

REVISTA DE DERECHO

editada por el Consejo de Defensa del Estado

"Las expresiones contenidas en los artículos publicados son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no representan, necesariamente, la opinión del Consejo de Defensa del Estado".

Director Responsable

Arturo Onfray Vivanco

Comité Editorial

René Moreno Monroy

Ana María Hübner Guzmán

Arturo Onfray Vivanco

Propietario

Consejo de Defensa del Estado®

Representante Legal

Carlos Mackenney Urzúa

Domicilio

Agustinas 1687, Santiago

Registro de Propiedad Intelectual N° 115.310

ISSN N° 0717-5469

Impreso en Gráfica LOM

Concha y Toro N° 25

Santiago, Chile

REVISTA DE DERECHO

Junio 2009 N° 21

ÍNDICE 5

PRESENTACIÓN 7

Comité Editorial

A.- DOCTRINA

REFLEXIONES ACERCA DE LA LEY N° 20.205
"PROTEGE AL FUNCIONARIO QUE DENUNCIA
IRREGULARIDADES Y FALTAS AL PRINCIPIO
DE PROBIDAD" 11

Nancy Barra Gallardo

MODIFICACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS DE
PLANIFICACIÓN TERRITORIAL: PROCEDIMIENTOS
Y TRÁMITES 35

José Fernández Richard

PRESENTE Y FUTURO DE LA RESPONSABILIDAD
DE LAS PERSONAS JURÍDICAS POR LOS DELITOS
COMETIDOS POR SUS DIRECTIVOS Y EMPLEADOS 47

Jean Pierre Matus

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
SOBRE NORMAS DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL 69

Guillermo Piedrabuena Richard

**PRESENTE Y FUTURO DE LA RESPONSABILIDAD
DE LAS PERSONAS JURÍDICAS POR LOS DELITOS
COMETIDOS POR SUS DIRECTIVOS Y EMPLEADOS**

Jean Pierre Matus¹

RESUMEN: *El artículo analiza las obligaciones y desafíos que plantean las organizaciones internacionales, en particular la OCDE (Organización de Cooperación y Desarrollo Económico), en relación a la responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus directivos y empleados, en razón de un análisis por parte de la referida organización que estima que nuestra legislación actual es insuficiente para ser aceptados como parte plena de la misma, lo que nos lleva a revisar principios jurídicos fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, en este caso el relativo a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.*

DESCRIPTORES: *Convención para Combatir el Cohecho a los Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales - Derecho internacional (obligaciones y desafíos para Chile) - Evolución del Derecho Penal - OCDE (Organización de Cooperación y Desarrollo Económico) - Potestad sancionadora (personas jurídicas) - Prevención del delito - Responsabilidad penal de las personas jurídicas*

SUMARIO DE CONTENIDOS: *Introducción. 1. El contexto global de la necesidad de establecer sanciones eficaces, proporcionales y disuasivas para las personas jurídicas. 2. Antecedentes y fundamentos de la propuesta contenida en el Mensaje N° 018-357, que esta-*

¹ JEAN PIERRE MATUS. Abogado, Dr. en Derecho, Profesor Titular y Director del Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca (jpmatusa@utalca.cl).

blece la "responsabilidad legal" (penal) de las personas jurídicas para ciertos delitos: nuestras obligaciones en el plano del Derecho internacional. 3. La cuestión "dogmática": ¿cómo pueden las personas jurídicas ser responsables de hechos constitutivos de delitos, independientemente de las personas naturales que actúan por ella o en su beneficio? 3.1. La superada discusión acerca de si pueden las personas jurídicas responder con sanciones que no tengan carácter puramente civil o vayan más allá del mero ejercicio de la potestad sancionadora administrativa. 3.2. Cómo imputar, atribuir o hacer responsable a una persona jurídica por los hechos ilícitos de sus administradores y empleados. 4. El carácter innovador de las formas actuales de sanción penal de las personas jurídicas en los modelos mixtos: de la simple represión penal al diseño de programas de colaboración pública y privada en la prevención del delito.

ABSTRACT: *The article discusses the obligations and challenges posed by international organizations, in particular the OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development), as they relate to the responsibility legal entities (corporations and companies) have for crimes committed by their directors and/or employees. The above-mentioned organization determined that our current legislation, as it now stands, is insufficient. We have therefore revised some of our judicial system's fundamental legal principles, specifically as they relate to the criminal liability of legal entities.*

KEY WORDS: *Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions - Crime prevention - Criminal responsibility of legal persons - International Law (obligations and challenges for Chile) - OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development)*

SUMMARY OF CONTENTS: *Introduction. 1. The global context for the need to establish effective, proportionate and dissuasive sanctions against legal entities. 2. Background and rationale of the proposal contained in the Presidential Message 018-357, which established criminal liability of legal entities for certain crimes: our obligations in terms of international law. 3. The "dogmatic" question: How can the legal entities be responsible for criminal acts, regardless of the individuals acting for them or for their benefit? 3.1 The outdated discussion of whether legal entities can respond with sanctions that are*

not purely of a civil nature or whether they can go beyond the mere exercise of administrative sanctioning authority. 3.2 How to charge, attribute, or make a legal entity responsible for the wrongful acts of its managers and employees. 4. The innovative character of the current forms of punishment of legal entities via mixed models: from simple penal repression to the design of programs for public and private cooperation on crime prevention.

INTRODUCCIÓN

Actualmente, existen en Chile y en la mayor parte de los ordenamientos de origen románico, formas de hacer responsable a las personas jurídicas de los hechos ilícitos cometidos por sus directivos y empleados, en su nombre o provecho. Estas formas de hacer responsable al patrimonio de la persona jurídica por los hechos ilícitos de quienes actúan a su nombre o en su provecho, en el Derecho civil de origen románico y francés postrevolucionario, se estudian y analizan desde el punto de vista de la teoría de la responsabilidad civil extracontractual, regulada entre nosotros por las disposiciones decimonónicas del Código de Bello y, ahora procesalmente, en los artículos 59 a 68 del Código Procesal Penal de 2000. También, desde el punto de vista del Derecho administrativo, como se ha ido configurando a partir de la segunda década del siglo XX, existen varias formas de hacer responder al patrimonio de las personas jurídicas por los hechos ilícitos de sus administradores y empleados, particularmente en sectores de la economía altamente regulados, donde operan diversas Superintendencias y otras instituciones con facultades normativas y sancionadoras (como el Tribunal de la Libre Competencia).

