



ESTABLECIMIENTO DE RESPONSABILIDAD LEGAL DE PERSONAS JURÍDICAS EN DELITOS DE LAVADO DE ACTIVOS, FINANCIAMIENTO DEL TERRORISMO Y DELITOS DE COHECHO. Primer trámite constitucional.

El señor **ÁLVAREZ** (Presidente).- Corresponde tratar el proyecto de ley, iniciado en mensaje, 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. Diputado informante de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia es el señor Jorge Burgos.

Antecedentes:

-Mensaje, Boletín N° 6423-07, sesión 52ª, en 14 de julio de 2008. Documentos de la Cuenta N° 1.

-Primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, sesión 55ª, en 28 de julio de 2009. Documentos de la Cuenta N° 21.

El señor **ÁLVAREZ** (Presidente).- Tiene la palabra el diputado informante.

El señor **BURGOS** (de pie).- Señor Presidente, como hay una larga agenda, no obstante lo particular y novedoso del proyecto, intentaré ser lo más breve posible en el informe a la Sala. Sería importante, primero, fijar el contexto de la discusión. La discusión acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, si bien es de larga data, en las últimas décadas su consagración se ha instalado en múltiples legislaciones. En efecto, numerosos países de Europa, en particular los de raíz anglosajona, han ido estableciendo en sus legislaciones de manera progresiva este tipo de responsabilidades derivadas de actos antijurídicos realizados por las empresas, por las personas jurídicas, por las personas morales. Pese a lo anterior, este proceso de modificación jurídica no ha tenido la misma fuerza ni rapidez en los países latinoamericanos, incluido el nuestro. Por su lado, tanto los organismos como los instrumentos internacionales, entre otros, la ya famosa y conocida Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, OCDE; el Grupo de Acción Financiera Internacional, GAFI; la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción; la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transaccional; la Convención de Naciones Unidas para la Represión del Financiamiento del Terrorismo; la Convención para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, han planteado la necesidad de que tanto sus miembros como aquellos que aspiran a serlo, deban satisfacer ciertos estándares en diversos ámbitos relacionados con la delincuencia o con la seguridad en las relaciones comerciales. En este último punto, relacionado con la seguridad de las relaciones comerciales, organismos como la OCDE han instado a sus socios a que contemplen en sus legislaciones normas destinadas a sancionar a las empresas, de manera de asegurar la transparencia en las relaciones comerciales internacionales. Por estas razones, se ha planteado la necesidad de justificar a nivel político-criminal la sanción penal de actos realizados al interior de organizaciones que, en muchos casos, no sólo dañan las relaciones económicas internas, sino que también afectan la imagen internacional de los países. En efecto, incluso, en países en desarrollo, como el nuestro, ya se ha empezado a notar fuertemente el influjo de la globalización y, consecuentemente, la mayor complejidad que presenta la adopción de decisiones al interior de las corporaciones con alto grado de complejidad, siendo innumerables los casos en que resulta extremadamente difícil establecer responsabilidades

