970-6, *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA EMPRESA SOCIEDAD DE TRANSPORTES CTS LTDA. (2018);* Suspensión Condicional del Procedimiento caso RUC 1001030985-4, *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA EMPRESA ASFALTOS CHILENOS (2015);* Suspensión Condicional del Procedimiento, caso RUC 1200597905-4, *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA EMPRESA EDULYM LIMITADA (2016)*; Suspensión Condicional del Procedimiento, caso RUC 1200084351-0, *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA UNIVERSIDAD INTERNACIONAL Y UNIVERSIDAD PEDRO DE VALDIVIA (2016);* Suspensión Condicional del Procedimiento, caso RUC 1500166033-8, *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA EMPRESA CAVAL LTDA. (2018).*

[770] *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA INDUSTRIAS CERESITA (2013).*

Juez Presidente del 3ª Juzgado de Garantía de Santiago, la certificación y documentos que acrediten la aplicación del modelo, su evaluación y sistema de control permanente.

En este punto, conviene tener presente que al momento de cometerse el delito de cohecho la empresa no contaba con un programa de prevención de delitos. A partir de esta suspensión, no solo se establece que debe adoptarlo, sino que además éste debe ser presentado ante la fiscalía y el juez. Asimismo la corporación debe demostrar que no se trata de un modelo estático, sino que debió establecer mecanismos de control de carácter permanente.

a.2.- La empresa acepta que los antecedentes de la investigación sean utilizados para fines académicos y para estudio de modelos de prevención de delitos.

a.3.- Se mantenga en funcionamiento el modelo de prevención de delitos de la Ley N° 20.393, a cargo de un oficial de cumplimiento. Y que se remita cada seis meses un informe del funcionamiento del referido modelo a la fiscalía. Debiendo remitir el primer informe el 31/07/2016.

Esta condición se traduce en la supervisión del modelo de prevención de delitos y la obligatoriedad de contar con un encargado de prevención. Obviamente su establecimiento obedeció al propósito de asegurarse que la entidad cumpla con las obligaciones de supervisión y dirección, mediante la adopción de un modelo que estuviese funcionando de manera permanente.

b.- Reparación integral:

b.1.- Abandonar la comuna de Recoleta, trasladar físicamente sus faenas industriales y productivas fuera de los límites de la comuna y cumplir la normativa medio ambiental.

b.2.- Demoler todas las instalaciones de la planta o empresa ubicada en calle Gabriel Palma Nº 820, lo que comprende la superficie total de 18.621 m2.

b.3.- Acreditar que el predio singularizado en el número 2, está exento de todo riesgo para la salud de la población. Para estos efectos debe realizar un estudio de "Evaluación de Riesgos" y en el caso que dicho estudio lo determine, deberá ejecutar un "Plan de Remediación", con el cual el área remediada quede apta para cualquier tipo de uso de suelo que se le quiera dar en el futuro al terreno, lo que debe ser certificado por la SEREMI de Salud Metropolitana. El estudio debe ser ejecutado por Fundación Chile, el IDIEM o el DICTUC.

b.4.- Donar al Fisco de Chile, a través del Ministerio de Bienes Nacionales, 6.000 metros cuadrados del predio ubicado en calle Gabriel Palma Nº 820, bajo la finalidad de que dicho predio se transforme en un parque arbóreo, deportivo y social a beneficio de la comunidad de Recoleta. Certificados de pagos de servicios básicos del inmueble.

b.5.- Desarrollar un sistema interconectado de parques a partir de la donación de los terrenos ya indicados dentro del terreno industrial y comercial ubicado en calle Gabriel Palma Nº 820. Para estos efectos construirá dentro del parque una cancha de fútbol, paseos peatonales, senderos, juegos infantiles, implementación deportiva estacionaria, césped, flores, iluminación, etc.

b.6.- Pintar las fachadas correspondientes a las casas-habitación y que enfrenten las calles mencionadas en la suspensión condicional del procedimiento.

b.7.- Equipar a todos los consultorios de la comuna de Recoleta con un equipo para enfermedades respiratorias.

b.8.- Establecer un programa de becas durante el año 2017, para un total de 40 alumnos, por el 100 % de la matrícula y mensualidad, durante los cinco años de duración de la carrera, que comienzan a partir del año 2017, las cuales se desglosan de la siguiente manera:

- 4 becas en pedagogía en matemáticas vespertino.

- 6 en educación básica diurno.
- 6 en pedagogía en educación física vespertino.
- 4 para derecho vespertino.
- 4 para psicología diurno.
- 4 para psicología vespertino.
- 4 para ingeniería comercial vespertino.
- 4 para ingeniería en computación e informantica vespertino, y
- 4 para terapia ocupacional.
- Se hace presente que existe un reglamento y sistema de la manera en que van a ser otorgadas (postulación pública).

Otra de las condiciones que se estableció respecto de la empresa, fue que debía costear un anuncio en la vía pública, en el que se publiciten las condiciones adoptadas. Dicha condición es muy similar a la pena accesoria del artículo 13, letra a) de la ley, en virtud de la cual la corporación debe publicar un extracto de la parte resolutiva de la sentencia condenatoria en el Diario Oficial u otro de circulación nacional. La finalidad de publicitar el acuerdo, el que si bien no es una sentencia condenatoria, de todas formas pudo afectar reputacionalmente a la empresa. Por este motivo se estima que esta condición tuvo una naturaleza más punitiva que persuasiva.

Para que esta herramienta pueda ser empleada de manera persuasiva, resulta fundamental que el fiscal participe en la negociación de las condiciones junto con la organización imputada y posteriormente el juez que autoriza la suspensión condicional del procedimiento, tenga en vista la finalidad de la autorregulación como derrotero principal, toda vez que de otro modo la herramienta puede perder parte del valor del que está dotada. Este punto es relevante, toda vez que en suspensiones condicionales realizadas con otras instituciones, las condiciones han sido menos exigentes, y si bien han comprendido el pago de importantes sumas de dinero y la adopción de modelos de prevención de delitos, nada se ha dicho respecto de la existencia de los encargados de

prevención, de la supervisión judicial o de un tercero, entre otras muchas posibles medidas, que podrían asegurar de mejor manera que exista un ostensible perfeccionamiento de la autoorganización de la empresa[771].

d.2.- Procedimiento abreviado y procedimiento simplificado con admisión de responsabilidad

El procedimiento abreviado y el simplificado con admisión de responsabilidad, si bien consisten en procedimientos especiales que pueden culminar con la aplicación de una pena, la negociación y los acuerdos (consensos) que preceden a los procedimientos, pueden ser interpretados en clave de persuasión. En este sentido, el incentivo de obtener una pena más benigna deja un margen, para que dentro de la negociación se promueva la colaboración con la indagación estatal aceptando el procedimiento abreviado o admitiendo responsabilidad en el caso del simplificado. Además, también para llegar a la pena en concreto que determina la procedencia de estos procedimientos especiales, es

[771] Por ejemplo en el caso Suspensión Condicional del Procedimiento del Ministerio Público contra Empresa Asfaltos Chilenos S.A, de 16 de octubre de 2015, en la que las condiciones fijadas fueron las siguientes: "…1.- Implementar un programa para hacer efectivo el modelo de organización, administración y supervición dentro de la empresa para evitar la comision de delitos. El plazo para implementarlo es de 10 meses. 2.- Donación de equipos computaciones por un monto de $10.200.000, los cuales seran entregados a algun centro educacional correspondiente al territorio de la fiscalia centro norte…". Como se aprecia nada se dice respecto de la implementación del modelo, de la supervisión, de su eficacia, de la existencia de un encargado de prevención de delitos; en *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA EMPRESA ASFALTOS CHILENOS S.A.* (2015). En el mismo sentido, y sin ninguna finalidad de mejorar la autorrregulación de la organización, sino más bien el propósito que deje de existir, se aprecia en la Suspensión Condicional del Procedimiento del Ministerio Público contra Empresa Caval Ltda., de fecha 8 de marzo de 2018. En este caso la condición aceptada fue la siguiente: "*…Respecto de la Sociedad Caval Ltda. (Sólo arista Saydex) Condición: Iniciar los trámites necesarios para la liquidación y disolución de la persona jurídica Caval Ltda.…";* en *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA EMPRESA CAVAL LTDA.* (2018).

posible que se incurra en comportamientos post delictivos, que puedan dar lugar a algunas de las circunstancias atenuantes contempladas en el artículo 6 de la ley.

De esta manera, el carácter persuasivo deriva de la aceptación y negociación que se realiza entre fiscal e imputado, que además debe ser aprobado por el juez. La pena puede ser modificada para poder incardinar el delito imputado en algunos de estos procedimientos. En el caso del abreviado se deben aceptar los antecedentes de la investigación y los hechos propuestos por el fiscal en la acusación, mientras que en procedimiento simplificado debe admitir su responsabilidad en los hechos. Por su parte, el imputado requiere expresar su consentimiento de manera libre y voluntaria, aceptando los antecedentes de la investigación y los hechos de la acusación, junto con la circunstancia de someterse a este procedimiento especial.

El artículo 27[772] de la normativa regula el procedimiento abreviado para las personas jurídicas. Llama la atención que a diferencia de la suspensión condicional del procedimiento, el legislador dispone que el abreviado solo procede cuando el fiscal solicita la aplicación de una o más penas de simple delito (penas concretas). En esta disposición no distingue si la pena de simple delito lo es un su grado mínimo o medio, como sí lo hace el artículo 26, a efectos de diferenciar si el procedimiento aplicable corresponde al ordinario o al simplificado. Esto ¿significa que la misma pena de simple delito procede para aplicar el procedimiento simplificado y el abreviado? La respuesta es negativa y la solución se encuentra en el artículo 26, toda vez que el procedimiento simplificado rige en la medida que el fiscal solicite la imposición de una pena de simple

[772] Artículo 27 de la Ley N° 20.393. "Artículo 27.- Procedimiento abreviado. El procedimiento establecido en los artículos 406 y siguientes del Código Procesal Penal será aplicable para determinar la responsabilidad y para imponer las sanciones establecidas en la presente ley.

Se seguirá este procedimiento para conocer y fallar los hechos respecto de los cuales el fiscal requiriere la imposición de una o más penas de simple delito.

El tribunal no podrá imponer una pena superior ni más desfavorable a la requerida por el fiscal."

delito en su grado mínimo. A su turno, cuando solicite una de simple delito en su grado medio, rigen las normas del procedimiento ordinario, por lo que podrá ser tramitado conforme a las normas del procedimiento abreviado.

Como se indicó, el fiscal tiene facultades discrecionales (dentro de un marco legal) para proponer el procedimiento abreviado. Por su parte, el imputado debe aceptar los hechos y antecedentes de la investigación. El juez verifica el cumplimiento de los requisitos legales. En el caso del procedimiento simplificado, el artículo 395 del Código procesal penal, también le permite al fiscal modificar la pena para el evento que el imputado admitiera su responsabilidad.