¿Son estas sanciones civiles y administrativas suficientemente disuasivas, eficaces y proporcionales para estimular a quienes invierten su capital y trabajo en el desarrollo de las organizaciones actuales a adoptar medidas de prevención de delitos cuya oportunidad de comisión y encubrimiento ("riesgo") puede verse favorecida por la complejidad de las estructuras organizacionales modernas y las metas de productividad propias de la economía de mercado?

La respuesta es, para el Grupo de Trabajo Anticorrupción de la OCDE, que las actuales sanciones civiles y administrativas disponibles en nuestro país para hacer efectiva la responsabilidad de las

personas jurídicas por ciertos hechos constitutivos de delito no son lo suficientemente eficaces, proporcionales ni disuasivas, al menos respecto del ámbito de su incumbencia, a saber: la Convención para Combatir el Cohecho a los Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, aprobada por este Congreso Nacional y promulgada mediante Decreto Supremo N° 496 de 18 de junio de 2001, y cuyo documento de ratificación fue depositado por el Gobierno de Chile el 18 de abril de ese año.

Y esta es la razón por la cual se encuentra actualmente en tramitación ante el Congreso Nacional el Proyecto de Ley contenido en el Mensaje N° 018-357, que establece la “responsabilidad legal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de dinero de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica”. El Proyecto ha sido aprobado por la H. Cámara de Diputados, y se encuentra en discusión en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del H. Senado de la República. Según los antecedentes disponibles, esta discusión podría dar origen a un articulado diferente al del aprobado por la Cámara de Diputados, por lo cual resulta en este lugar inútil un examen pormenorizado del mismo.

Es por ello que en este texto me limitaré a abordar algunas cuestiones fundamentales para entender cómo hemos llegado a esta situación en la cual ciertas organizaciones internacionales estiman nuestra legislación actual, insuficiente para ser aceptados como partes plenas de las mismas y nos vemos compelidos repentinamente a aceptar principios jurídicos aparentemente “novedosos” (al menos para nosotros) y a modificar nuestro sistema normativo con más prisa y menos calma de la que quisiéramos.

Estas cuestiones, que he tenido la oportunidad de plantear personalmente a las respectivas Comisiones tanto de la Cámara de Diputados como del Senado, son las siguientes: 1) El contexto global en que se ha desarrollado e impulsado en el derecho internacional y comparado la necesidad de establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas; 2) Los fundamentos del proyecto de ley actualmente en discusión y nuestras obligaciones en materia de Derecho internacional en relación con el mismo; 3) Los presupuestos de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas y los modelos existentes al efecto; y 4) El carácter innovador de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la actualidad: el favorecimiento de

la implantación de mecanismos de prevención de los delitos antes que su mero castigo.

I. EL CONTEXTO GLOBAL DE LA NECESIDAD DE ESTABLECER SANCIONES EFICACES, PROPORCIONALES Y DISUASIVAS PARA LAS PERSONAS JURÍDICAS

William Clifford, Secretario Ejecutivo del Cuarto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, realizado en Kyoto (Japón) entre el 17 y el 26 de agosto de 1970, describía así, en los trabajos preparatorios de dicho Congreso, el interés de la ONU en el delito:

“El problema del crimen en el mundo interesa a la ONU por muchas razones. Evidentemente, está directamente vinculado al objetivo principal de la Organización de sus Estados miembros: la paz mundial. Porque la paz es indivisible y no puede considerarse independientemente de la acción recíproca de los pueblos, tanto en la esfera interna, como a un lado y otro de las fronteras. Cabe pensar que media una gran distancia entre los crímenes cometidos por asociaciones de delincuentes, los robos a mano armada, los abusos de confianza y la diplomacia internacional y las negociaciones entre los miembros del Consejo de Seguridad. Sin embargo, los asesinatos, la piratería, los secuestros internacionales han causado guerras. Hoy en día el tráfico ilícito de estupefacientes, el contrabando de armas, las exportaciones ilegales de oro, el secuestro de diplomáticos, el desvío de aeronaves y su sabotaje, la protección concedida a los criminales que huyen, constituyen causas de tensión y conflictos internacionales...”².

Naturalmente, en una época donde no se hablaba de la “globalización”, las palabras recién transcritas podrían haberse considerado como un simple discurso interesado. Sin embargo, ellas parecen también describir sucesos tan recientes como los atentados del 11-S, la piratería en los mares de Somalia, la proliferación del narcotráfico, la corrupción en las licitaciones internacionales y, en general, todos los

² ONU. *Chronique mensuelle*. Vol. VII, n° 5, 1970, p. 73. Citado por MARTÍ DE VESES, Ma. Del Carmen. “El Derecho internacional público y el consumo y tráfico de drogas y estupefacientes”. En: AUTORES VARIOS. *Delitos contra la Salud Pública. Tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes*. Valencia: Universidad de Valencia, 1977, p. 257-295, p. 258.

hechos delictivos que, por su propia dinámica, traspasan las fronteras y adoptan un carácter “transnacional”. En este contexto, es claro que el Derecho penal internacional como un todo (y no sólo el denominado “derecho penal de la emergencia”)³ no se encuentra únicamente legitimado por su función en el ordenamiento estatal interno, cualquiera que sea la que se le asigne, sino por su eventual utilidad como instrumento para la conservación de “la paz y seguridad mundial”,⁴ por medio no sólo del mantenimiento de los derechos humanos básicos, como acontece con las reglas del derecho internacional penal,⁵ sino también de las más pedestres reglas comunes para la prevención y control de los delitos comunes que pueden tener trascendencia internacional.

Es por ello que, más allá de la existencia de fuertes intereses económicos en el origen de estas reglas,⁶ burocracias internacionales dependientes (p. ej., la OCDE, la UNODC y las múltiples ONG de protección de “víctimas”), y “emprendedores morales atípicos” interesados;⁷ las Convenciones que regulan los delitos de trascendencia internacional (sujetas al procedimiento de ratificación y, por tanto, ajenas a la crítica de la falta de legitimidad democrática de que son objeto organismos supranacionales como la Comisión Europea)⁸ pa-

³ Críticamente, ver al respecto BRANDARIZ G. José Ángel. “Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas”. En: FARALDO C., Patricia (Directora). *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004, p. 15-64, especialmente p. 54-60. También críticamente contra este concepto, aplicado precisamente a los delitos terroristas, VILLEGAS, Myrna. “Los delitos de terrorismo en el Anteproyecto de Código Penal”. *Política Criminal*, n° 2, A3, 2006, p. 1-31, p. 3.