individuales, ya sea porque los procesos de decisión difuminan las diversas voluntades que han intervenido en ello o porque son adoptadas en forma autónoma y desligada de los niveles centrales de la empresa. En estos casos, no resulta posible establecer las responsabilidades individuales, incluso, porque no hubo necesariamente una decisión individual que generara la típica acción delictuosa. Asimismo, existen casos en que sí es posible establecer la responsabilidad personal al interior de una organización, pudiéndose, por tanto, aplicar sanciones individuales de índole penal. Incluso, cuando se puede probar determinado hecho, también se aplican, como ocurre en el caso chileno, sanciones de naturaleza administrativa. Sin embargo, sigue siendo discutible lo relacionado con la eficacia de la pena. En efecto, en tales casos, siempre queda abierta la interrogante acerca de la capacidad de las sanciones para reprimir ciertos actos, cuando éstos forman parte de una conducta sistemática de la organización. Claramente, en estos casos, no nos referimos a aquellas personas que se dedican a la comisión de delitos, pues ellas se encuentran absolutamente al margen del derecho, sino a las personas morales, jurídicas, empresas, que permiten, a través de acciones u omisiones, que cierto tipo de actos delictivos sean realizados a su interior porque generan algún tipo de ganancia en su funcionamiento habitual. Por ejemplo, cualquiera empresa nacional o internacional que consienta que para ganar ciertos concursos o proyectos es posible entregar coima a algunos funcionarios. No se trata de una asociación ilícita destinada a delinquir ni de un grupo de narcotraficantes, sino de una empresa establecida que entiende que para poder competir es necesario corromper a funcionarios del Estado. Sucede en materia de armas -como me lo indica el ministro- y en muchos otros casos, de los cuales el más emblemático de los últimos años es el de una empresa alemana del ámbito metal mecánico. El asunto consiste, entonces, en determinar si en ordenamientos jurídicos como el chileno, la sanción administrativa independiente es suficiente para evitar que sigan ocurriendo conductas como las descritas. Lo anterior ha sido dejado de lado en forma sostenida en los países con mayor desarrollo jurídico. Por lo tanto, la irrupción del derecho penal en el ámbito de las empresas, de las personas jurídicas sin fines de lucro, como determinadas corporaciones y fundaciones, ha encontrado su justificación en los obstáculos reales que ha debido enfrentar el sistema penal para establecer responsabilidades individuales y determinar la necesidad de reconocer que existen ciertos atentados que justifican la protección penal de la sociedad, manteniéndose, por tanto, su carácter de extrema ratio, de última razón. Ésta es la opción que ofrece el proyecto de ley enviado por el Ejecutivo y que, a nuestro juicio, enriqueció la discusión habida en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia. Se entiende con ello que existirán actos que deberán ser protegidos por toda la sociedad, a través del ejercicio del denominado *jus puniendi*, pero otorgando, a la persona jurídica sometida a investigación las garantías de que goza todo imputado. Por lo tanto, para el debate sobre responsabilidad penal de las empresas resulta necesaria la incorporación de variables ajenas a la discusión meramente dogmática, relacionadas con la necesidad de reconocer que los actos realizados por estos entes son capaces de producir mayores daños a la sociedad que aquellos cometidos por personas individuales y con la constatación de que, aparejada a la amplia libertad entregada a la empresa para perseguir su mejor provecho, su legítimo lucro, existe también la responsabilidad de garantizar a la sociedad, con un estándar mayor que el exigido a los ciudadanos, que la misma -es decir, la empresa- no servirá para la comisión de actos ilícitos, es decir, la consideración en el ámbito propio del derecho penal de hoy, de la llamada responsabilidad social de la empresa. Éste es, como ya se señaló, el objetivo del mensaje que fue objeto de discusión en la Comisión de Constitución, que permitió enriquecerlo con una serie de indicaciones. En el informe que los colegas tienen a la vista, aparece la larga lista de excelentes profesores de diversas universidades chilenas que tuvimos la suerte de recibir en la Comisión y de conocer sus informes sobre la materia, desde distintas perspectivas jurídicas, lo que, por cierto, enriqueció el debate.

Ámbito de aplicación de la ley.

El proyecto de ley establece un sistema de atribución de responsabilidad penal de la persona jurídica que no se aplica respecto de todos los delitos, sino sólo de algunos. Esto es importante, porque no se trata de aplicar el Código Penal, con todo su catálogo de delitos, de una sola vez y a todas las personas jurídicas; no, el proyecto del Ejecutivo –y la discusión respectiva no fue unánime- establece que es mejor el gradualismo, es decir, empezar por aquello que se pide internacionalmente y que parece necesario para adoptar acuerdos y para ver el funcionamiento de una reforma tan estructural como ésta. ¿Cuáles son los delitos? a) Lavado de activos, previstos en el artículo 27 de la ley N° 19.913; b) Financiamiento del terrorismo, contemplado en el artículo 8° de la ley N° 18.314, sobre Conductas Terroristas, y c) Cohecho a funcionario público nacional y a funcionario público extranjero, tipificados en los artículos 250 y 250 bis A del Código Penal vigente. Éstas son los tres actos jurídicos que el proyecto propone que sean aplicables a personas jurídicas. Contar con un catálogo restringido de delitos descansa, primero, en la idea de cumplir con la sugerencia impuesta por la OCDE y, segundo, en la convicción de que en las grandes reformas jurídicas como ésta la progresión, el gradualismo, es el camino más seguro. La experiencia italiana, por ejemplo, indica que se empezó con un delito. Al pasar los años, el sistema jurídico en ese país ha permitido la incorporación de nuevas figuras típicas para la aplicación a personas jurídicas. En cuanto a los cuerpos legales que regulan supletoriamente lo no previsto por esta iniciativa, serán aplicables, en lo sustantivo, las disposiciones contenidas en el Libro I del Código Penal y, en el procedimiento, el Código Procesal. En lo que no resultare pertinente en las leyes especiales señaladas anteriormente, serán aplicables supletoriamente a los delitos mencionados, según corresponda. Los sujetos activos que pueden cometer los delitos mencionados son las personas jurídicas de derecho privado y las empresas del Estado, sin distinción, todas, las creadas por ley y las creadas por contrato.