En el caso de los delitos que tienen asignada una pena de crimen, dado que la sanción que determina la procedencia del procedimiento, sea abreviado o simplificado, es la que concretamente solicite el fiscal, es posible que con el juego de atenuantes y agravantes, en particular las del artículo 6 de la ley, pueda rebajarse el marco penal abstracto y las sanciones que finalmente resulten aplicables correspondan a las de simples delitos. Esto además se encuentra expresamente reconocido en el artículo 16 inciso tercero, que indica que en el caso de los crímenes, si concurren dos o más atenuantes y ninguna agravante, deberán aplicarse dos penas de simples delitos. Entonces, si el fiscal realiza este cálculo invocando la procedencia de circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, podrá solicitar el procedimiento abreviado aun cuando de acuerdo al artículo 15 (determinación legal de la pena) la sanción establecida por el legislador correspondía a una de crimen. Por lo tanto, es procedente respecto de todos los delitos contemplados en el catálogo, siempre que la pena concreta solicitada por el Ministerio Público sea de simple delito.

En la actualidad se han tramitado cuatro procedimientos abreviados habiéndose condenado a las personas jurídicas en todos los casos[773]. Las sentencias no profundizan

[773] Caso Salmones Colbún, RUC 1201092968-5, condena del 12 de agosto de 2013, dictada por el Juzgado de Garantía de Talca, condenados a la pena de multa, en su grado mínimo, de quinientos UTM y la

mayormente respecto de la culpabilidad de la entidad o los requisitos que debe tener un modelo de prevención de delitos. Al contrario, solo constata que no existe dicho programa por lo que no se han cumplido los deberes de dirección y supervisión. Tampoco se ha hecho referencia a la relación de causalidad o de imputación objetiva que debe darse entre el delito de conexión y la infracción de los aludidos deberes.

En conclusión, la posibilidad de una lectura en clave de persuasión se configura, en el caso del procedimiento abreviado, por la aceptación de los hechos materia de la acusación y de los antecedentes de la investigación que la fundaren, toda vez que este reconocimiento es una manera de colaborar con la investigación y por ello se reconoce el artículo 11 N° 9[774]. Además, porque también pueden verificarse las otras atenuantes

---

perdida, en su grado mínimo, del 40 % (cuarenta por ciento) de los beneficios fiscales que actualmente mantienen y, si no los tuvieran, a la prohibición absoluta para obtenerlos por el termino de tres años, en *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA SALMONES COLBÚN LIMITADA;* Caso Áridos Maggi, RUC 1000854916-3, condena del 14 de abril de 2014 por el Juzgado de garantía de Chillán a la pena de prohibicion temporal de celebrar actos y contratos con organismos del estado en su grado minimo por dos años, la prohibición absoluta de recepción de beneficio fiscales, por el término de dos años, y a las accesorias de publicación de un extracto de esta sentencia en el Diario Oficial y el comiso de la especie incautada, esto es, dos cheques, en *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA SOCIEDAD ÁRIDOS MAGGI LIMITADA (*2014); Caso Empresa Pehuenche, RUC 1400129785-7, condena del 19 de agosto de 2015, dictada por el 7 ° Juzgado de Garantía de Santiago a las penas como autor del delito consumado de cohecho a la pena de prohibición de celebrar actos y contratos con el Estado, sin perjuicio de las obligaciones que se generen por contratos celebrados con anterioridad a la dictación de la presente sentencia, por el término de 4 años, multa de 680 UTM, la que deberá pagar en 24 cuotas mensuales, iguales y sucesivas y la obligación de efectuar la publicación de la presente sentencia en el Diario Oficial a más tardar dentro del mes de septiembre de 2015, en *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA EMPRESA CONSTRUCTORA PEHUENCHE* (2014); Caso Universidad del Mar, RUC 1200084351-0, condena del 2 de junio de 2016, dictada por el 8° Juzgado de Garantía de Santiago a las penas de pena de multa de 2.000 Unidades Tributarias Mensuales, accesoria del artículo 13 N° 1, de la Ley 20.393, esto es, la publicación en el Diario Oficial, a costa de la Universidad, de un extracto de esta sentencia, en *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA UNIVERSIDAD DEL MAR* (2016).

[774] Artículo 407 del Código procesal penal en el que se reconoce explícitamente la atenuante del 11 N° 9 del Código penal, respecto del procedimiento abreviado.

del artículo N° 6, lo que se realiza con miras a negociar la pena, sea en el contexto de un procedimiento abreviado o de uno simplificado.

e.- Suspensión de la condena

El artículo 29[775] de la Ley N° 20.393 establece la posibilidad de suspender la condena siempre que la sanción impuesta no sobrepase la pena de simple delito en su grado mínimo.

Los elementos que debe considerar el juez para motivar su decisión de suspender son: el número de trabajadores o las ventas netas anuales o los montos de exportación. Ésta debe tener una duración de mínimo de seis meses y no superior a dos años. También puede sustraerse de los efectos de la pena de comiso. En caso que transcurra el plazo fijado sin que la entidad hubiese sido objeto de un nuevo requerimiento o de una nueva formalización, el tribunal decretará el sobreseimiento definitivo del caso.

En virtud de esta institución se conceden facultades discrecionales al juez para suspender la aplicación de la condena, sin perjuicio que la ley le proporciona al sentenciador ciertos elementos para adoptar esta decisión. Esta institución tiene una

[775] "Artículo 29.- Suspensión de la condena. Si en la sentencia condenatoria el tribunal impusiere alguna pena de simple delito en su grado mínimo, podrá, mediante resolución fundada y de manera excepcional, considerando especialmente el número de trabajadores o las ventas anuales netas o los montos de exportación de la empresa, disponer la suspensión de la condena y sus efectos por un plazo no inferior a seis meses ni superior a dos años. En este caso, el tribunal podrá sustraer de este efecto la pena accesoria de comiso. Tratándose de empresas del Estado o de empresas que prestan un servicio de utilidad pública cuya interrupción pudiere causar graves consecuencias sociales y económicas o daños serios a la comunidad, el juez podrá disponer la suspensión cualquiera fuere la pena impuesta en la sentencia. Transcurrido el plazo previsto en el inciso primero sin que la persona jurídica hubiere sido objeto de nuevo requerimiento o de una nueva formalización de la investigación, el tribunal dejará sin efecto la sentencia y, en su reemplazo, decretará el sobreseimiento definitivo de la causa. Esta suspensión no afecta la responsabilidad civil derivada del delito.".

finalidad persuasiva dado que la suspensión está sujeta a la condición de no ser requerido y formalizado dentro del plazo, con lo que en definitiva se promueve que enmiende su regulación previniendo futuros delitos, dado que si no lo hace y es sujeto de nuevas imputaciones se aplicará la pena de manera efectiva.

Lo afirmado se vincula con la autorregulación toda vez que, en la medida que la empresa no sea formalizada ni requerida nuevamente, incluso su condena puede extinguirse y no solo suspenderse. Esto es propio de lo persuasivo que se enfoca en el comportamiento futuro por sobre el castigo de los hechos que cometió en el pasado.

La norma dispone que en el caso de las empresas del Estado o privadas que prestan un servicio de utilidad pública cuya suspensión pueda causar graves consecuencias sociales y económicas o daños serios a la comunidad, el juez puede decretar la suspensión sin importar la pena impuesta. Esto no hace más que confirmar que la medida mira al futuro, al comportamiento de la entidad más que el castigo de un hecho concreto. La razón es porque especialmente en estos casos resulta fundamental que la institución siga funcionando, lo relevante para el legislador es que se autorregule adecuadamente, que se prevengan y no cometa delitos en lo sucesivo.

CONCLUSIONES FINALES

Esta investigación se propuso responder la pregunta acerca de si, en materia de responsabilidad penal de las organizaciones, corresponde una cierta primacía a las herramientas persuasivas por sobre las punitivas. Metodológicamente, para confirmar o refutar la hipótesis de una respuesta afirmativa, el trabajo se dividió en cuatro capítulos. Cada capítulo arrojó algunas conclusiones preliminares, las que sirvieron de base para el desarrollo de los siguientes.

En el primer capítulo se revisó la discusión sobre los argumentos a favor y en contra de la capacidad de acción de las organizaciones. En ese contexto se afirmó que dicho debate ilustra sobre las diferencias que existen entre las propiedades del obrar humano y el de los entes morales. Sobre el punto se concluyó que resultaba necesario flexibilizar y adaptar la teoría del delito, de orden antropocéntrico, a las particularidades de las personas jurídicas, para dar lugar a un sistema penal de los entes colectivos.

Una de las diferencias que se manifestaron en relación con el delito individual y el colectivo, es la existencia de atributos que son exclusivos de las personas naturales, como la libertad y la autoconciencia. La circunstancia de que las colectividades no participen de éstos conlleva que a su respecto no pueda referirse la existencia de una auténtica culpabilidad, sino de un equivalente a ella. Debido a lo anterior, en su momento, se manifestó una predilección por el término "fundamento" de la responsabilidad por sobre el de "culpabilidad".

A su turno se reconoció que se compartía el concepto de culpabilidad (fundamento) desarrollado por Lampe y Heine, consistente en un reproche por el estado de la persona jurídica. El injusto colectivo está dado por una forma de organización defectuosa, que es a la vez causa y efecto de la infracción de deberes de dirección y supervigilancia. Estos deberes corresponden a la organización, lo que implica reconocer que ésta existe al menos para el derecho con independencia de las personas naturales que la conforman. El juicio de reproche responde entonces a que las colectividades son personas

institucionales, creadas por el ordenamiento jurídico para funcionar dentro de él. De ello se concluyó que el reproche penal cuestiona su forma de ser, cuando debido a su defectuosa administración, sobrepasan los riesgos permitidos. Lo expresado asume que, en el caso de las personas jurídicas, se está ante lo que podría calificarse como un derecho penal de autor.

Dado que las personas jurídicas son centros de imputación y entendemos que las normas penales constituyen expectativas de conductas institucionalizadas que una sociedad protege a través del castigo penal, es posible imputarles la frustración de dichas expectativas de conducta. El castigo tiene así por finalidad lograr un cambio de comportamiento y carácter, toda vez que con ello es posible prevenir la comisión de nuevos delitos en el futuro. En definitiva, se procura incentivar a las personas jurídicas para que gestionen ellas mismas sus riesgos dentro del rango de lo permitido.

En este sentido, no puede extrañar que la pena impuesta a la persona jurídica afecte también a las personas naturales que la conforman; de este modo se promueve que ellas corrijan los déficits de la organización. Esto es una consecuencia necesaria de la constitución de las colectividades, puesto que su administración es realizada por personas naturales.

En el capítulo segundo se examinó la hipótesis de la primacía de los mecanismos persuasivos para lograr el cumplimiento normativo desde la siguiente interrogante: de entre los modelos punitivos y persuasivos, ¿cuál permite elevar de mejor manera los niveles de cumplimiento dentro de la colectividad o garantiza de un modo más efectivo una adecuada autorregulación?