⁴ Las dificultades de dotar de contenido a esta expresión pueden verse en COMBAU / SUR, *Droit International*, p. 619 y siguientes.

⁵ AMBOS, *Völkerstrafrecht*, p. 66 y siguiente, siguiendo a Höffe y a Habermas, ve en la protección de estos derechos la función de la “República mundial” en formación.

⁶ Como pone énfasis, respecto a las relativas a la corrupción, ABANTO, Manuel. “La lucha contra la corrupción en un mundo globalizado”. En LOSANO / MUÑOZ CONDE, *Globalización*, p. 273-327, p. 313-322.

⁷ SILVA SÁNCHEZ, *Expansión*, p. 66-69, 81-102.

⁸ A modo de referencia reciente, ver al respecto, entre otros, en España: ESTRADA C. Albert. “Vía libre al Derecho penal europeo. Comentario a la Sentencia del TJCE de 13 de septiembre de 2005”. *InDret*, 2/2006, n° 341; y BLANCO LOZANO, Isidoro. “El Derecho penal y el primer pilar de la Unión Europea”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 06-05, 2004. En Alemania, la encendida discusión iniciada por HEFENDEL, Roland. “Europäischer Umweltschutz: Demokratiespritze für Europa oder Brüsseler Putsch”. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 4/2006, p. 161-167; “Europäisches Strafrecht: bis wohin und nicht weiter?”. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 6/2006, p. 229-236; POHL, Tobias. “Verfassungsvertrag durch Richterspruch. Die Entscheidung des EuGH zu Kompetenzen der Gemeinschaft im Umweltstrafrecht”. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 5/2006, p. 213-221. Para una visión general y menos apasionada del estado de la cuestión, véase AMBOS, Kai. *Internationales Strafrecht*. München: C.H. Beck, 2006, 491 p., p.375-403. Sobre la evolución del Derecho europeo en la materia antes del fallo comentado, véase el pionero trabajo de CARNEVALI, Raúl. *Derecho penal y derecho sancionador de la Unión Europea*. Granada: Comares, 2001, 472 p., donde, conforme al estado de la discusión en ese momento, se afirmaba la inconveniencia de un derecho penal supranacional, decantándose por favorecer un proceso acelerado de armonización y un empleo intensivo del derecho administrativo sancionador (p. 415-424).

recen comprender un conjunto de hechos que, según cada uno de los Estados Parte, son merecedores de pena en su propio ordenamiento interno, con independencia de si son o no cometidos por particulares, “las empresas” o “los poderosos”: tanto corrompe las normales relaciones económicas y el Estado de Derecho el sistema de soborno en las licitaciones internacionales que estableció a fines del siglo XX la empresa alemana Siemens,⁹ como el funcionario que exige una prestación miserable por un servicio esencial; del mismo modo que, ya superlativamente, tanto contribuye a la difusión incontrolada de sustancias estupefacientes o psicotrópicas el dealer que las distribuye a los alumnos de un colegio, como la empresa de servicios que se beneficia del lavado de dineros que de allí proviene.¹⁰

Lo anterior se refuerza por el hecho de que buena parte de estos “delitos de trascendencia internacional” no son novedosos en modo alguno, salvo en formas completamente casuales de manifestación, derivadas de los avances tecnológicos y las facilidades de comunicación y transporte: el asesinato de personas por motivos políticos o

⁹ Un panorama periodístico de la corrupción en las grandes empresas alemanas a principios de este siglo, puede verse en un reportaje del *Frankfurter Allgemeine Zeitung* de 20 de abril de 2007, disponible en <http://www.faz.net/s/RubEC1ACFE1EE274C81BCD3621EF555C83C/Doc~E62354979C73C4AFBBE28AA71930F03AF~ATpl~Ecommon~Scontent.html> [visitado el 27.05.2009]. La reacción posterior, incluyendo la elaboración de programas anticorrupción internos, puede verse en la actual página web de Siemens, que ha adoptado, producto de la presión internacional, un modelo estándar de *compliance* en la “lucha contra la corrupción” [ver: <http://w1.siemens.com/responsibility/de/compliance/korruption.htm>, visitado el 27.05.2009].

¹⁰ Por eso no resulta de recibo, a este respecto, la tesis de GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de la resistencia*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003, p. 190, en el sentido de que, si este derecho penal internacional integrase el que denomina “Derecho penal moderno”, tendría como finalidad la “criminalización formal ... del sistema de acción éticosocialmente reproble de las clases socialmente poderosas”. Esta idea, que supondría una asimilación del Derecho penal internacional a una suerte de movimiento socialdemocrático propio de la Europa continental, carece de base empírica en este ámbito, donde confluyen los más diversos sistemas económicos y sociales. Al respecto, ver las lúcidas críticas de PAREDES CASTAÑÓN, José M. “Recensión: GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de la resistencia*”. *Polit. crim.* n° 2, R7, p. 1-27, especialmente p. 20-24.

económicos, la corrupción funcionaria, las organizaciones criminales, el tráfico ilícito de productos nocivos para la salud, la piratería, las falsificaciones, la corrupción de menores y el secuestro de personas, e incluso la criminalidad económica, particularmente el lavado de dinero y el aprovechamiento de los efectos de los delitos son todos hechos sancionados de una forma u otra en todos los códigos decimonónicos y aún, entre nosotros, desde las Partidas.¹¹

Por lo tanto, si la crítica a este desarrollo del Derecho internacional penal, se dirige al hecho de que, de todas maneras, generaría un "Derecho penal más autoritario de lo normal ... legitimando la creación a nivel nacional de una legislación excepcional en materia de terrorismo, lucha contra la criminalidad organizada, narcotráfico, inmigración ilegal, etc., que no respeta las garantías y derechos fun-