Sistema de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

La atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas descansa sobre tres criterios de imputación: el primero, en el artículo 3° del proyecto, radica en la comisión de algunos de los delitos considerados en el artículo 1° por una persona natural que tenga el rol de dueño, controlador responsable, representante o administrador de la persona jurídica, así como por personas que realizan, inclusive de hecho, actividades de administración y supervisión de ellas. También se entenderá cumplido ese requisito cuando el delito sea cometido por personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión de algunos de los sujetos mencionados anteriormente. Primer requisito, entonces, que una persona natural de la persona jurídica haya actuado en esa función oficial u oficiosamente. Segundo requisito. Para la configuración de la responsabilidad penal de la persona jurídica se necesita que la comisión del delito vaya en interés o provecho de ella. Desde el punto de vista de sus utilidades, le interesó a la persona jurídica coimear y corromper a algún funcionario público de cualquier estado, y lo hizo alguien que era, por ejemplo, apoderado de esa empresa. Por último, el tercer requisito para la responsabilidad de la empresa, haber infringido la obligación de implementar un modelo de prevención de delito, o habiéndose implementado, hubiese sido insuficiente. Más adelante vamos a tratar cuál es el modelo. Para que concurra la responsabilidad penal, aparte del 1 y 2 que hemos señalado, debe haber roto el modelo o el que creó fue insuficiente. De manera que faltando alguna de esas tres condiciones, copulativas, no se podrá perseguir la responsabilidad de la persona jurídica. Es importante destacar que, de acuerdo con el proyecto, las personas jurídicas no serán responsables en los casos en que las personas naturales hubiesen cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero. Si el gerente o el apoderado lo hizo persiguiendo lucro personal, no se da uno de los requisitos señalados. El requisito de imputación establecido en el inciso tercero del artículo 3° es desarrollado en el artículo 4°. Dicha disposición, determina los lineamientos y requisitos del modelo de prevención de los delitos mencionados anteriormente. Se establece que la máxima autoridad de la empresa, deberá designar un encargado de prevención que tendrá que contar con la suficiente autonomía del

administrador de la empresa. En ese contexto, será dotado de medios y facultades que le permitan desarrollar autónomamente sus funciones. Excepcionalmente, en el caso de las personas jurídicas de menor tamaño, sus propios dueños podrán designarse a sí mismo encargado de prevención. El encargado de la prevención deberá procurar el establecimiento de un sistema de prevención de los delitos, que deberá contemplar la identificación de las actividades que pueden ser blanco de posibles actos antijurídicos, la dictación de protocolos para evitar su comisión y, además, considerar sanciones administrativas internas. Existirá, por su parte, una supervigilancia de la superintendencia respectiva -por ejemplo, la de Valores- y demás supervisores institucionales que se ejercerá por medio de instrucciones o normas de general aplicación, con el objeto de velar por la debida implementación de dicho sistema. Por regla general, para la atribución de la responsabilidad penal de una persona jurídica de acuerdo con este sistema, se requiere que una persona natural cometa alguno de los delitos que considera el catálogo del proyecto. El artículo 5° del proyecto establece dos excepciones al requisito de que una persona natural esté relacionada con una persona jurídica; prescribe que la responsabilidad de la persona jurídica será autónoma de la responsabilidad penal de la persona natural y subsistirá aun cuando la responsabilidad penal individual se haya extinguido, conforme a lo dispuesto en el artículo 93 del Código Procesal Penal y cuando habiéndose acreditado la existencia del delito, no haya sido posible establecer la participación de él o los responsables individuales; es decir, en estos casos se podrá continuar en contra de la persona jurídica, aun cuando no se haya condenado a la persona natural que ejecutó el hecho ilícito. Reitero, el artículo 5° establece dos excepciones a la relación persona natural persona jurídica. Uno, cuando la persona natural no es responsable, no porque no haya cometido el delito, sino porque han operado a su favor alguna de las causales de extinción de la responsabilidad penal establecidas en el artículo 93 del Código, por ejemplo, la muerte del ejecutor. En ese caso, se podrá perseguir la responsabilidad penal de la persona jurídica, y también cuando no ha sido posible establecer la participación de él o los responsables individuales, es decir, se podrá continuar. Se comprobó el hecho, no fue posible determinar la participación punible de una persona natural vinculada, sin embargo, a juicio del fiscal que investiga, es tan claro que ocurrió, que va a poder perseguir la responsabilidad ya sólo de la persona jurídica. Por tanto, la línea adoptada mediante esta iniciativa ha sido la de un sistema preventivo por sobre uno sancionatorio meramente represivo. Se quiere prevenir la ocurrencia de esos hechos, no sólo reprimir. En efecto, se busca instar a las personas jurídicas, con o sin fines de lucro, a implementar sistemas que le permitan detectar tempranamente conductas que puedan atentar contra el orden público.