Los mecanismos persuasivos y punitivos para promover la autorregulación de las personas jurídicas se aplican conjuntamente durante el proceso regulatorio responsivo. Esto implica reconocer que la finalidad de la pena para las personas jurídicas se incardina dentro del proceso regulatorio, cuyo objetivo es que, a través del cumplimiento

normativo, la entidad se gestione dentro de los riesgos permitidos, puesto que con ello se previene la comisión de delitos. Por eso, ambas clases de herramientas, las persuasivas y las punitivas, son indispensables. El punto está en que, si bien la amenaza de castigar promueve el establecimiento de regulaciones internas, externas y estimula progresos en la ética de la corporación, lo punitivo no siempre logra mejorar el cumplimiento normativo.

Para enfrentar mejor esta cuestión, se elaboró un concepto de autorregulación regulada, que la caracteriza como una autoimposición de regulaciones y principios en la conducción de los riesgos que le son propios. La circunstancia de que la regulación sea entregada al propio destinatario se debe al incremento de la complejidad característico de las sociedades contemporáneas, que exige o impone un cierto grado de cooperación entre el Estado y los sujetos regulados. De esta manera, el Estado procura motivar a la colectividad para que adopte una determinada autoorganización. Para ello cuenta con herramientas punitivas y persuasivas. Se consignó que la autorregulación puede ser incluida así dentro de las concepciones reflexivas del derecho, que surgen frente a la rigidez de los modelos formales.

Las razones de esta evolución del concepto de derecho son múltiples, pero es posible afirmar que obedecen a la necesidad de buscar alternativas, considerando que la sociedad actual es policéntrica (funcionalmente diferenciada), especializada y tecnificada. Lo expresado se traduce en que el derecho debe ser capaz de adecuarse con velocidad a los cambios que se experimentan, sacrificando en parte su formalidad en aras de la flexibilidad. Esta flexibilidad se encuentra en lo responsivo.

Frente a la pregunta sobre la legitimidad de la autorregulación regulada en el ámbito penal, se explicitó que las principales dificultades emanan de la circunstancia de que la configuración del defecto de organización queda entregada al propio destinatario de la norma penal. Se concluyó que eventuales dudas en el plano de la legitimación se superan desde que este tipo de responsabilidad supone tanto la infracción de una norma penal por

parte de una persona física, como la constatación de un estado disfuncional de la corporación que favorezca la comisión de ese delito. La ley que establece los presupuestos de la responsabilidad penal de la persona jurídica no opera, así, como una especie de ley penal en blanco, donde el destino de la remisión sea la voluntad del mismo ente colectivo. La autorregulación de la persona jurídica se refiere a su deber de cuidado o de vigilancia respecto de la conducción de los riesgos que le son propios, lo cual no se entrega a su criterio, sino que está definido por el marco que le proporcionan las disposiciones estatales y las reglas internas que emanan del proceso de autorregulación en concordancia con los estándares legales.

Más adelante, después de revisar las estrategias punitivas y persuasivas, se afirmó que las primeras se caracterizan por utilizar la sanción y su amenaza para disuadir a las organizaciones de no incurrir en ilícitos y, las segundas, por privilegiar que el proceso de cumplimiento de la ley sea participativo y casuístico. Para las estrategias persuasivas, los déficits de organización de las empresas no deben ser castigados siempre.

Ambas estrategias conviven en la regulación responsiva que promueve que el Estado sea receptivo a la hora de regular. Para ello se debe determinar cómo la entidad se está administrando, antes de adoptar una decisión sobre persuadir o castigar. Tanto la opción por el castigo o la persuasión son legítimas.

También se concluyó que para que las instituciones persuasivas no pugnen con el principio de legalidad, ni afecten las garantías del sistema penal, los espacios de flexibilidad que se concedan a los operadores jurídicos, como jueces y fiscales, deben ser institutos regulados con cierto detalle en el ordenamiento jurídico vigente. Se pasa revista de modo ejemplar a la adopción de modelos de prevención de delitos, las salidas alternativas al proceso penal, el establecimiento de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, las reglas para la determinación judicial de la pena y la suspensión de la condena.

El capítulo tercero está dedicado al examen comparado de los sistemas norteamericano, italiano y español en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. El estudio se centra en la identificación de las instituciones persuasivas a la luz de lo expuesto en los capítulos anteriores.

En los tres sistemas analizados se reconoce la finalidad de autorregulación como propósito del legislador para justificar el establecimiento de sanciones aplicables a las personas jurídicas. Esto es válido incluso para el sistema norteamericano, que puede ser catalogado como vicarial o de heterorresponsabilidad.

El sistema norteamericano atribuye relevancia al estado de organización de la propia persona jurídica, puesto que valora ese estado -la calidad de su administración- antes y después de la comisión del delito. Esta valoración tiene lugar principalmente al momento de la determinación de la pena o de considerar alternativas a su imposición, y cuando se regula el ejercicio de las facultades discrecionales de los fiscales. En este sentido, la masiva aplicación de los acuerdos de *non prosecution agreement*, en los que el fiscal no presenta acusación a cambio de que el imputado cumpla con lo acordado con la fiscalía, y los *deferred prosecution agreement*, en los que se interpone la acusación pero el procedimiento no continúa siempre que el imputado dé cumplimiento a ciertas condiciones, expresan un reconocimiento de la idea de que bajo ciertas condiciones es más adecuado persuadir que castigar.

En el caso de la regulación italiana establecida mediante el Decreto Legislativo N° 231 de 2001, se trata de una responsabilidad de naturaleza administrativa. El modelo de atribución de responsabilidad penal es mixto, toda vez que comparte elementos del sistema vicarial y del modelo de culpabilidad por defecto de organización. De acuerdo a esta normativa, la autorregulación de las entidades es la finalidad que motiva su castigo, de modo que se establece una exención de responsabilidad cuando las colectividades hayan adoptado programas de cumplimiento.

El estudio del sistema italiano permitió identificar una técnica regulatoria responsiva que, en esta lógica, le otorga cierto margen de flexibilidad al juez penal. Ejemplo de ello es la posibilidad de modificar las penas en fase de ejecución, siempre que la persona jurídica demuestre que ha adoptado un programa de cumplimiento.

Por último se revisó el modelo español consagrado en la Ley Orgánica Constitucional 5/2010, con las modificaciones introducidas por la 1/2015. Precisamente mediante esta última modificación se incorporó en forma expresa el defecto de organización como elemento necesario del reproche penal, por lo que la adopción de modelos de cumplimiento eficaces tiene la virtualidad de eximir de responsabilidad y no solo de atenuarla, como ocurría bajo la normativa orgánica 5/2010. Adicionalmente, y en esta misma línea, se contempla la atenuación de responsabilidad en caso que la implementación del modelo se realice con posterioridad al delito, pero antes del juicio oral. La reforma de 2015 vino entonces a confirmar que el sistema español también tiene por finalidad la autorregulación del ente colectivo.

De los tres sistemas revisados, es el norteamericano el que concede un mayor espacio a las herramientas persuasivas. Esto se debe principalmente a que la ley faculta a los órganos encargados de la persecución penal para suspender o interrumpir dicha pesquisa en la medida que la entidad adopte medidas de corrección y reparación. Es muy probable que la flexibilidad de los sistemas anglosajones en relación con la oportunidad de la persecución (fiscales) y la determinación de la pena (jueces) explique su mejor sintonía con el uso de la persuasión. Por otro lado, se encuentra muy arraigada en la jurisprudencia y en la doctrina la idea de que la finalidad de la autorregulación es muy sensible a las características concretas y específicas del ente moral, lo que lleva a privilegiar la persuasión por sobre el castigo.

Es muy significativo que el modelo más antiguo entre los analizados, el sistema anglosajón, se oriente precisamente en el sentido de la persuasión por sobre el castigo. Lo que se puede inferir de su evolución, producto de la experiencia, es que el castigo de

las corporaciones no pocas veces se muestra incapaz de lograr la finalidad de la autorregulación, y que en esos casos lo más adecuado es enfrentar el problema mediante herramientas persuasivas.

En el capítulo cuarto y final se analizó la Ley N° 20.393, que consagró la responsabilidad penal de las personas jurídicas de derecho privado y empresas del Estado cuyos agentes incurran en alguno de los delitos mencionados en la misma ley y, junto con ello, estableció un procedimiento para su enjuiciamiento.

Un análisis detenido de la ley permite afirmar que ella es tributaria de una estrategia fundamentalmente punitiva. Sin embargo, la regulación también contempla instituciones que pueden ser catalogadas como persuasivas. Esta técnica legislativa es propia de una regulación responsiva, que procura alcanzar el cumplimiento normativo de las personas jurídicas, alternando la aplicación de mecanismos punitivos y persuasivos. La pregunta es si la ley recoge adecuadamente la idea de que, en cualquier modelo orientado a la autorregulación, las estrategias persuasivas han de tener preeminencia sobre las punitivas.

Pues ocurre que, a causa de las características propias del injusto colectivo y su temporalidad, la manera en que tiene lugar el proceso mismo de autorregulación -que supone la colaboración con la autoridad en el desarrollo del cumplimiento normativo-, y la circunstancia de que lo persuasivo es menos lesivo y más acorde con la naturaleza de *ultima ratio* del derecho penal, las herramientas persuasivas han de tener preeminencia.

A mayor abundamiento, la lógica persuasiva es coherente con un sistema preventivo, que traslada la gestión de los riesgos a un particular y lo insta a adoptar modelos de prevención de delitos, idealmente antes de la comisión del hecho de conexión. La amenaza de la pena es el incentivo para que la entidad se autorregule, pero la persuasión es fundamental para que realmente se prevenga la comisión de ilícitos.

Por otra parte, si bien de acuerdo al principio de legalidad el derecho penal se ha caracterizado como "de luz roja", lo que resulta opuesto a la flexibilidad, ésta ha ido ganando espacio en sistemas criminales como el de la responsabilidad penal de las personas jurídicas u otros en los que una de las finalidades del castigo se dirige al perfeccionamiento o reinserción de sus destinatarios[776].

En efecto, el análisis del fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de las alternativas regulatorias disponibles y de la experiencia comparada permite concluir que es más adecuado privilegiar el uso de herramientas persuasivas por sobre las punitivas. Las instituciones persuasivas: 1) Favorecen de mejor forma la autorregulación de la entidad; 2) Dependiendo del caso concreto, la aplicación de una pena puede ser perjudicial para la colectividad porque la sanción puede significar la "muerte" de la entidad o, en el extremo contrario, la asunción de un mero costo por la comisión de delitos; 3) Promueven que las organizaciones denuncien los delitos cometidos; 4) Facilitan la realización de investigaciones internas, lo que puede traducirse en una importante ayuda para la persecución penal estatal; 5) Los procesos participativos facilitan que la persona jurídica estudie su organización, reglamentación y conozca sus debilidades internas. Junto con ello, la elección de las medidas que sean más adecuadas puesto que el propio regulado es el responsable de la supervigilancia de sus riesgos, y a su vez, quien está en mejor posición de conocerlos y de cautelarlos; 6) Se facilita la capacitación de sus funcionarios y empleados al conocer de primera mano cómo se verificaron los ilícitos y 7) La pena no siempre va a dirigirse a generar modificaciones que permitan que la entidad eleve sus niveles de cumplimiento.