¹¹ Para justificar este aserto, invito al lector a revisar desprejuiciadamente la primera edición de la obra de PACHECO, Joaquín F. *El Código penal concordado y anotado*. 3 t. Madrid: Imprenta Saunague, 1848 (t. I, 551 p. y II, 532 p.) y 1949 (t. III, 503 p.), donde encontrará comentarios del autor y referencias de las Partidas y otros códigos de la época para los siguientes temas "modernos": el asesinato de personas por motivos políticos (p. 108-109 y 125-139, t. II), la corrupción funcionaria (p. 395-530, t. II), las organizaciones criminales (p. 253-265, t. II), el tráfico ilícito de productos nocivos para la salud (p. 362-371, t. II), la piratería (p. 112-117 t. II), las falsificaciones (p. 266-331, t. II), la corrupción de menores (p. 134-147, t. III), el secuestro de personas (p. 243-255, t. III). Allí podrá observarse que el castigo de las formas preparatorias de comisión del delito y aun de la no denuncia de éstos, así como la asimilación de la consumación a la tentativa eran propias de los delitos que afectaban a la seguridad del Estado, particularmente cuando se trataba de atentados al soberano; los comentarios de Pacheco sobre la estructura general de los delitos de corrupción funcionaria: "su materia es sumamente extensa; sus preceptos, que deben abarcarla toda, no pueden menos que correr una inmensa escala, desde lo más sencillo a lo más grave" (p. 395, t. II); sobre la necesidad de castigar la falsificación de monedas extranjeras, que "no es nunca una acción que puede practicarse con buen fin" (p. 290, t. II); y sobre cómo respecto de la piratería "todas las naciones se han creído con derecho para castigar este crimen" (p. 115, t. II). Además, respecto del tráfico de productos nocivos para la salud incluyendo el opio (p. 367, t. II), que hoy en día cabe dentro de las prohibiciones del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, la regulación vigente en 1848 castigaba, de manera similar a la actual, no sólo la venta sin la competente autorización de esas sustancias, sino también su "elaboración", "despacho" y "comercio"; así como el despacho y "suministro" autorizados, pero realizados "sin cumplir con las formalidades prescritas en los respectivos reglamentos" (arts. 246 y 247 del Código penal español de 1848).

Finalmente, en cuanto a la criminalidad económica, baste esta cita de Pacheco para demostrar lo poco "moderna" que, en cierto sentido, es su represión: "Una carta falsa leída en la Bolsa, un posta simulado que se haga entrar ostensiblemente para divulgar cierta noticia, un anuncio hábil inserto en un periódico, pueden en determinadas circunstancias causar un trastorno en los precios, que enriquezca y arruine á mil personas. En esto hay delito real y verdadero. Por mas que pocas veces pueda alcanzarse á su autor" (p. 387, t. III). El comentario se refiere al art. 451 del Código español de 1848, que castigaba a "los que esparciendo falsos rumores, ó usando de cualquier otro artificio, consiguieren alterar los precios naturales que resultarían de la libre concurrencia en las mercancías, acciones, rentas públicas ó privadas, ó cualesquiera otras cosas que fueren objeto de contratación".

damentales reconocidos a nivel constitucional y que constituyen las bases del Derecho penal del Estado de Derecho";¹² hay que admitir que ella estaría a lo sumo justificada respecto al "cómo" cada Estado y su propia dogmática entienden actualmente la política criminal y las garantías personales,¹³ pero no al "sí" los hechos en ellas comprendidos son merecedores de una sanción penal más o menos uniforme, que incluya la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en el concierto de las naciones.

2. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA PROPUESTA CONTENIDA EN EL MENSAJE N° 018-357, QUE ESTABLECE LA "RESPONSABILIDAD LEGAL" (PENAL) DE LAS PERSONAS JURÍDICAS PARA CIERTOS DELITOS: NUESTRAS OBLIGACIONES EN EL PLANO DEL DERECHO INTERNACIONAL

En el Mensaje que establece la "responsabilidad legal" de las personas jurídicas, se mencionan entre sus antecedentes y como sus fundamentos, la concreción en el plano normativo de lo expuesto en el apartado anterior, esto es, la "tendencia" tanto en el derecho comparado como en los tratados internacionales y la doctrina, de favorecer el establecimiento de sanciones "eficaces, proporcionadas y disuasivas", y el "cumplimiento" de ciertos "objetivos", a saber: i) "la satisfacción de los compromisos internacionales adoptados por Chile"; ii) "el perfeccionamiento de nuestro ordenamiento jurídico, para situarnos al nivel de los países desarrollados"; y iii) el establecimiento de mecanismos que incentiven a las empresas para que "adopten medidas de autorregulación".

Al respecto, el Mensaje efectivamente recoge las actuales tendencias del Derecho comparado e internacional y se plantea objetivos que son en sí mismos valiosos en una política criminal orientada principalmente a la prevención de la comisión de delitos más que al mero castigo de quienes, como personas naturales, los cometen.

¹² MUÑOZ CONDE, Francisco. *El nuevo Derecho penal autoritario*. En: LOSANO / MUÑOZ CONDE, *Globalización*, p. 161-183, p. 162.

¹³ Una exposición crítica, denunciando el estado de la cuestión en la dogmática alemana puede verse en HASSEMER, Wifried. "Viejo y nuevo derecho penal", en *Persona*, p. 13-37, especialmente p.19-29.

Por otra parte, estableciendo una efectiva responsabilidad penal de las personas jurídicas, se cumpliría no sólo con las condiciones que la OCDE estima necesarias para que un país se incorpore a ella como miembro pleno, sino también se posibilitaría el cumplimiento efectivo de las medidas de control de la criminalidad comprendidas en diversos tratados internacionales que Chile ha suscrito y se encuentran vigentes.

En efecto, si sólo tomamos en consideración los “crímenes de derecho internacional” a que hace mención la actual “Estrategia” de la Oficina de las Naciones Unidas sobre Drogas y Crimen, que tienen alguna relevancia para Chile (por ser suscriptor de los tratados concernidos),¹⁴ a saber, los relativos a drogas, crimen organizado, tráfico de personas, lavado de dinero, corrupción y terrorismo,¹⁵ veremos que en los tratados respectivos, aparte de las definiciones y los aspectos técnicos relativos a ratificación y vigencia, se establecen alguna o varias de las siguientes obligaciones internacionales en materia penal:

Que los Estados Parte tipifiquen determinados delitos, más o menos detalladamente descritos en el tratado, los cuales, siendo de

¹⁴ Naturalmente, Chile también es suscriptor de diversos tratados que se refieren a temas similares, celebrados en el marco de la Organización de los Estados Americanos, cuyo contenido y alcance no puedo analizar en este lugar, salvo para afirmar que, en lo esencial, las obligaciones que ellos contienen no difieren sustancialmente de las comprendidas en la regulación de las Naciones Unidas, aunque su intensidad es menor. Los principales tratados celebrados en este ámbito regional son: Convención para Prevenir y Sancionar los Actos de Terrorismo Configurados en Delitos Contra las Personas y la Extorsión Conexa Cuando éstos Tengan Transcendencia Internacional, 1971 (suscrita, pero no ratificada por Chile); Convención Interamericana Sobre Extradición de 1981 (suscrita, pero no ratificada por Chile); Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1985 (ratificada por Chile en 1988); Convención Interamericana Sobre Asistencia Mutua en Materia Penal de 1992 y su Protocolo de 1995 (ratificados por Chile en 2004); Convención Interamericana Sobre Desaparición de Personas de 1994 (suscrita, pero no ratificada por Chile); Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer “Convención De Belem Do Para” de 1994 (ratificada por Chile en 1994); Convención Interamericana Sobre Tráfico Internacional de Menores de 1994 (no suscrita por Chile); Convención Interamericana Contra la Corrupción de 1996 (ratificada por Chile en 1998); Convención Interamericana Contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y Otros Materiales Relacionados de 1997 (ratificada por Chile en 2003); y Convención Interamericana Contra el Terrorismo (ratificada por Chile en 2004).

