

ASPECTOS GENERALES DE LA LEY SOBRE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Claudio Feller Schleyer

1. La tradición jurídica en nuestro país ha sido la de considerar que sólo las personas naturales pueden cometer delito y que sólo ellas pueden ser acreedoras de responsabilidad penal: las personas jurídicas, dentro de nuestra tradición, no pueden ser sujetos activos de delitos penales ni se les puede imponer una sanción penal. Este es el principio que consagra el artículo 58 inciso 2° del CPP y que antes consagraba el artículo 39 del antiguo C de PP. “La responsabilidad penal sólo puede hacerse efectiva en las personas naturales. Por las personas jurídicas responden los que hubieren intervenido en el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que las afectare”. Las razones que sustentan esta tradición son de diversa índole, y van desde la idea de que la persona jurídica no es más que un ente ficticio y que por ende los actos que ella realiza no son el producto de su voluntad (que en verdad no tiene) sino de las personas naturales que la dirigen o administran. Como el delito penal exige que el sujeto activo, vale decir el autor, haya obrado voluntaria y libremente esos elementos no existen en un ente ficticio como es la persona jurídica. Se agregan otras razones relativas a que algunas de las penas que se pueden imponer a las personas jurídicas puede provocar perjuicios a terceros inocentes. Así por ejemplo, la disolución de la sociedad puede afectar a los socios que no tuvieron intervención alguna en el hecho ilícito ni en el acuerdo de ejecutarlo. También puede afectar a los trabajadores, incluso a través de la pérdida de su empleo producto de la disolución de la sociedad.

2. Pero de manera paralela a esta tradición existían opiniones, sobre todo de juristas extranjeros, y legislaciones extranjeras que defendían y consagraban,

respectivamente, la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Básicamente y más allá de consideraciones teóricas que no es del caso exponer aquí esta postura se basa en razones prácticas: es una realidad innegable que muchas de las nuevas formas de la delincuencia (económica, relativas al terrorismo, al tráfico de drogas, al lavado de activos, etc.) se realizan en el seno de empresas, muchas veces con una estructura sumamente compleja e incluso transnacional que dificulta considerablemente la atribución de responsabilidad penal a los directivos o a las personas del ente de administración de la corporación que son en realidad los que delinearon el plan delictivo, al paso que la persona natural que realizó materialmente el delito se limita a aplicar la política decidida por esos directivos e incluso puede ocurrir que ese funcionario no tenga conciencia de estar realizando un acto delictivo. De allí entonces que esta corriente aboga por establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Y esta parece ser la tendencia moderna en el Derecho comparado. En el caso de países integrantes de la OECD, como son España, Portugal, Dinamarca, Francia e Italia, responden las personas jurídicas en general, sean de derecho público o privado, con o sin fines de lucro. Incluso en Dinamarca responden penalmente las empresas u órganos del Estado. Los delitos bases más comunes son: delitos relativos a la prostitución, delitos económicos y societarios, delitos tributarios, delitos de blanqueo de capitales, delitos contra el ambiente, delitos contra la salud pública, tráfico de drogas, tráfico de armas, etc. Las penas más usadas son la disolución de la sociedad, la clausura de la empresa, la suspensión de actividades y la intervención de la misma para proteger los derechos de los trabajadores o de los acreedores.

3. La ley N° 20.393 publicada el 2 de diciembre de 2009 que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activo,

financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho, vino a romper parcialmente la solución tradicional contemplada en el artículo 58 del CPP y estableció de manera restringida, para ciertos casos, la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El origen de esta normativa se encuentra en la necesidad que tenía nuestro país de cumplir ciertas normas impuestas por la Organización de Cooperación para el Desarrollo (OCDE) para poder ingresar a ella como miembro pleno. Entre esas normas se encuentra la Convención para combatir el Cohecho a Funcionario Público Extranjero, que fue suscrita por Chile en 1997 y promulgada el 2005. En virtud de esa Convención se incorporó a nuestro Código Penal el delito de cohecho a funcionario público extranjero (artículos 251 bis y 251 ter del CP). Pero faltaba el cumplimiento de la obligación establecida en esa Convención de sancionar a las personas jurídicas que intervienen en ese delito, obligación que se cumplió por la Ley 20.393. También se tuvo presente las normas de otros Tratados Internacionales y la necesidad de prevenir y detectar los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y cohecho, delitos todos en los cuales la intervención de personas jurídicas es muy frecuente y produce un impacto social usualmente mayor al que resulta del actuar de personas naturales (Mensaje del Ejecutivo).