La Ley N° 20.393 admite hasta cierto punto una lectura en clave persuasiva, lo que hace posible su aplicación conforme a los criterios de una regulación responsiva y orientada al mejoramiento de los estándares de autorregulación. El trabajo desarrolla este enfoque respecto de las siguientes instituciones contempladas en la ley: 1) Los modelos de

[776] También ocurre en los sistemas penales de responsabilidad penal adolescente.

prevención de delitos que tienden a perfeccionar la autogestión de los riesgo y con ello prevenir los delitos; 2) Las circunstancias atenuantes de responsabilidad penal que admiten una lectura en clave de persuasión, en la medida que al momento de ser reconocidas se requiera que tiendan a la autorregulación de la entidad 3) La suspensión condicional del procedimiento, toda vez que permite adoptar condiciones que favorecen su cumplimiento normativo y ético, y evitar la pena; 4) El procedimiento abreviado y simplificado con admisión de responsabilidad gracias a que la negociación de la pena los que reduce dicha sanción y 5) La suspensión de la condena, que evita la pena y puede ser una adecuada herramienta para favorecer la persuasión de la persona jurídica.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

1. ARLEN, Jennifer y KRAAKMAN, Reinier (1997): "Controlling corporate misconduct: an analysis of corporate liability regimes", *New York University Law Review*, vol. 72, Nº 4: pp. 687-779.

2. ARROYO, Luis (2008): "Introducción a la autorregulación", en ARROYO, Luis y NIETO, Adán (edits.), *Autorregulación y sanciones* (Valladolid, Editorial Lex Nova) pp. 19-35.

3. ARROYO, Luis (1998): "Derecho penal económico y constitución", *Revista Penal*, vol. 1: pp.1-15.

4. ARTAZA, Osvaldo (2013a): *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal* (Madrid, Editorial Marcial Pons).

5. ARTAZA, Osvaldo (2013b): "Sistemas de prevención de delitos o programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad en sede jurídico penal", *Revista Política Criminal*, vol. 8, N°6: pp. 544-573.

6. ARTAZA, Osvaldo y GALLEGUILLOS, Sebastián (2018): "El deber de gestión del riesgo de corrupción en la empresa emanado de la Ley 20.393 de Chile: especial referencia a las exigencias de identificación y evaluación de riesgo", *Revista De Derecho de la Facultad de Derecho de la PUCP*, N° 81: pp. 227-262.

7. AYRES, Ian y BRAITHWAITE, John (1992): *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate* (Oxford, Oxford University Press).

8. BACIGALUPO SAGGESE, Silvina y LIZCANO, Jesús (2013): *Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas en delitos relacionados con la corrupción*, Colección de Estudios N°1 (Madrid, Eurosocial).

9. BACIGALUPO SAGGESE, Silvina (1998a): *La responsabilidad de las personas jurídicas* (Barcelona, Bosch, Casa Editorial, S.A.).

10. BACIGALUPO SAGGESE, Silvina (1998b): "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", en BACIGALUPO, Enrique (edit.), *Curso de derecho penal económico* (Madrid, Editorial Marcial Pons) pp. 80-104.

11. BACIGALUPO, Enrique (1998): "Teorías de la pena y responsabilidad penal de las personas jurídicas", en BACIGALUPO, Enrique (edit.), *Curso de derecho penal económico* (Madrid, Editorial Marcial Pons) pp. 44-59.

12. BACIGALUPO, Enrique (2000): "La responsabilidad penal y sancionatoria de las personas

jurídicas en el derecho europeo", en BACIGALUPO, Enrique (edit.), *Derecho penal económico* (Argentina, Editorial Hammurabi) pp. 65-86.

13. BAJO, Miguel (1981): "De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas", *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, vol. N° 34, mes 2-3: pp.371-380.

14. BAJO, Miguel (2006): "La vedada responsabilidad penal por el hecho de otro", en AA. VV., *Derecho y Justicia Penal en el siglo XXI*, (Madrid, Editorial Colex) pp. 69-89.

15. BAJO, Miguel (2008): "Nuevas tendencias en la concepción sustancial del injusto penal", *Revista In Dret*, N° 3: pp. 1-10.

16. BAJO, Miguel (2016): "Vigencia de la RPPJ en el derecho sancionador español", en AAVV, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas* (Navarra, Thomson Reuters, segunda edición) pp. 25-54.

17. BALDWIN, Robert (1990): "Why Rules don´t work", *The Modern Law Review*, vol. 53, N°3: pp. 321-337.

18. BALMACEDA, Gustavo y GUERRA, Rodrigo (2014): *Políticas de prevención de delitos en la empresa* (Santiago, Editorial Legal Publishing-Thomson Reuters).

19. BAUCELLS, Joan (2013): "Las penas previstas para la persona jurídica en la reforma penal de 2010. Un análisis crítico", *Estudios penales y criminológicos*, vol. N° XXXIII: pp. 175-218.

20. BECKER, Gary (1974): "Crime and punishment: an economic approach", en BECKER, Gary y LANDES, William (edits.), *Essays in the Economics of Crime and Punishment* (EE.UU. UMI) pp.1-54.

21. BEDECARRATZ, Francisco (2018): "La indeterminación del criminal compliance y el principio de legalidad", *Revista Política Criminal*, vol. 13, N° 25: pp. 208-232.

22. BERMÚDEZ, Jorge (1998): "Elementos para definir las sanciones administrativas", *Revista Chilena de Derecho*, N° especial: pp. 323-334.

23. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL: "Historia de la Ley N° 20.393. Establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica". Disponible en https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/4785/HLD_4785_9ffd40617cd5d85d61c9a58fb036b1b4.pdf, consultada el 18 de marzo de 2018.

24. BOETTIGER, Camila (2009): "El derecho administrativo sancionador en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Revista de Actualidad Jurídica*, vol. 20, Nº 2: pp. 577-596.

25. BOFILL, Jorge (2011): "Estructuras de imputación y prevención de delitos al interior de la persona jurídica", en AA.VV., *Gobiernos Corporativos, Aspectos Esenciales de las reformas a su regulación* (Santiago, Legal Publishing-Thomson Reuters): pp.175-182.

26. BRAITHWAITE, John (1985): *To punish or persuade. Enforcement of Coal Mine Safety* (New York, State University of New York Press).

27. BRAITHWAITE, John (2002): *Restorative Justice and Responsive Regulation* (New York, Oxford University Press).

28. BRAITHWAITE, John (2016): "Restorative justice and responsive regulation: the question of evidence", *Regnet Research Papers Australian National University*, N°51: pp. 1-30.

29. BRAVO, Daniel (2019): *De las sanciones penales a las personas jurídicas* (Santiago, Editorial Evolución).

30. BRICKEY, Kathleen (1982): "Corporate criminal accountability a brief history and an observation", *Washington University Law Quarterly*, vol.60, Issue N° 2: pp. 393-423.

31. BROWN, Darryl K. (2001): "Street crime, corporate crime, and the contingency of criminal liability", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 149: pp. 1295-1360.

32. BUENO, Santiago (2012): *Tratado General de Derecho Canónico* (Barcelona, Editorial Atelier, segunda edición).

33. CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE (2007): Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, Boletín N° 6423-07. Disponible en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20091105_03.pdf. Fecha de consulta: 19 de agosto de 2019.

34. CARNEVALI, Raúl (2010): "La criminalidad organizada. Una aproximación al derecho penal italiano, en particular la responsabilidad de las personas jurídicas y la confiscación", *Ius et Praxis*, vol.16, N° 2: pp. 273-330.

35. CARNEVALI, Raúl (2017): "La justicia restaurativa como mecanismo de solución de conflictos. Su examen desde el Derecho penal", *Revista Justicia Iuris*, vol.13, N° 1: pp. 122-132.

36. CARNEVALI, Raúl (2019): "Mecanismos alternativos de solución de conflictos en materia penal en Chile. Una propuesta de lege ferenda", *Ius et Praxis*, vol. 25, N° 1: pp. 415-438.

37. CAVERO, Percy (2005): "La responsabilidad penal de las personas jurídicas". Disponible en Downloads/Dialnet-LaResponsabilidadPenalDeLasPersonasJuridicas-5319474%20(1).pdf. Fecha de consulta: 27 de marzo de 2017.

38. COCA, Ivó (2013): "¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?", en SILVA, Jesús-María (Dir.) y MONTANER, Raquel (coord.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas* (Barcelona, Editorial Atelier) pp. 43-72.

39. COFFEE, John (1981): "No soul to damn: no body to kick: An unscandalized inquiry into the problem of corporate punishment", *Michigan Law Review*, vol. 79, Nº 3: pp.386-459.

40. COLLADO, Rafael (2013): *Empresas criminales. Un análisis de los modelos legales de responsabilidad penal de las personas jurídicas implementados por Chile y España* (Chile, Legal Publishing-Thomson Reuters).

41. CORDERO, Eduardo (2012): "El Derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho penal", *Revista de Derecho*, vol. XXV, Nº 2: pp. 131-157.

42. DANNECKER, Gerhard (2001): "Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas", trad. Ana Cristina Rodríguez Yagüe, *Revista penal*, Nº 7: pp. 40-54.

43. DARNACULLETA, Ma Mercè (2003): *Derecho administrativo y autorregulación: la autorregulación regulada.* Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho de la Universitat de Girona.

44. DE VICENTE, Rosario (1999): "Las sanciones penales en el ámbito de la delincuencia económica", en ARROYO, Luis, MONTAÑÉS, Juan y RECHEA, Cristina (coords.), *Estudios de criminología II* (Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha) pp. 217- 250.

45. DE VIVO, Annalise (2006): "Aspetti generali e modalità di imputazione della responsabilità amministrativa", AAVV, *I modelli organizativi ex. D. lgs. 231/2001* (Milano, Giuffrè Editore) pp. 3- 43.

46. DEL RÍO, Carlos (2008): "El principio del consenso de las partes en el proceso penal y enjuiciamiento jurisdiccional: aclaraciones conceptuales necesarias", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, N°1: pp. 157-182.

47. DISKANT, Edward (2008): "Comparative Corporate Criminal Liability: Exploring the Uniquely American Doctrine Through Comparative Criminal Procedure", *The Yale Law Journal*, vol. 118, N° 1: pp. 126-176.

48. DODDS, Daniel (2011): "Paradigmas del Derecho, Reflexión y Derechos Sociales", *Derecho y Humanidades*, N° 18: pp. 99-111.

49. ENRICO, Carlo (2001): "Problemas y perspectivas de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho italiano", en HURTADO, José, DEL ROSAL, Bernardo y SIMONS,

Rafael (edits.), *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada* (España, Editorial Tirant Lo Blanch) pp. 109-132.