¹⁵ Véase la página Web de esta oficina: <http://www.unodc.org/unodc/index.html> [visitada el 26.05.2009]. La “Estrategia” en cuestión comprende actualmente también otros tópicos, como la reforma a los sistemas penitenciarios y de justicia juvenil, como puede verse en el documento alojado en <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/V07806/75/PDF/V0780675.pdf?OpenElement> [visitado el 26.05.2009].

carácter común, pueden tener efectos transnacionales imponiéndoles penas privativas de libertad más o menos graves;¹⁶

Que los Estados Parte impongan, además, el más amplio comiso posible de los bienes producto de dichos delitos y de los que los sustituyan;¹⁷

Que los Estados Parte establezcan medidas para hacer efectiva la responsabilidad de las personas jurídicas por su participación en dichos delitos,¹⁸ con sanciones “eficaces, proporcionales y disuasivas, incluidas sanciones monetarias”;¹⁹ y

Que los Estados Parte adopten reglas que favorezcan la delación compensada como eximente (“inmunidad judicial”) o atenuante.²⁰

Sin embargo, una característica del conjunto de estas convenciones y tratados es que, en general, sus normas no son “autoejecutables” (self executing),²¹ sino obligaciones internacionales de diferente intensidad,²² que en todo caso se encuentran necesitadas de

¹⁶ Art. 36 de la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961.

¹⁷ Art. 5 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias de 1988.

¹⁸ Art. 26 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003.

¹⁹ Art. 10 de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000.

²⁰ Art. 3.6. Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias de 1988.

²¹ La necesaria distinción entre las normas de un tratado que serían “autoejecutables” y aquellas que por el lenguaje empleado en el tratado o la naturaleza de las obligaciones contraídas, requieren de un acto del poder legislativo de cada Estado parte para tener aplicación directa en los tribunales internos ha sido desarrollada principalmente por la Corte Suprema de los Estados Unidos, en interpretación del art. 6º, inc. 2º de su Constitución, según el cual la “Constitución y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos”. Al respecto, los fallos donde se sientan las bases de esta doctrina que se ha mantenido inalterada hasta hoy día son *Foster v. Neilson*. 27 U.S. 253 (1829), y *U.S. v. Percheman*. 32 U.S. 51 (1833). Una aplicación reciente de la misma, puede verse en el controvertido caso *Hamdam v. Rumsfeld, Secretary of Defense et al.* 29.06.2006.

²² Según la clasificación de Virally: “invitaciones a observar comportamientos”, “obligaciones de desarrollo discrecional”, “obligaciones generales no concretadas”, y “obligaciones concretas”. La determinación del contenido preciso de una norma de derecho internacional queda, por tanto, entregada a la interpretación del lenguaje empleado. Ver al respecto: MATUS A., Jean Pierre; ORELLANA C., Marcos. “Acercas de la existencia de obligaciones internacionales de establecer delitos medioambientales, contempladas en los tratados suscritos por la República de Chile”. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. t. XCVIII, nº 4, 2001, p. 93-113, p. 98-100, donde se encuentran las referencias a los tratadistas de derecho internacional pertinentes.

implementación por parte de los Estados suscriptores,²³ conforme a su propio sistema jurídico,²⁴ lo que podría llevar a creer que, dentro de ese marco jurídico, cada Estado podría adoptar, de buena fe, las medidas que estime convenientes para adecuar su legislación a los compromisos contraídos.

Pero, conforme al actual Derecho internacional – al contrario de lo ocurrido en el Derecho internacional de buena parte del siglo XX –, los modernos convenios multilaterales contemplan mecanismos institucionales o “técnicas organizadas”²⁵ para garantizar, “monitorear” o hacer un “seguimiento efectivo” de la forma que los Estados Parte implementan sus disposiciones, lo que se espera que se haga no de cualquier manera, sino de la manera que la comunidad internacional estima adecuada. Estos mecanismos permiten, así, controlar la efectiva implementación de los respectivos convenios por cada Estado, superponiéndose así a los mecanismos tradicionales de la vigilancia informal del conjunto de la comunidad internacional. Así, por ejemplo, existen tanto “técnicas convencionales”, que obligan a que los Estados Parte informen periódicamente de los avances en la materia a alguna autoridad designada en el Tratado respectivo para controlar su implementación (Secretaría General, Conferencia o Asamblea de las Partes, etc.);²⁶ como la “técnica institucional” de encomendar a un

²³ Sobre la necesidad de “implementar” legislativamente las normas del Derecho internacional penal en general (y en particular, las del Estatuto de Roma), junto con una descripción de los medios para hacerlo, puede verse los textos de CÁRDENAS, Claudia. “Los crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional en el derecho chileno, necesidad de una implementación”. *Política Criminal*, n° 2, A1, 2006, p. 1-17, y NAVARRO D., Roberto. “Los efectos en el sistema chileno de fuentes del Derecho penal de la incorporación de los tratados internacionales y del fenómeno de la globalización”. *Ius et Praxis*. Año 10, n° 1, 2004, p. 77-111.

²⁴ Para ilustrar este aspecto, tomemos como ejemplo la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Transnacional (Convención de Palermo de 2000, vigente desde el 29 de septiembre de 2003). Según las “Guías Legislativas” preparadas por la UNODC, primero hay que distinguir cuándo el tratado obliga determinadamente, entrega alternativas de acción o simplemente faculta (insta) a adoptar alguna medida; y en segundo término, si es necesario y cómo sería posible, de acuerdo a las regulaciones internas, modificar la legislación para cumplir con los mínimos y, si se quiere, recoger las invitaciones que hace la comunidad internacional (N° 8).