4. En efecto, esta ley establece y regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto de ciertos delitos, a saber:

a) En el delito genéricamente denominado de lavado de activos contemplado en el artículo 27 de la ley N° 19.913, el cual castiga a los que oculten o disimulen el origen ilícito de determinados bienes, a sabiendas de que provienen de la perpetración de alguno de los delitos señalados en la misma ley, como por ejemplo tráfico de drogas, delitos de la Ley de Mercado de Valores, de la Ley General de Bancos, entre otros. También se castiga a los que adquieran, posean, tengan o usen

los referidos bienes, con ánimo de lucro, cuando al momento de recibirlos ha conocido su origen ilícito;

b) En el delito de financiación o del terrorismo contemplado en el artículo 8° de la ley N° 18.314, que sanciona al que por cualquier medio solicite, recaude o provea fondos con la finalidad de que se utilicen en la comisión de cualquiera de los delitos terroristas señalados en la misma ley;

c) En el delito de cohecho cometido por el particular que soborna a un empleado público, vale decir le ofrece o consiente en darle un beneficio económico, para que éste realice ciertas acciones u omisiones, como por ejemplo ejecutar un acto propio de su cargo en razón del cual no le están señalados derechos o bien, omitir un acto propio de su cargo o ejecutar un acto con infracción a los deberes de su cargo, o ejercer influencias para el provecho de un tercero interesado, contemplado en el artículo 250 del CP.

d) Y; finalmente, en el delito de cohecho a funcionarios públicos extranjeros contemplado en el artículo 251 bis del CP (artículo 1°), que básicamente consiste en sobornar a un funcionario público extranjero para que realice una conducta orientada a la obtención o mantención de un negocio o ventaja indebidos en el ámbito de transacciones internacionales o en recompensarlo por haber actuado de ese modo.

Respecto de estos delitos y sólo de ellos puede surgir la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los términos y en los casos que determina la Ley 20.393. Por ello es que el inciso final del artículo 1° de la ley señala que para los efectos de la misma “no será aplicable lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 58 del CPP”. En el resto de los delitos sigue rigiendo la tradición histórica de que sólo las personas naturales pueden ser objeto de responsabilidad penal.

5. ¿A qué personas jurídicas se les aplica la ley? A las personas jurídicas de derecho privado y a las empresas del estado (artículo 2°)

6. Requisitos para que se genere la responsabilidad penal de las personas jurídicas: La responsabilidad penal de las personas jurídicas se genera cuando concurren copulativamente los siguientes requisitos (artículo 3°):

a) Que el delito cometido en el seno de la persona jurídica, al que llamaremos delito base, sea uno de aquellos que señala el artículo 1° de la Ley.

b) Que ese delito sea cometido por los dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, o por personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de éstas.

c) Que el delito sea cometido directa e inmediatamente en interés de la persona jurídica o para su provecho. Y el inciso final del art. 3° señala que las personas jurídicas no serán responsables en los casos en que las personas naturales señaladas, hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o de un tercero. Ejemplo: los ejecutivos principales de la persona jurídica tienen pactado un bono anual proporcional a los resultados de la empresa y para incrementar ese bono sobornan a un funcionario público para que le adjudique a la empresa un importante contrato. El delito de cohecho se comete directamente en interés o provecho de los ejecutivos pero también a la empresa. Conforme a esta norma no habría responsabilidad penal de la persona jurídica.

d) Que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento por parte de la persona jurídica de los deberes de dirección y supervisión.