50. ESTEVE, José (2003): "Ciencia y Derecho ante los riesgos para la salud. Evaluación, decisión y gestión", *Documentación Administrativa*, N° 265-266: pp. 137-149.

51. ESTEVE, José (2008): "El Reto de la autorregulación o cómo aprovechar en el sistema jurídico lo que se gesta extramuros del mismo. Mito y realidad del Caballo de Troya", en ARROYO, Luis y NIETO MARTIN, Adán (edits.), *Autorregulación y sanciones* (Valladolid, Editorial Lex Nova) pp. 37-50.

52. FARALDO, Patricia (2015): "Las sanciones para personas jurídicas, con especial referencia a las sanciones pecuniarias", *Infojus-Sistema argentino de información jurídica*. Disponible en http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/04/doctrina40997.pdf. Fecha de consulta: 27 de mayo de 2018.

53. FARALDO, Patricia (2016): "Las penas para las personas jurídicas", en *Memento Experto Responsabilidad Penal y Procesal de las Personas Jurídicas* (Madrid, Ediciones Francis Lefebvre) pp. 1-52.

54. FAUSTO, Giunta (2001): "La punizione degli enti collettivi una novittà attesa", *A.A.V.V.*, *La resonsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia punitiva* (Pisa, G. Giappichelli Editore-Torino) pp. 35-47.

55. FEIJOO, Bernardo (2003): "¿Culpabilidad y punición de las personas jurídicas?", MONTEALEGRE, Eduardo (coord.), *El funcionalismo en Derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs* (Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia) pp. 350-384.

56. FEIJOO, Bernardo (2008): "Autorregulación y Derecho penal de la empresa: ¿una cuestión de responsabilidad individual?", en ARROYO, Luis y NIETO, Adán (edits.), *Autorregulación y sanciones* (Valladolid, Editorial Lex Nova) pp. 197-252.

57. FEIJOO, Bernardo (2016a): *El delito corporativo en el Código penal español. Cumplimiento normativo y fundamentos de la responsabilidad penal de las empresas* (Navarra, Civitas y Thomson Reuters, segunda edición).

58. FEIJOO, Bernardo (2016b): "Las características de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código penal español", en BAJO, Miguel, FEIJOO, Bernardo y GÓMEZ-JARA, Carlos (edits.), *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas* (Navarra, Thomson Reuters, segunda edición) pp. 67-73.

59. FEIJOO, Bernardo (2016c): "Las consecuencias jurídicas del delito", en BAJO, Miguel,

FEIJOO, Bernardo y GÓMEZ-JARA, Carlos (edits.), *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas* (Navarra, Thomson Reuters, segunda edición) pp. 273-296.

60. FEIJOO, Bernardo (2016d): "Los requisitos del art. 31 bis 1", en BAJO, Miguel, FEIJOO, Bernardo y GÓMEZ-JARA, Carlos (edits.), *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas* (Navarra, Thomson Reuters, segunda edición) pp. 75-88.

61. FILIP, Mark (2008): Memorando Filip de 2008. Principles of Federal Prosecution of Business Organizations.

62. FISCALÍA DE CHILE (2010): "Oficio FN N°440/2010. Instrucción general que imparte criterios de actuación para la investigación y persecución penal de las personas jurídicas". Disponible en http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/instructivos/index.do?d1=10-. Fecha de consulta: 17 de enero de 2017.

63. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2011): "Circular 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código penal efectuada por ley orgánica número 5/2010". Disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/memoria2012_vol1_circu_01.pdf?idFile=7ed535ae-8bf0-4aa5-b219-618b3ac7420f. Fecha de consulta: 17 de enero de 2018.

64. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2016): "Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código penal efectuada por la LO 1/2015". Disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Circular_1-2016.pdf?idFile=81b3c940-9b4c-4edf-afe0-c56ce911c7af. Fecha de consulta: 17 de enero de 2018.

65. FISSE, Brent (1981): "Community service as a sanction against corporations", *Wisconsin Law Review*, vol. 5: pp. 970-1017.

66. FISSE, Brent (1983): "Reconstructing Corporate Criminal Law-Deterrence, Retribution, Fault, and Sanctions", *Southern California Law Review*, vol. 56, Nº 6: pp. 1141-1246.

67. FISSE, Brent y BRAITHWAITE, John (1993): *Corporations, Crime And Accountability* (United States of America, Cambridge University Press).

68. FOFFANI, Luigi (2010): "Bases para una imputación subjetiva de la persona moral. ¿Hacia una culpabilidad de las personas jurídicas?", *Revista Nuevo Foro Penal*, vol. 6, N. 75: pp. 41-52.

69. FRIEDMAN, Lawrence (2000): "In defense of corporate criminal liability", *Harvard*

Journal of Law and Public Policy, vol. 23, N° 3: pp. 833-858.

70. GALAIN, Pablo (2005): "¿La reparación del daño como << tercera vía>> punitiva? especial consideración a la posición de Claus Roxin", *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja, REDUR*, Nº 3: pp.185-220.

71. GALÁN, Alfonso (2017): *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015* (Valencia, Tirant Lo Blanch).

72. GARRETT, Brandon (2007): "Structural Reform Prosecution", *Virginia Law Review*, vol. 93, N° 4: pp. 853-957.

73. GIMBERNAT, Enrique (1981): *Estudios de Derecho penal* (Madrid, Editorial Civitas, segunda edición).

74. GIMENO, Jordi (2014): *El proceso penal de las personas jurídicas*. Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho de la Universidad de Castilla-La Mancha.

75. GOENA, Beatriz (2017): *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica* (Madrid, Marcial Pons).

76. GÓMEZ, Víctor (2014): "Falsa alarma: Societas delinquere non potest", en ONTIVEROS, Miguel (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro* (Valencia, Tirant Lo Blanch) pp. 207-254.

77. GÓMEZ-JARA, Carlos (2006a): *La responsabilidad penal de la Empresa en los EE.UU.* (Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces).

78. GÓMEZ-JARA, Carlos (2006b): *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas* (Navarra, Editorial Garriguez Cátedra y Thompson Aranzadi).

79. GÓMEZ-JARA, Carlos (2008): *Fundamentos modernos de la culpabilidad empresarial* (Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago).

80. GÓMEZ-JARA, Carlos (2010): "Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Una antecrítica al símil de la ameba acuñada por Alex Van Weezel", *Revista Política criminal*, vol. 5, Nº 10: pp.455-475.

81. GÓMEZ-JARA, Carlos (2012): "El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial", en GÓMEZ-JARA, Carlos (edit.), *Modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Propuestas contemporáneas* (Lima, Ara Editores) pp. 161-223.

82. GÓMEZ-JARA, Carlos (2016a): "Autoría y participación en la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en BAJO, Miguel, FEIJOO, Bernardo y GÓMEZ-JARA, Carlos (edits.),

Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas (Navarra, Thomson Reuters, segunda edición) pp. 251-272.

83. GÓMEZ-JARA, Carlos (2016b): "El injusto típico de la persona jurídica (tipicidad)", en BAJO, Miguel, FEIJOO, Bernardo y GÓMEZ-JARA, Carlos (edits.), *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas* (Navarra, Thomson Reuters, segunda edición) pp. 121-141.

84. GÓMEZ-JARA, Carlos (2016c): "Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en BAJO, Miguel, FEIJOO, Bernardo y GÓMEZ-JARA, Carlos (edits.), *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas* (Navarra, Thomson Reuters, segunda edición,) pp.89-119.

85. GÓMEZ-JARA, Carlos (2016d): "La atenuación de responsabilidad penal de las personas jurídicas", en BAJO, Miguel, FEIJOO, Bernardo y GÓMEZ-JARA, Carlos (edits.), *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas* (Navarra, Thomson Reuters, segunda edición) pp. 222-249.

86. GÓMEZ-JARA, Carlos (2016e): "La culpabilidad de la persona jurídica", en BAJO, Miguel, FEIJOO, Bernardo y GÓMEZ-JARA, Carlos (edits.), *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas* (Navarra, Thomson Reuters, segunda edición) pp. 143-219.

87. GÓMEZ-JARA, Carlos (2017): *Autorregulación y responsabilidad penal de las personas jurídicas* (Santiago, Ediciones Olejnik).

88. GONZÁLEZ, Juan (2016): "Imputación de personas jurídicas y Derecho a la no colaboración activa", *Revista Jurídica de Castilla y León*, N° 40: pp. 35-66.

89. GRACIA, Luis (2016): "Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Disponible en: http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-05.pdf. Fecha de consulta: 17 de enero de 2018.

90. GRUNER, Richard (1988): "To let the punishment fit the organization: Sanctioning corporate offenders through corporate probation", *American J. Crim. Law Review*, vol. 16, Nº 1: pp. 1-106.

91. GRUNER, Richard (1993): "Beyond fines: innovative corporate sentences under federal sentencing guidelines", *Washington University Law Review*, vol. 71, Nº 2: pp. 261-328.

92. GUILOFF, Matías (2011): "Nueva institucionalidad ambiental: hacia una regulación deliberativa", *Anuario Derecho Público UDP*, N° 2: pp. 231-242.

93. GUILOFF, Matías y SOTO, Pablo (2015): "Sanciones administrativas, discrecionalidad y

revisión judicial: una mirada desde la regulación responsiva", en FERRADA, Juan, BERMÚDEZ, Jorge y PINILLA, Francisco (coords.), *La nueva justicia ambiental* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 101-124.

94. HARLOW, Carol y RAWLINGS, Richard (1984): *Law and Administration* (Inglaterra, Weidenfeld & Nicolson Ltd).

95. HASNAS, John (2009): "The centenary of mistake: one hundred years of corporate criminal Liability", *American Criminal Law Review*, vol. 46: pp. 1329-1358.

96. HEINE, Günther (2012): "Modelos de responsabilidad jurídico (-penal) originaria de la empresa", en GÓMEZ-JARA, Carlos (edit.), *Modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Propuestas contemporáneas* (trad. Carlos Gómez-Jara, Lima, Ara Editores) pp.19-61.

97. HENNING, Peter (2009): "Corporate criminal Liability and the potential for rehabilitation". Disponible en: http://ssrn.com/abstract=1477535. Fecha de consulta: 11 de abril de 2018.

98. HERNÁNDEZ, Héctor (2015): "¿Derecho de las personas jurídicas a no auto-incriminarse?", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° XLIV: pp. 217-263.

99. HERNÁNDEZ, Héctor (2010): "La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile", *Revista Política Criminal*, vol. 5, Nº 9: pp. 207-236.

100. HERNÁNDEZ, Héctor (2012): "Desafíos de la Ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas", *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 16: pp. 75-98.

101. HERNÁNDEZ, Héctor (2018): "Procedencia de una "eximente o defensa de cumplimiento" de las personas jurídicas en el derecho administrativo sancionador chileno", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 45, N°2: pp. 427-451.