²⁵ En general, sobre los procedimientos jurídicos para hacer cumplir las disposiciones de los tratados, véase CAMBACAU, Jean; SUR, Serge. *Droit international public*. París: Montchrestien, 1993, 821 p., p. 165-216, y sobre las “técnicas organizadas” de implementación, particularmente, las p. 204-207.

²⁶ Pionera, la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, que estableció como órganos internacionales de fiscalización de su implementación a la Comisión de Estupefacientes del Consejo Económico y Social y a la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes, que existían anteriormente. En los tratados más modernos se utiliza el expediente de la

organismo internacional la vigilancia y verificación del cumplimiento del Tratado, con base en sus facultades generales, como sucede típicamente con la labor de la UNODC para proveer de asistencia legal (incluyendo la elaboración de legislaciones modelos y guías para su implementación), entrenamiento a legisladores, jueces y fiscales, y asesoría técnica para facilitar la colaboración judicial (traducciones, intermediación, etc.), con el propósito de hacer efectivos los objetivos de las principales convenciones sobre crímenes de trascendencia internacional.²⁷

Así, por ejemplo, desde el punto de vista del Derecho internacional público, si bien es cierto que los artículos 2º y 3º de la Convención para Combatir el Cohecho a los Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales establecen que los Estados Parte tomarán “las medidas necesarias, de acuerdo con sus principios legales, para establecer la responsabilidad de las personas morales por el cohecho a un servidor público extranjero” y que, “si, dentro del sistema jurídico de una de las Partes, la responsabilidad penal no es aplicable a las personas morales, esta parte deberá asegurar que éstas queden sujetas a sanciones eficaces, proporcionadas y disuasivas de carácter no penal, incluyendo las sanciones pecuniarias”; no lo es menos que las recomendaciones del respectivo Grupo de Trabajo Anticorrupción de la OCDE, que estima que Chile, según se señala en el Mensaje del proyecto legal que se discute actualmente, “aún no ha adoptado medidas” suficientes para hacer efectiva esta responsabilidad, entendiéndose implícitamente que las sanciones civiles y administrativas actualmente disponibles son insuficientes siquiera para cumplir con las recomendaciones generales de la “Primera Fase” de implementación de dicha convención.

Es decir, para la comunidad internacional, al menos en estas materias, es más o menos claro que en nuestro ordenamiento esas características de “eficacia”, “proporcionalidad” y capacidad “disuasiva” no son predicables de las sanciones civiles, cuya finalidad es preeminentemente reparatoria o compensatoria, ni de las administra-

“Conferencia de Partes” como autoridad encargada de supervigilar su implementación, bajo el control indirecto de la Secretaría General (así, los Convenios CITES y la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional).

²⁷ Véase el *brouchure* UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. *Global programmes. Update november 2003*. En http://www.unodc.org/pdf/crime/publications/cicp_global_programmes.pdf [visitado el 14.12.2006].

tivas, que por quedar reservadas a organismos cuyas resoluciones no producen el efecto comunicacional de la justicia criminal, difícilmente pueden considerarse suficientemente proporcionales y disuasivas ante los graves hechos de que se trata.

Luego, el problema político criminal de fondo, esto es, la decisión de establecer un sistema de responsabilidad para las personas jurídicas que vaya más allá del que actualmente disponemos en materia civil y administrativa, ya ha sido resuelto, y de la manera más democrática posible: nuestro Congreso Nacional ha dado su aprobación a la ratificación de los numerosos tratados internacionales que así lo exigen, directa o indirectamente, de manera expresa o a través de los informes que emiten los organismos técnicos encargados de monitorear la implementación de tales tratados.

La cuestión que queda pendiente, por tanto, no es el si se debiera establecer tal sistema, sino el cómo hacerlo, aprovechando tanto nuestra tradición jurídica como lo mejor de la experiencia en el Derecho comparado.

3. LA CUESTIÓN “DOGMÁTICA”: ¿CÓMO PUEDEN LAS PERSONAS JURÍDICAS SER RESPONSABLES DE HECHOS CONSTITUTIVOS DE DELITOS, INDEPENDIENTEMENTE DE LAS PERSONAS NATURALES QUE ACTÚAN POR ELLA O EN SU BENEFICIO?

3.1. La superada discusión acerca de si pueden las personas jurídicas responder con sanciones que no tengan carácter puramente civil o vayan más allá del mero ejercicio de la potestad sancionadora administrativa.

No es posible ni necesario en este lugar entrar a analizar y resumir los ríos de tinta que a este respecto se han derramado,²⁸ limitándome a constatar algunas cuestiones fundamentales, a partir de las cuales desarrollaré mis argumentos al respecto:

²⁸ Para la discusión en nuestro ámbito cultural, véase la recopilación de trabajos de Jakobs, Silva Sánchez, Seelman, S. Bacigalupo, Feijoo Sánchez, Gómez-Jara, Mazuelos y García Caveró, contenidas en el volumen de GARCÍA CAVERO, Percy (coordinador). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*. Lima: Ara 2002, 502 p.

Es indudable que, entre nosotros, nadie sostiene “que los entes colectivos son incapaces de infringir leyes u otras disposiciones”, al menos en el ámbito civil y administrativo, e incluso se afirma que gozan de ciertos derechos de rango constitucional, como el de “desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional”;²⁹

Como bien se señala en la mayor parte de las obras modernas en la materia, la responsabilidad penal de las personas jurídicas es un hecho, empíricamente comprobable, en buena parte de la legislación europea continental y anglosajona del Common law, sin que contra ello se hayan levantado obstáculos normativos o constitucionales insalvables;³⁰

Entre nosotros, sanciones de carácter penal para las personas jurídicas han existido legalmente (antiguo Decreto Ley N° 211) y han sido propuestas desde antiguo (Proyecto Labatut-Silva de 1937), sin que, de nuevo, contra ello exista algún impedimento normativo sólido;

De hecho, nuestra regulación general no asume que las personas jurídicas sean incapaces de infringir leyes y normas mediante hechos que puedan calificarse de delitos, sino que ellas no pueden responder penalmente, esto es, que a ellas no se les pueden imponer sanciones penales por tales infracciones, trasladando a los administradores o representantes la imposición de dichas sanciones;

Tratándose de sanciones corporales y privativas de libertad, la imposibilidad de imponérselas a las personas jurídicas es un hecho, no una imposición jurídica o de principios absolutos, pero tal imposibilidad no existe tratándose de sanciones pecuniarias o privativas de derechos; y

Al igual que las sanciones civiles y administrativas, sanciones calificadas como penales de carácter pecuniario o que supongan la privación de ciertos derechos, afectarán el patrimonio o la organización social, e indirectamente repercutirán en el patrimonio de quienes poseen participaciones sociales (en la medida de su participación), sin

²⁹ SZCZARANSKI, Clara. “Las personas jurídicas como nuevos sujetos criminológicos”, *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, N° 17 (2007), n° 1, pp. 31-165, pp. 84-87.