Este último requisito es en verdad el que denota la esencia del reproche que se le puede dirigir a la persona jurídica como tal y que justifica la imposición de una sanción. El delito “base” (lavado de activos, financiamiento del terrorismo,

cohecho) siempre es cometido por una persona natural, la que será castigada con las penas establecidas para el respectivo delito (pena privativa de libertad, multa penal y otras penas privativas de derechos). Entonces, la conducta de la persona jurídica que se castiga por la ley no es en verdad o por lo menos no necesariamente la de lavar activos, financiar el terrorismo ni cohechar, sino la de no haber cumplido con los deberes de dirección y supervisión que podrían haber evitado que las personas naturales mencionadas cometiesen esos ilícitos penales. En suma, se trata de un delito organizacional.

7. Precisamente como el incumplimiento de esos deberes constituyen el núcleo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la Ley 20.393 establece (inciso 3° del art. 3°) que ellos se considerarán cumplidos 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, modelo que debe cumplir ciertos requisitos mínimos que expresa el artículo 4° de la Ley, los que serán analizados en la exposición de don Enrique Cury y doña Valeria García. Vale decir, si a pesar de haberse cumplido adecuadamente por la persona jurídica sus deberes de dirección y supervisión a través de la adopción de un modelo de prevención de delitos que reúna los requisitos que señala la ley, se cometen los delitos “bases” sencillamente porque las personas naturales que los realizan burlaron la supervisión en términos que el modelo de prevención no fue capaz de detectar esos delitos, no hay responsabilidad penal para la persona jurídica.

8. La ley establece entonces que existiendo este modelo de prevención con los requisitos mínimos que contempla el art. 4°, “se considerará” que la persona jurídica ha cumplido con sus deberes de dirección y supervisión. Pero cabe

preguntarse el alcance que tiene esa expresión. Es decir, ¿basta con tener ese modelo para que la persona jurídica quede liberada de responsabilidad penal? O dicho en términos más simples: imputada una persona jurídica por esta ley, ¿le basta con acreditar que tiene el modelo de prevención para obtener un sobreseimiento o una absolución? En nuestra opinión la respuesta a esta interrogante es negativa. Puede ocurrir que la persona jurídica cumpla formalmente con tener un sistema de prevención pero que éste no se aplique en la práctica o se aplique defectuosamente o incluso que sea derechamente simulado, casos en los cuales no obstante existir el modelo de prevención, de todas formas la persona jurídica no ha cumplido sus deberes de dirección y supervisión. Por ejemplo, la letra a) del N.º 4 del art. 4º de la Ley establece que 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 fallos, así como actualizarlo de acuerdo al cambio de circunstancias de la entidad. Pero puede ocurrir que esos métodos sean objetivamente inidóneos, o que los encargados de supervisar la aplicación del modelo no cumplan adecuadamente con esa labor. Estas circunstancias obstan a mi juicio a que se puedan entender cumplidos los deberes de dirección y supervisión.

Entonces, ¿para qué sirve que la Persona Jurídica adopte un modelo de prevención? Entendemos que sirve como una presunción legal de cumplimiento de esos deberes, que si bien puede ser eventualmente desvirtuada por el Ministerio Público demostrando que ese modelo es inidóneo o derechamente simulado, en la mayor parte de los casos esa demostración será prácticamente imposible o muy difícil.

9. Precisamente en relación a este último punto es que cobra gran relevancia la certificación a que alude la letra b) del N° 4 del art. 4° de la Ley. Dispone esa norma que “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”. Esta certificación si bien es voluntaria es altamente recomendable puesto que tiene la ventaja práctica de plasmar en un documento expedido por entidades independientes y especializadas la configuración de los presupuestos de hecho de la presunción legal de cumplimiento de los deberes de dirección y supervisión, a saber que la persona jurídica ha adoptado e implementado un modelo de prevención que al menos cumple con los requisitos legales, sin perjuicio de que esas entidades puedan constatar que el modelo de prevención tiene controles aún mayores que los exigidos por la ley. Producida una imputación en contra de la persona jurídica por esta ley, el hecho de contar con esta certificación es un elemento de prueba sumamente valioso para la defensa.