102. HERNÁNDEZ, Héctor (2020): "Privatización forzada del Derecho penal económico. Cuestiones de legitimidad", *Latin American Legal Studies*, vol. 6: pp.23-44.

103. HIRSCH, Hans (1993): "La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas", trad. Patricia S. Ziffer, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, vol. N° 46, Nº 3: pp. 1099-1124.

104. HOLDER, Eric (1999): Memorando Holder de 1999, Federal Prosecution of Corporations.

105. JAKOBS, Günther (1996): *Fundamentos del Derecho penal* (trad. Manuel Cancio Meliá y Enrique Peñaranda Ramos, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc).

106. JAKOBS, Günther (2003): "El funcionalismo en derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs", en MONTEALEGRE, Eduardo (coord.), *¿Punibilidad de las personas jurídicas?* (Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia) pp.327-347.

107. KINDHÄUSER, Urs y MAÑALICH, Juan (2011): *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*(Buenos Aires, Editorial BdeF).

108. KOLIEB, Jonathan (2015): "When to punish, when to persuade, and when to reward: strenghthening responsive regulation with the regulatory diamond", *Monash U.L. Review*, vol. 41, N° 1: pp. 136-162.

109. KÜNSEMÜLLER, Carlos (1999): "Algo más sobre la circunstancia atenuante del artículo 11 N° 7 del Código penal", *Revista de Derecho y Humanidades*, N° 7: pp. 91-104.

110. LA TORRE, Massimo (1993): "Derecho y conceptos de Derecho. Tendencias evolutivas desde una perspectiva europea", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, vol. 16 (septiembre-diciembre): pp.67-93.

111. LAMPE, Ernst (2012): "Injusto de sistema y sistema de injusto", en GÓMEZ-JARA, Carlos (edit.), *Modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Propuestas contemporáneas* (trad. Carlos Gómez-Jara, Lima, Ara Editores) pp.63-136.

112. LAUFER, William (2006): *Corporate Bodies and Guilty Minds: The Failure Of Corporate Criminal Liability* (Chicago, University of Chicago Press).

113. LAUFER, William (2012): "La culpabilidad empresarial y los límites del derecho", en GÓMEZ-JARA, Carlos (edit.), *Modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Propuestas contemporáneas* (trad. Carlos Gómez-Jara, Lima, Ara Editores) pp.137- 158.

114. MAÑALICH, Juan (2004): "El derecho penal de la víctima", *Revista Derecho y Humanidades,* Nº 10: pp. 253-283.

115. MAÑALICH, Juan (2011): "Organización delictiva. Bases para su elaboración dogmática en el Derecho penal Chileno", *Revista Chilena de Derecho*, vol. Nº 38, N° 2: pp. 279-310.

116. MARKOFF, Gabriel (2013): "Arthur Andersen and the myth of the corporate death penalty: corporate criminal convictions in the twenty-first century", *U. of Pennsylvania Journal of Business Law*, vol. 15: pp. 797- 842.

117. MARTÍNEZ, José (2011): "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, vol. 26: pp.61-78.

118. MARTINO, Luigi (2006): "I modelli Organizzativi per la prevenzione dei Reati", en AA.VV., *I modelli organizativi ex. D. lgs. 231/2001* (Milano, Giuffrè Editore) pp. 113-136.

119. MATUS, Jean Pierre (2009a): "Presente y futuro de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus directivos y empleados", *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, N° 21: pp. 47-67.

120. MATUS, Jean Pierre (2009b): "Informe sobre el proyecto de ley que establece la responsabilidad legal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica, mensaje Nº 018-357", *Ius Et Praxis*, vol.15, N° 2: pp. 285-317.

121. MCADAMS, John (1977): "The aproppiate sanctions for corporate criminal Liability an eclectical alternative", *Cincinnati Law Review*, vol. 46: pp. 989-1000.

122. MCNULTY, Paul (2006): Memorando Mcnulty de 2006. Principles of Federal Prosecution of Business Organizations.

123. MINZNER, Max (2012): "Why agencies punish", *William and Mary Law Review*, vol. 53, Issue N° 3: pp.853-917.

124. MONTIEL, Juan (2014): "Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa", en MIR, Santiago, CORCOY, Mirentxu y GÓMEZ, Víctor (dirs.), *Responsabilidad de la empresa y compliance* (Madrid, Editorial B de F) pp. 487-517.

125. MONTT, Santiago (2010): "Autonomía y responsividad: dos expresiones de la vocación juridificadora del Derecho administrativo y sus principios fundamentales". Disponible en: http://www.academia.edu/4445473/Autonom%C3%ADa_y_Responsividad_Sobre_la_relaci%C3%B3n_entre_Derecho_y_Sociedad. Fecha de consulta: 21 de agosto de 2017.

126. MORALES DE SETIÉN, Carlos (2000): "La racionalidad jurídica en crisis: Pierre Bourdieu y Gunther Teubner", en AA.VV., *La fuerza del derecho/Pierre Bourdieu y Gunther Teubner, estudio preliminar y traducción* (Bogotá, Edición Uniandes) pp. 13-79.

127. MUÑOZ, Fernando (2011): "Autonomía y responsividad: sobre la relación entre Derecho y sociedad", *Anuario de Derecho Público UDP*, vol. 2: pp.502-524.

128. MURPHY, Diana (2002): "The Federal sentencing guidelines for organizations: a decade of promoting compliance and ethics", *Iowa Law Review*, vol. 87, Nº 2: pp.679-719.

129. NAVAS, Iván (2013): "Los Códigos de Conducta y el Derecho penal económico", en SILVA, Jesús-María (dir.) y MONTANER, Raquel (coord.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas* (Barcelona, Editorial Atelier) pp. 111-129.

130. NAVAS, Iván y JAAR, Antonia (2018): "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia chilena", *Revista Política Criminal*, vol.13, Nº 26: pp. 1027-1054.

131. NEIRA, Ana (2014): "La persona jurídica como nuevo sujeto pasivo del proceso penal en los ordenamientos chileno y español", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, vol. 21, N°1: pp. 157-201.

132. NIETO, Adán (2008a): *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo* (Madrid, Editorial Iustel).

133. NIETO, Adán (2008b): "Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa", *Revista Política Criminal*, vol. 3, Nº 5: pp. 1-18.

134. NIETO, Adán (2008c): "Autorregulación, compliance y justicia restaurativa", en ARROYO, Luis y NIETO, Adán (edits.), *Autorregulación y sanciones* (Valladolid, Editorial Lex Nova) pp. 79-116.

135. NIETO, Adán (2007): "¿Americanización o europeización del Derecho penal económico?", *Revista Penal de la Universidad de Huelva*, N° 19: pp. 120-136.

136. NIEVA, Jordi (2012): *Fundamentos del DerechoProcesal Penal* (Madrid, Editorial Edisofer s.l. y Editorial B de F).

137. NONET, Philippe y SELZNICK, Philip (2009): *Law and society in transition. Toward responsive Law* (New Brunswick and London, Transaction Publishers, cuarta edición).

138. O'SULLIVAN, Julie (2014): "How prosecutors apply the "federal prosecutions of corporations" charging policy in the era of deferred prosecutions, and what that means for the purposes of the federal criminal sanction", *American Criminal Law Review*, N° 29: 29-78.

139. OGUS, Anthony (1995): "Rethinking self-regulation", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 15, N° 1: pp. 97-108.

140. ORLAND, Leonard (1980): "Reflections on Corporate Crime: Law in Search of Theory and Scholarship", *American Criminal Law Review*, N° 17: pp. 501-520.

141. ORTIZ DE URBINA, Iñigo (2014): "Responsabilidad penal de las personas jurídicas: The American Way", en MIR, Santiago y otros (dirs.), *Responsabilidad de la empresa y compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal* (Madrid, Edisofer) pp.35-88.

142. ORTÚZAR, Andrés (2012): "Modelo de atribución de responsabilidad penal en la ley nº 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*, N° 16: pp. 195-257.

143. PADOVANI, Tullio (2001): "Il nome dei príncipe e il principio dei nomi: la responsabilità

"amministrativa" delle persone giuridiche", en A.A.VV., *La resonsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia punitiva* (Pisa, G. Giappichelli Editore-Torino) pp. 13-19.

144. PALMA, José y AGUILERA, Rafael (2017): *Compliance y responsabilidad penal corporativa* (Navarra, Thomson Reuters).

145. PASTOR, Nuria (2006): "La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos contra la propia empresa: ¿Derecho penal o autorregulación empresarial?", *InDret*, N° 4: pp.1-17.

146. PEÑA, Sergio (2010): *La responsabilidad penal de las empresas en Chile* (Santiago, Editorial Metropolitana).

147. PIÑA, Juan (2012): *Modelos de prevención de delitos en la empresa* (Santiago, Abeledo Perrot y Thomson Reuters).

148. POLITOFF, Sergio y ORTIZ, Luis (2002): *Texto y Comentario del Código penal Chileno*. *Libro Primero Parte General*, Tomo I, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

149. PORRAS, Antonio (1989): "El Derecho intervencionista del Estado. Aportaciones sobre un reciente debate", *Revista de Estudios públicos (Nueva época)*, vol. 63, enero-marzo: pp. 65-81.

150. POSNER, Richard (1980): "Optimal Sentences for White-Collar Criminals", *American Criminal Law Review*, vol. 17: pp. 409-418.

151. RIVERDITI, Maurizio (2009): *La responsabilità degli enti: un crocevia tra repressione e special prevenziona* (Nápoles, Editorial Jovene Editore S.P.A.)

152. ROBLES, Ricardo (2006): "¿Delitos de personas jurídicas?. A propósito de la Ley Austriaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos delictivo?". Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1973994. Fecha de consulta: 7 de marzo de 2019.

153. RODRÍGUEZ, Luis (1987): "Bases para distinguir entre infracciones criminales y administrativas", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 11: pp.1-47.

154. RODRÍGUEZ, Julio (2015): "Necesidad de una nueva teoría del derecho, acorde con las complejas realidades sociales de la globalización", *Revista Criterio Jurídico Garantista*, vol. 7, N° 12: pp. 146-159.

155. ROMERO, Alejandro (2010): "Sobre el concepto de persona jurídica para hacer efectiva su responsabilidad penal", *Revista Doctrina y Jurisprudencia Penal*, vol.3: pp. 27-46.

156. ROMERO, Juan (2014): *Ejecución y cumplimiento de un marco normativo de libre*

competencia. Influencias y opciones de diseño (Santiago, Thomson Reuters La Ley y Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile).

157. ROXIN, Claus (1981): *Culpabilidad y prevención en derecho penal* (trad. Francisco Muñoz Conde, Madrid, Instituto Editorial Reus).

158. ROXIN, Claus (1999a): *Derecho penal Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Tomo I. (trad. a la segunda edición a cargo de Diego-Manuel Luzón Peña y otros, Madrid, Editorial Civitas).