³⁰ Véase a título ilustrativo el documentado trabajo de ONFRAY, Arturo Felipe. “Reflexiones en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, Año 2 (2001), n° 1, pp. 153-165.

haber tomado las decisiones ni ejecutado los hechos delictivos; pero ello sucede del mismo modo como les repercuten las ganancias y las pérdidas proporcionalmente a su participación, cuando tales decisiones y actividades las producen.

Sin embargo, una parte importante de la doctrina alemana y española, sin desconocer lo anterior, sigue sosteniendo que, por “razones dogmáticas”, sería imposible establecer una “responsabilidad penal de las personas jurídicas”, admitiendo únicamente la administrativa o civil.

Así, a contrapelo de la reforma legislativa en curso en España que pretende establecer un modelo de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas similar al que actualmente se discute en Chile, puede verse el reciente artículo de Robles, quien plantea que “la persona jurídica no posee ‘libertad’ y, por lo tanto, carece de ‘voluntad’ y, en definitiva, de capacidad de ‘culpabilidad’ en el ‘sentido penal’, pues ese sería el ‘sistema de reglas de inculpación y exculpación vigente para afirmar o negar la responsabilidad’”.³¹

Sin embargo, lo que está vigente es sencillamente contingente a las valoraciones sociales del momento y no es un argumento para impedir su modificación, cuanto más si para ello se recurre a la autoridad de quienes, como Jakobs, haciendo caso omiso de su propuesta de reconstrucción puramente “normativa” de la responsabilidad penal y del propio concepto de “persona” (entendido únicamente como “centro de imputación” penal, diferenciable del “sistema psicobiológico” o “ser humano”), de pronto se ven constreñidos por conceptos y “estructuras” ontológicas o prelegislativas y “resucitan”, por así decirlo, la psicología de la “voluntad” y la “autocomprensión” únicamente para defender el prejuicio arraigado en la dogmática alemana de que sólo las “personas físicas” son capaces de culpabilidad; lo que evidentemente no explica cómo es que la Unión Europea compele a sus miembros a establecer “normativamente” la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la cual, además, se encuentra plenamente vigente apenas cruzando las fronteras germanas, en Francia, Italia, e Inglaterra, por sólo poner un par de ejemplos.

³¹ ROBLES PLANAS, Ricardo, “Comentario. El ‘hecho propio’ de las personas jurídicas y el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008”, *Indret* 2/2009, pp. 1-12, p. 6.

Tampoco es de recibo el argumento de que para “compensar, prevenir y ordenar las relaciones económicas entre agentes que actúan en distintas posiciones” se emplee únicamente el derecho civil o administrativo como algo dado por la naturaleza. Todo el derecho penal económico, ambiental, y el viejo penal liberal de las infracciones al comercio, las alteraciones de precios, la revelación de secretos de fábrica, las falsedades y las estafas están ahí, entre otras cosas, para “compensar, prevenir y ordenar las relaciones económicas entre agentes que actúan en distintas posiciones” (otra cosa es que se crea que el derecho penal es únicamente retributivo, con lo cual entraríamos a preguntarnos por qué se han de destinar recursos escasos únicamente para satisfacer la ya denunciada por Platón como “irracional venganza”).

Con todo, al final del día, parece que la discusión no pasara en muchos momentos de ser puramente semántica, pues los autores que rechazan la posibilidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, por “razones dogmáticas”, no rechazan la de que las personas jurídicas “respondan” jurídicamente ni la clase de sanciones establecidas para ello, sino, únicamente, parece que se quiere que no se denomine “responsabilidad penal”.³²

3.2. *Cómo imputar, atribuir o hacer responsable a una persona jurídica por los hechos ilícitos de sus administradores y empleados*

Con independencia de la etiqueta o denominación que le demos a esta clase de responsabilidad, si se decide normativamente imponer sanciones a las personas jurídicas de carácter penal o más severas que las tradicionales consecuencias civiles del delito o las sanciones administrativas que ya se les imponen, queda de todas maneras pendiente el problema de cómo fundamentar que estas sanciones se impongan a las personas jurídicas con independencia de la que se imponen a las personas naturales que actúan por ella.

³² Así, antes, en sentido similar: MIR PUIG, Santiago. “Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 06-01, 2004, quien afirma, refiriéndose a las “consecuencias accesorias” del art. 129 del Código Penal español de 1995: “no hay duda de que la voluntad del legislador expresada en la ley ha sido la de salir al paso del peligro que pueden representar las personas jurídicas y empresas utilizadas para la comisión de delitos, sin cuestionar el principio de que el delito es únicamente un hecho humano” (p. 3).

Para responder a esta cuestión debemos volver de nuevo a los hechos: en nuestro sistema penal se atribuye la responsabilidad penal de las personas naturales con la constatación de la objetividad del hecho punible (la realización del resultado constitutivo de delito o la no realización del deber esperado) y de la vinculación subjetiva entre éste y la persona natural a que se le imputa (dolo y culpa, además de las restantes exigencias de la culpabilidad).

Respecto de una persona jurídica que objetivamente carece de psiquis y, por tanto, de alguna vinculación subjetiva con la realidad, no es posible fundamentar una responsabilidad penal en los mismos términos que los de la responsabilidad penal de las personas naturales.