10. Si bien la responsabilidad penal de la persona jurídica supone que una persona natural (las que menciona la ley) ha cometido el delito base, la responsabilidad de la primera es autónoma de la que pueda tener la persona natural. Es por ello que el artículo 5 establece que subsiste la responsabilidad penal de la persona jurídica aún cuando se haya extinguido la responsabilidad penal de

la persona natural por la muerte de ésta o por prescripción de la acción penal derivada de la comisión del delito base (el sujeto se ausenta hasta que prescriba la acción penal, y ello no obsta a que se establezca la responsabilidad penal de la persona jurídica). Del mismo modo también subsiste la responsabilidad penal cuando se ha decretado el sobreseimiento temporal de los imputados personas naturales ya sea porque éste ha sido declarado rebelde (en términos muy sencillos no es habido) o cuando después de cometido el delito cae en enajenación mental. Incluso la ley se pone en el caso, bastante frecuente, en que si bien está establecido la comisión de un delito, en este caso del delito base, no ha sido posible establecer durante la investigación la participación de él o los responsables individuales: ello no es óbice para que se persiga la responsabilidad de la persona jurídica 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 que señala la ley (los dueños y demás funcionarios de alto rango dentro de la empresa).

11. Tratándose de las penas aplicables a las personas jurídicas una vez establecida la responsabilidad penal de éstas, el legislador ha debido innovar en el catálogo de sanciones respecto de las que tradicionalmente contempla nuestro Código Penal y el resto de la legislación penal, en la cual el eje es la pena privativa de libertad. Las penas que se pueden aplicar a las personas jurídicas de acuerdo al artículo 8 de la ley son las siguientes:

1) Disolución de la persona jurídica o cancelación de la personalidad jurídica. Impuesta esta pena, la sentencia debe nombrar al liquidador encargado de la liquidación de la persona jurídica, a menos se trate de una persona jurídica que tenga una regulación especial en caso de disolución o cancelación de la personalidad jurídica (por ejemplo, SA art. 110 de la Ley de SA.) (Artículo 9).

Esta pena no se aplicará a las empresas del Estado ni a las personas jurídicas de derecho privado que presten un servicio de utilidad pública cuya interrupción pudiere causar graves consecuencias sociales y económicas o daños serios a la comunidad, como resultado de la aplicación de dicha pena.

2) Prohibición temporal o perpetua de celebrar actos y contratos con los organismos del Estado. Esta pena consiste en la pérdida del derecho a participar como proveedor de bienes y servicios de los organismos del Estado. (Artículo 10).

3) Pérdida parcial o total de beneficios fiscales o prohibición absoluta de recepción de los mismos por un período determinado. (Art. 11).

4) Multa a beneficio fiscal, que puede fluctuar entre cincuenta y veinte mil UM

5) Las penas accesorias consistentes en Publicación de un extracto de la sentencia; el comiso del producto del delito y demás bienes, efectos, objetos, documentos e instrumentos del mismo; y, finalmente, cuando el delito cometido supone la inversión de recursos de la persona jurídica superiores a los ingresos que ella genera, se establece como pena el entero en arcas fiscales de una cantidad equivalente a la inversión realizada.

12. La ley establece en sus artículos 14 a 18 un conjunto de reglas para la determinación de la pena aplicable al delito, que escapan a este análisis general de la Ley. Pero creo que vale la pena mencionar por su importancia práctica la norma del artículo 18 que establece la transmisión de la responsabilidad penal de la persona jurídica. En efecto, dispone la norma que en el caso de transformación, fusión, absorción, división o disolución de común acuerdo o voluntaria de la persona jurídica responsable de uno o más de los delitos a que se refiere el artículo 1º, su responsabilidad derivada de los delitos cometidos con anterioridad a la ocurrencia de alguno de dichos actos se transmitirá a la o las personas jurídicas resultantes de los mismos, si las hubiere, de acuerdo a un conjunto de reglas

señaladas en la misma norma, todo ello sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

Solo a modo ejemplar, la primera regla consiste en que si se impone la pena de multa, en los casos de transformación, fusión o absorción de una persona jurídica, la persona jurídica resultante responderá por el total de la cuantía. En el caso de división, las personas jurídicas resultantes serán solidariamente responsables del pago de la misma.