159. ROXIN, Claus (1999b): "Pena y reparación", trad. Gimbernat Ordeig, *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, vol. LII: pp. 5-15.

160. SALVINO Anna y SERRA, Diva (2019): "El "defecto de organización" en la estructura de imputación de responsabilidad a la persona jurídica por la comisión de delito", *Revista de Derecho penal y Criminología*, vol. 6, Año IX: pp. 28-62.

161. SALVO, Nelly (2014): *Modelos de imputación penal a personas jurídicas: estudio comparado de los sistemas español y chileno*. Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona.

162. SAVIGNY, Friedrich Carl (2004): *Sistema del Derecho Romano actual*. Tomos I-II (trad. Jacinto Mecías y Manuel Poley, Madrid, Centro Editorial de Góngora, segunda edición).

163. SCHOLZ, John (1984a): "Deterrence, cooperation and the ecology of regulatory enforcement", *Law and Society Review*, vol. 18, Nº 2: pp. 179-224.

164. SCHOLZ, John (1984b): "Voluntary compliance and regulatory policy", *Law and Policy Review*, vol. 6, Nº 4: pp. 385-404.

165. SCHÜNEMANN, Bernd (1988): "Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa", trad. Daniela Brückner, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 41, Fasc.2: pp.529-558.

166. SCHÜNEMANN, Bern (1994): "Las reglas técnicas en el Derecho penal", *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, Tomo 47, Fasc. III, septiembre-diciembre: pp. 307-342.

167. SCHÜNEMANN, Bern (1995): "La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea", en AA. VV., *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann*, (trad. Enrique Ramos Peñaranda, y Mercedes Manzano Pérez, Madrid, Editorial Boletín Oficial del Estado) pp. 565-600.

168. SCHÜNEMANN, Bernd (2012): "La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo", en ABOSO, Gustavo (edit.), *El sistema moderno del derecho penal.*

Cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario (trad. Silva Sánchez, José-María, Montevideo, B de F Ltda.) pp.179- 228.

169. SEMINARA, Sergio (2014): "Compliance y derecho penal: La experiencia italiana", en MIR, Santiago; CORCOY, Mirentxu y GÓMEZ, Víctor (edits.) *Responsabilidad de la empresa y compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal* (Madrid, B de F Editores).

170. SERRANO, Óscar (2014): "Contenido y límites del derecho a la no autoincriminación de las personas jurídicas en tanto sujetos pasivos del proceso penal", *Diario La Ley*, Año XXXV, N° 8415, Sección Doctrina: pp. 1-17.

171. SHORT, Jordi y TOFFEL, Michael (2010): "Making Self-Regulation More Than Merely Symbolic: The Critical Role of the Legal Environment", *Administrative Science Quarterly*. Disponible en http://web.a.ebscohost.com.ezproxy.puc.cl/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=1&sid=99fd9a7c-57d4-4069-866e-d72cc47cdd57%40sessionmgr4006. Fecha de consulta: 17 de mayo de 2018.

172. SIEBER, Ulrich (2013): "Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica", en ARROYO, Luis y NIETO, Adán (dirs.), *El Derecho penal económico en la era del compliance* (Valencia, Tirant Lo Blanch) pp. 63-109.

173. SILVA, Jesús-María (1996): "Eficiencia y Derecho penal", *Anuario Derecho penal y Ciencias Penales*, vol. 49, Nº1: pp.93-128.

174. SILVA, Jesús-María (2002): "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código penal", en AA.VV., *Derecho penal Económico* (Madrid, Consejo General del Poder Judicial.) pp.308-363.

175. SILVA, Jesús-María (2012): "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español", *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, N° 65, enero-abril: pp.7-36.

176. SILVA, Jesús-María (2013): "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español", en SILVA, Jesus-María (dir.), *Criminalidad de Empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas* (Barcelona, Atelier Libros jurídicos) pp.15-42.

177. SILVA, Jesús-María (2015): "¿Derecho penal regulatorio?", *InDret*, N° 2. Disponible en https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/293084. Fecha de consulta: 7 de agosto de 2020.

178. SILVA, Jesús-María (2016): *Fundamentos del Derecho penal de la empresa* (Madrid,

Editorial B de F, segunda edición ampliada y actualizada).

179. SILVA, Jesús-María (2018): "La eximente de "modelos de prevención de delitos" fundamento y bases para una dogmática", en RAGÚES, Ramón y ROBLES, Ricardo (dirs.), *Delito y empresa. Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial* (Barcelona, Atelier Libros jurídicos) pp.231-257.

180. SILVA y LABATUT (1938): "Proyecto de modificación del Código penal", *Revista de Ciencias Penales*, Tomo IV.

181. SOTO, Pablo (2015): "Un mal caso para flexibilizar la tipicidad en el Derecho administrativo sancionador. Comentarios al fallo "Empresas de servicios sanitarios Essbio S.A. con Seremi de Salud del Bío Bío" de la Corte Suprema, Rol N° 7397-2012", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, N° 2: pp. 701-714.

182. SOTO, Pablo (2016): "Sanciones administrativas como medidas de cumplimiento del Derecho: un enfoque funcional y responsivo aplicado al régimen sancionatorio ambiental", *Revista Ius et Praxis*, vol. 22, N°2: pp. 189-226.

183. SOTA, Percy (2012): "Consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas: ¿Pena, medidas de seguridad o nuevo tipo de sanción penal? Comentarios respecto a su naturaleza jurídico penal". Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5493219.pdf. Fecha de consulta: 7 de marzo de 2018.

184. SUN BEALE, Susan (2016): "The development and evolution of the U.S. law of corporate criminal Liability and the yates memo", *46 Stetson Law Review*, vol. 41: pp. 41-69.

185. SZCZARANSKI, Clara (2010): *Un asunto criminal contemporáneo- rol de las empresas, responsabilidad penal de las personas jurídicas y corrupción* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

186. TEUBNER, Gunther (2000): "Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno", en AA.VV., *La fuerza del derecho/Pierre Bourdieu y Gunther Teubner, estudio preliminar y traducción* (trad. Carlos Morales de Setién Ravina, Bogotá, Edición Uniandes) pp. 81-152.

187. THALER, Richard (2016): *Portarse mal. El comportamiento irracional en la vida económica* (trad. Iván Barbeitos García, Madrid, Editorial Paidós).

188. THOMPSON, Larry (2003): Memorando Thompson. Principles of Federal Prosecution of Business Organizations.

189. TIEDEMANN, Klaus (1985): *Poder económico y delito* (trad. Amelia Mantilla Villegas, Barcelona, Editorial Barcelona).

190. TIEDEMANN, Klaus (1991): "Constitución y derecho penal", trad. Luis Arroyo Zapatero, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol.11, Nº 33: pp. 145-171.

191. TIEDEMANN, Klaus (1999): "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", *Temas de derecho penal económico y ambiental* (Lima, Idemsa Editores) pp.197-233.

192. TIEDEMANN, Klaus (2009): *Derecho penal económico. Introducción y parte general* (trad. Héctor Abanto Basualto, Rodrigo Aldoney Ramírez y Manuel Abanto Vásquez, Lima, Editorial Grijley).

193. UHLMANN, David (2013): "Deferred Prosecution and Non-Prosecution Agreements and the Erosion of Corporate Criminal Liability", *Maryland Law Review*, vol. 72: pp. 1295-1344.

194. UNITED STATE COMISSION (2017): Organizational sentencing practices. Disponible en https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/research-and-publications/annual-reports-and-sourcebooks/2017/Table53.pdf. Fecha de consulta: 4 de enero de 2019.

195. URRUELA, Asier (2012): "La Introducción de la responsabilidad de las personas jurídicas en derecho español en virtud de la LO 5/2010: perspectiva de lege lata", *Estudios penales y criminológicos*, N° 32, pp.: 413-468.

196. VAN WEEZEL, Alex (2010): "Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas", *Revista Política criminal*, vol. 5, Nº 9: pp.114-142.

197. VILLEGAS, María (2016): *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La experiencia de Estados Unidos* (Navarra, Thomson Reuters Aranzadi).

198. VON LISZT, Franz (1927): *Tratado de derecho penal*, Tomo II (trad. Luis Jiménez de Asúa de la 20ª edición alemana, Madrid, Editorial Reus S.A., segunda edición).

199. WEISSMANN, Andrew y NEWMAN, David (2007): "Rethinking criminal corporate liability", *Indiana Law Journal*, vol. 82, Issue N° 2: pp. 411-451.

200. WINTER, Jaime (2012): "Situaciones actuales en la frontera del principio de culpabilidad", *Revista de Estudios de la Justicia*, Nº 17: pp.105-143.

201. YATES, Sally (2015): Memorando Yate de 2015. Principles of Federal Prosecution of Business Organizations.

202. ZUGALDÍA, José (1997): "Las consecuencias accesorias aplicables como penas a las personas jurídicas en el CP español". Disponible en https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1997_15.pdf. Fecha de consulta: 13 de marzo de 2018.

203. ZUGALDÍA, José (2008): *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y*

asociaciones (Valencia, Tirant Lo Blanch).

204. ZUGALDÍA, José (2013): *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directores (análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código penal)* (Valencia, Tirant Lo Blanch).

205. ZÚÑIGA, Laura (2000): *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas* (Navarra, Editorial Aranzadi S.A.).

206. ZÚÑIGA, Laura (2004): "La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, un punto y seguido", *Revista de los investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas U.V.*, N° 10: pp.1-33.

207. ZYSMAN, Diego (2013): *Castigo y determinación de la pena en los Estados Unidos. Un estudio sobre las United States Sentencing Guidelines* (Madrid, Editorial Marcial Pons).

LEGISLACIÓN (NORMAS E INSTRUMENTOS CITADOS)

1. AUSTRALIA, Criminal Code Act (1995).
2. CHILE, Código de Comercio (23/11/1865), edición electrónica actualizada al 10 de octubre de 2014.
3. CHILE, Ley N° 18.046 (22/10/1981), Sobre sociedades anónimas.
4. CHILE, Decreto con Fuerza de Ley N°4 (23/03/1987), Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Nº 18.603, Orgánica Constitucional de los Partidos Políticos.
5. CHILE, Ley N° 19.696 (12/10/2000), Establece el Código Procesal Penal.
6. CHILE, Ley Nº 19.913 (18/12/2003), Crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos.
7. CHILE, Mensaje de la Ley N° 20.393 (16/03/2009), N° 018-357, en sesión 6, legislatura 357, Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que se inicia un proyecto de ley que establece la responsabilidad legal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica.
8. CHILE, Ley N° 20.393 (02/12/2009), Establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos que indica.
9. CHILE, Proyecto de ley que sistematiza a los delitos económicos y atentados contra el medio ambiente, modifica diversos cuerpos legales que tipifican delitos contra el orden socioeconómicos y adecua las penas aplicables a todos ellos, correspondiente al Boletín N° 13.205-07.
10. CHILE, Ley N° 20.417 (26/01/2010), Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia de Medio Ambiente.
11. CHILE, Norma de Carácter General N° 309 (20/06/2011), dictada por la Superintendencia de Valores y Seguros.
12. CHILE, Ley N° 20.931 (05/07/2016), Facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos.
13. CHILE, Ley N° 21.121 (20/11/2018), Modifica el Código penal y otras normas legales para la prevención, detección y persecución de la corrupción.