Por lo mismo, en el ámbito comparado se han desarrollado tres modelos o presupuestos de imputación básicos, que asumen esta imposibilidad de hecho de hacer responsables a las personas jurídicas como si fueran personas naturales.³³

Un modelo vicarial, en el que al condenarse a un administrador o empleado por un delito que aprovecha a la persona jurídica, se la condena sin más a ella a la sanción especial que se trate, y en donde en realidad la responsabilidad penal de la persona jurídica no es independiente, sino que sencillamente se le atribuye por los hechos imputables a sus representantes y administradores;

Un sistema plenamente autónomo o de culpabilidad de la empresa, donde se estima que deben existir requisitos propios, análogos a la subjetividad del ser humano, para la imputación a la persona jurídica, además de la constatación de la objetividad de la infracción por parte de un directivo o empleado; y

Un modelo de determinación de pena o mixto, que, sobre la base de la responsabilidad meramente vicarial, la limite, estableciendo requisitos de imputación para la persona jurídica adicionales a la simple realización de un delito por uno de sus representantes o administradores (típicamente, la falta de implementación efectiva de sistemas de prevención de delitos), permitiendo, en ciertos casos, hacer efectiva la responsabilidad penal de las personas jurídicas, aunque no exista ninguna persona natural que también lo sea.

³³ Para una visión general de los diferentes modelos legislativos arriba resumidos, véase NIETO, Adán, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid: *Iustel*, 2008, pp. 85-214.

La mejor experiencia comparada en la materia, esto es, la anglosajona y la italiana, recomiendan alternativas mixtas: una persona jurídica que realiza las labores efectivas de prevención de delitos no responde de ellos, aunque sus representantes y administradores los cometan dolosamente. Pero si no realiza efectivamente tales labores, responde, aunque por cualquier razón no sea posible hacer efectiva la responsabilidad de una persona natural determinada, si se encuentran debidamente acreditados los hechos constitutivos del delito, esto es, la infracción del deber exigido o la realización del resultado prohibido.

Dentro de este modelo se insertan tanto el Proyecto de ley chileno como el español en trámite, y es probable que, con independencia de los naturales cambios de redacción y de contenidos, propios de la discusión parlamentaria, sea el que, en definitiva, se adopte, dadas sus ventajas prácticas: es un sistema de imputación penal a las personas jurídicas que no les atribuye directamente responsabilidad penal por los delitos cometidos por personas naturales a su servicio (“sistema vicarial”); ni asume la creencia de que ellas se gobiernan con total autonomía de las personas naturales que toman decisiones y las ejecutan (“sistema de culpabilidad de la empresa”); sino que establece las condiciones en las cuales, de cometerse un delito, la persona jurídica interesada en su realización ha de responder penalmente, esto es, con sanciones efectivas, proporcionales y disuasivas. Y esas condiciones son, básicamente, la inobservancia de las explícitas obligaciones de supervisión y dirección en orden a la prevención de las actividades delictivas que se le imponen y, por lo tanto, de implementación de modelos o programas de prevención, cuya ausencia o defectuosa implementación permite la imposición de sanciones de carácter penal a las personas jurídicas.

4. EL CARÁCTER INNOVADOR DE LAS FORMAS ACTUALES DE SANCIÓN PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LOS *MODELOS MIXTOS*: DE LA SIMPLE REPRESIÓN PENAL AL DISEÑO DE PROGRAMAS DE COLABORACIÓN PÚBLICA Y PRIVADA EN LA *PREVENCIÓN DEL DELITO*

Como hemos señalado en el apartado anterior, el modelo mixto de responsabilidad penal de las personas jurídicas responde principalmente a las actuales tendencias del derecho norteamericano y europeo, particularmente del italiano, cuya novedad es presentarse como un modelo centrado en obtener la colaboración de las empresas en las labores de prevención del delito, mediante el establecimiento de “programas de prevención de delitos”, cuya efectiva implementación debería ser suficiente para que las personas jurídicas no se vean expuestas a sanciones de carácter penal.

Luego, el aspecto principal de esta forma de abordar el problema es la extensión de los conocidos programas de responsabilidad social de la empresa³⁴ a la prevención de los delitos que pueden favorecer las formas de organización actuales —muchas veces organizadas en función únicamente de la obtención de resultados, sin atención a los medios empleados—,³⁵ pero que no son necesarias ni propias de la actividad empresarial, ni mucho menos un “mal” que se deba “tolerar” para obtener buenos resultados. Estos programas de responsabilidad social ya existen en muchas empresas nacionales y, en lo que respecta a los programas éticos de prevención de delitos, son impuestos por la regulación norteamericana a todos los empleados de las más importantes empresas multinacionales que operan en nuestro país, como, por citar un caso muy conocido, The Coca-Cola Company.³⁶

³⁴ Véase al respecto las informaciones disponibles en BALTERA, Pablo y DÍAZ, Estrella, “Responsabilidad social empresarial: Alcances y Potencialidades en Materia Laboral”, *Cuaderno de Investigación N° 25 (División de Estudios de la Dirección del Trabajo de Chile)*, 2005.

³⁵ El carácter “estructural” del delito de empresa, favorecido directa e indirectamente por determinadas prácticas y formas de organización (división del trabajo, compartimentalización de la información, subordinación y jerarquía, etc.) cuando se omite todo control ético o legal del actuar de los miembros de la empresa, se encuentra suficientemente documentado en la experiencia internacional, como puede verse en NIETO, *La responsabilidad penal*, cit. en nota n° 33, pp. 38 a 42, con numerosas referencias bibliográficas a autores alemanes, españoles y norteamericanos.

³⁶ El Programa en español de *The Coca Cola Company* puede verse en http://www.thecoca-colacompany.com/ourcompany/pdf/COBC_Spanish.pdf [visitado el 27.05.2009].

Al respecto, el proyecto de ley que actualmente se discute en Chile establece no sólo la imposibilidad de perseguir criminalmente a una empresa que haya “adoptado e implementado eficientemente modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos” (artículo 3°, inciso final, del texto aprobado por la Cámara); sino que, además, describe detalladamente los elementos mínimos que han de contener “modelos”, facilitando así su implementación (artículo 4° del texto aprobado por la Cámara).

Naturalmente, la redacción de los textos puede variar todavía en la discusión parlamentaria, pero sea cual sea su redacción definitiva, no parece razonable esperar que en ella se sustituya completamente el modelo de imputación propuesto, por diversas razones: a) ello no sucedió en el primer trámite constitucional a pesar de que la redacción de los textos que lo consagran fue intensamente debatida y profundamente modificada; y b) el requisito de imputación consistente en la implementación de programas de prevención de delitos se presenta a todas luces como una garantía adicional para los inversores, frente al sistema “vicarial” puro.

Luego, debe considerarse 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. Y aun cuando, en definitiva, se elimine el carácter autónomo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no se volverá a un sistema vicarial puro, pues con ello se perdería una garantía ya ganada: el patrimonio de la persona jurídica será responsable penalmente sólo si no se adoptan efectivamente en su organización programas de prevención de delitos.