14. CHILE, Ley N° 21.132 (30/01/2019), Moderniza y fortalece el ejercicio de la función pública del Servicio Nacional de Pesca.
15. CHILE, Ley N° 21.227 (06/04/2020), Faculta el acceso a prestaciones del seguro de desempleo de la Ley Nº 19.728, en circunstancias excepcionales.
16. CHILE, Ley N° 21.240 (20/06/2020), Modifica el Código penal y la Ley N° 20.393 para sancionar la inobservancia del aislamiento u otra medida preventiva dispuesta por la autoridad sanitaria, en caso de epidemia o pandemia.
17. ESPAÑA, Ley Orgánica 10/1995 (23/11/1995), Código penal, edición electrónica actualizada al 22 de febrero de 2019.
18. ESPAÑA, Ley Orgánica 15/2003 (25/11/2003), Modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal.
19. ESPAÑA, Ley Orgánica 5/2010 (22/06/2010), Modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal.
20. ESPAÑA, Ley Orgánica 1/2015 (30/03/2015), Modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal.
21. ESPAÑA, Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado (22/01/2016), Sobre la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas Conforme a la Reforma del Código penal Efectuada por Ley Orgánica 1/2015.
22. ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, United States Constitution (17/09/1787).
23. ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, Sherman Antitrust Act of 1890 (02/07/1890).
24. ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, Elkins Act of 1903 (19/02/1903), United State Federal Law
25. ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, Model Penal Code (1962).
26. ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, Foreign Corrupt Practices Act (19/12/1977).
27. ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, Sentencing Reform Act (1984).
28. ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, Organizational Sentencing Guidelines (01/11/1991).
29. ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, Sarbanes-Oxley Act (30/07/2002).
30. ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, Guidelines Manual 2015, Chapter Eight Sentencing of Organizations. En http://www.ussc.gov/guidelines-manual/2015/2015-chapter-8.
31. ITALIA, Costituzione della Repubblica Italiana (27/12/1947).

32. ITALIA, Legge Delega N° 300/2000 (29/09/2000), Delega al Governo per la disciplina della responsabilitá amministrativa delle persona giuridiche e degli enti privi di personalitá giuridica.
33. ITALIA, Decreto Legislativo N° 231 (08/06/2001), Responsabilitá Amministrativa Dell 'Ente.
34. REINO UNIDO, Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act del año 2007 (26/07/2007).
35. REINO UNIDO, Bribery Act de 2011 (01/07/2011).

JURISPRUDENCIA CITADA

1. CASO SOQUIMICH (2018): Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de febrero de 2018, Rol N° 734-2018 (recurso de apelación).
2. FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA CON CENCOSUD Y OTROS (2020): Corte Suprema, 08 de abril de 2020, Rol 9361-2019 (recurso de reclamación).
3. HOLLAND FURNACE CO. V. UNITED STATES, 158 Fed.2d 2 (6th Cir. 1946).
4. JOHN GUND BREWING CO. V. UNITED STATES, 204 Fed. 17, 21 (8th Cir. 1913).
5. MINISTERIO PÚBLICO CONTRA ASEVERTRANS LIMITADA (2015): Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, 2 de junio de 2015, RUC 1100770074-3 (sentencia definitiva).
6. MINISTERIO PÚBLICO CONTRA CORPESCA (2020): Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 2 de diciembre de 2020, RUC 1410025253-9 (veredicto condenatorio).
7. MINISTERIO PÚBLICO CONTRA EMPRESA ASFALTOS CHILENOS S.A. (2015): 16 de octubre de 2015, RUC 1001030985-4 (suspensión condicional del procedimiento).
8. MINISTERIO PÚBLICO CONTRA EMPRESA CAVAL LTDA. (2018): Juzgado de Garantía de Rancagua, 08 de marzo de 2018, RUC 1500166033-8 (suspensión condicional del procedimiento).
9. MINISTERIO PÚBLICO CONTRA EMPRESA CONSTRUCTORA PEHUENCHE (2014): 7° Juzgado de Garantía de Santiago, 19 de agosto de 2015, RUC 1400129785-7 (sentencia definitiva).

10. MINISTERIO PÚBLICO CONTRA EMPRESA EDULYM LIMITADA (2016): 18 de marzo de 2016, RUC 1200597905-4 (suspensión condicional del procedimiento).
11. MINISTERIO PÚBLICO CONTRA EMPRESA SOCIEDAD DE TRANSPORTES CTS LTDA. (2018): Juzgado de Garantía de Talca, 04 de abril de 2018, RUC 0078311970-6 (suspensión condicional del procedimiento).
12. MINISTERIO PÚBLICO CONTRA FRÍAS ESQUIVEL (2015): Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, 02 de junio de 2015, RUC 1100770074-3 (sentencia definitiva).
13. MINISTERIO PÚBLICO CONTRA INDUSTRIAS CERESITA (2013): Tercer Juzgado de Garantía de Santiago, 30 de abril de 2013, RUC 1101272897-4 (suspensión condicional del procedimiento).
14. MINISTERIO PÚBLICO CONTRA LAVADOS VALDÉS (2016): Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, 13 de octubre de 2016, RUC 1400844135-K (sentencia definitiva).
15. MINISTERIO PÚBLICO CONTRA SALMONES COLBÚN LIMITADA (2013): Juzgado de Garantía de Talca, 12 de agosto de 2013, RUC 1201092968-5 (sentencia definitiva).
16. MINISTERIO PÚBLICO CONTRA SOCIEDAD ÁRIDOS MAGGI LIMITADA (2014) Juzgado de Garantía de Chillán, 14 de abril de 2014, RUC 1000854916-3 (sentencia definitiva).
17. MINISTERIO PÚBLICO CONTRA SOCIEDAD GESTIÓN E INVERSIONES JUAN ANTONIO PAINECURA ANTINAO E.I.R.L. (2016): Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, 13 de octubre de 2016, RUC 1400844135-K (sentencia definitiva).
18. MINISTERIO PÚBLICO CONTRA SOQUIMICH, SOQUIMICH SALAR S.A. Y SOQUIMICH NITRATOS S.A. (2018): 8° Juzgado de Garantía de Santiago, 26 de enero de 2018, RUC 1600245171-2 (suspensión condicional del procedimiento).
19. MINISTERIO PÚBLICO CONTRA UNIVERSIDAD DEL MAR (2016): 8° Juzgado de Garantía de Santiago, 2 de junio de 2016, RUC 1200084351-0 (sentencia definitiva).
20. MINISTERIO PÚBLICO CONTRA UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK Y UNIVERSIDAD PEDRO DE VALDIVIA (2016): 8° Juzgado de Garantía de Santiago, 30 de mayo de 2016, RUC 1200084351-0 (suspensión condicional del procedimiento).
21. NEW YORK CENTRAL & HUDSON RIVER RAILROAD CO., 212 U.S. 481 (1909).
22. NOBILE V. UNITED STATES, 284 Fed. 253 (3d Cir. 1922).
23. PEOPLE V. CORPORATION OF ALBANY, 11 Wend. 539, 543 (N.Y. Sup. Ct. 1834).
24. REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE MARÍA ANGÉLICA SÁNCHEZ VOGEL Y OTROS, RESPECTO DEL ARTÍCULO 169 DEL CÓDIGO

SANITARIO, EN LA CAUSA ROL 3073-2009 DE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, SEGUIDA POR RECURSO DE AMPARO CAUSA CARATULADA SÁNCHEZ VOGEL CON INSTITUTO DE SALUD PÚBLICA (2010): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 1518-09, de 21 de octubre de 2010.

25. REQUERIMIENTO DE LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA EN CONTRA DE CENCOSUD S.A. Y OTRAS (2020): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Sentencia 167/2009 de 28 de febrero de 2020, Rol N° 304-2016.
26. Sentencia de casación italiana, de 27 de marzo-julio de 2008, N°26654 seguida contra Fisia italimpianti.
27. Sentencia de casación italiana, II, 23 de julio 2013-8 enero de 2014, N° 326.
28. Sentencia de casación italiana, sección VI, de 9 de julio de 2009, N° 36083 contra Mussoni.
29. Sentencia de casación penal italiana de 2010, N°1938.
30. Sentencia Tribunal de Milano Ord., 27 de abril de 2004, 24, in Foro It., 2004, II, N° 434, seguida contra Siemens Italia.
31. Sentencia Tribunal de Roma Ord. de 22 de noviembre de 2002, in Foro It. 2004 II, N° 317.
32. Sentencia Tribunal de Roma Ord., 4 de abril de 2003, in Foro It., 2004 N° 317.
33. Sentencia Tribunal Supremo español, Sala de lo penal, N° 221/2016, de 16 de marzo de 2016.
34. Sentencia Tribunal Supremo español, Sala de lo penal, N° 279/2019, de 07 de febrero de 2019.
35. Sentencia Tribunal Supremo español, Sala de lo penal, N° 514/2015, de 2 de septiembre de 2016.
36. STATE V. GREAT WORKS MILLING & MANUFACTURING CO ME., 41 (1841).
37. STATE V. MORRIS & ESSEX RAILROAD CO., 23 N.J.L. 360 (1852).
38. SUSQUEHANNA & BATH TURNPIKE CO. V. PEOPLE, 15 Wend, 267 (N.Y.1836).
39. TESCO SUPERMARKETS LTDA. V. NATTRASS, [1972] AC 153 (UKHL).
40. THE ANTITRUST ACTION IN STANDARD OIL OF INDIANA (1908).
41. UNITED STATES V. AMERICAN RADIATOR & STANDARD SANITARY CORP, 433 Fed.2d 174 (1970).
42. UNITED STATES V. ARTHUR ANDERSEN, 544 U.S. 696 (2005).

43. UNITED STATES V. ATLANTIC RICHFIELD COMPANY, Court of Appeals, Seventh Circuit. Jul 12, 1972. 465 Fed.2d 58 (7th Cir. 1972).
44. UNITED STATES V. BANK OF NEW ENGLAND, N.A., 821 Fed.2d 844 (1st Cir. 1987).
45. UNITED STATES V. BOOKER, 543 U.S. 220 (2005).
46. UNITED STATES V. HILTON HOTELS CORP, 467 Fed.2d 1000 (9th Cir. 1972).
47. UNITED STATES V. OSORIO, 929 Fed.2d 753, 763 (1st Cir.1991).
48. UNITED STATES V. POTTER, No. 05-2676 (1st Cir. 2006).
49. UNITED STATES V. TWENTY CENTURY FOX FILM CORP, 882 Fed.2d 656 (2d Cir.1989).
50. WILLIAMS V. OBSTFELD, 314 Fed.3d 1270 (11th Cir. 2002).