Consecuencias de la comisión de delitos por personas jurídicas.

Al respecto, el proyecto considera un sistema especial de sanciones aplicables a las personas jurídicas, alejándose, por tanto, en este caso, del Código Penal. A la hora de las sanciones, una vez acreditada la participación punible de la persona jurídica, artículos 10, 11 y 12 del proyecto, hay un catálogo de penas distintas de las generales. Entre las más claras, la disolución de la sociedad o cancelación de la personalidad jurídica, la prohibición de realizar determinadas actividades propias del giro de la empresa, etcétera.

Normas de procedimiento.

Derecho más bien adjetivo, como decíamos, se aplica el Código Procesal Penal en cuanto al procedimiento regulado para determinar la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El proyecto ha optado por sumarse a lo que, a nuestro juicio, son las virtudes del nuevo proceso penal. En efecto, la oralidad, la inmediatez, la contradictoriedad, la rapidez del nuevo proceso penal, también serán principios rectores en la determinación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por tanto, serán actores del sistema el Ministerio Público, el juez penal y la Defensoría. El artículo 25 establece que el representante legal de la persona jurídica comparecerá en todas las actuaciones y audiencias donde se requiera la participación del ente colectivo.

Normas especiales.

La regla general, se aplica el Código Procesal Penal. Las normas especiales están en el artículo 27. Sin perjuicio de lo señalado, el proyecto considera dos diferencias importantes respecto del Código Procesal Penal. Por un lado, en el caso de las personas jurídicas, por la naturaleza de los delitos que se establecen o por el interés público en las investigaciones y sanciones de los mismos, mediante el artículo 29 se hace inaplicable el llamado principio de oportunidad. Por el otro, respecto del archivo provisional de una investigación, entendido como una facultad discrecional que sólo debe ser utilizada cuando no existen antecedentes que permitan continuar con la investigación para el esclarecimiento de los hechos, se consigna la posibilidad de que el Ministerio Público pueda ejercerla aun cuando haya existido intervención del juez. Además, se regulan dos instituciones fundamentales en el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas: la suspensión condicional del procedimiento y la aceptación de responsabilidad penal. La primera, ya conocida en el actual proceso penal, tiene un marcado contenido preventivo, de economía procesal, pues permite focalizar los recursos en los casos más graves y satisfacer los intereses colectivos por medio de las condiciones impuestas. La aceptación de responsabilidad penal, como su nombre lo señala, es un proceso de negociación y de autoincriminación legalizada en la que las partes, el Ministerio Público, el querellante, si lo hubiere, y la persona jurídica imputada podrán presentar al juez, en la audiencia, un acuerdo que contendrá la aceptación de la responsabilidad penal de la persona jurídica y la aplicación de una determinada sanción. En cuanto a la determinación del procedimiento aplicable a la responsabilidad penal de la persona jurídica, es importante destacar que si el fiscal al acusar o requerir solicitare la aplicación de alguna de las penas señaladas en las letras c) y d) del artículo 9º o ambas, el conocimiento y fallo de aquéllas se realizará conforme a las normas del procedimiento simplificado. Como novedad procesal, el proyecto recoge del Código Procesal Penal la suspensión condicional de la condena por dos consideraciones. En primer término, por su efecto preventivo, por cuanto busca suspender la aplicación de la sanción a la persona jurídica condenada a penas menores, con la condición de no ser nuevamente formalizada o requerida. En segundo término, porque esta institución pretende ser un mecanismo para evitar que peligre la existencia de las pequeñas y medianas empresas como consecuencia de una condena. Se establece una serie de normas al respecto. En esencia, eso es el proyecto, que importa una novedad jurídica de trascendencia en nuestro derecho, más allá de las legítimas posiciones que surgirán en su discusión. La Comisión de Constitución, que realizó un arduo trabajo y escuchó a expertos del derecho penal y del derecho económico, recomienda la aprobación de la iniciativa.

He dicho.

El señor **ÁLVAREZ** (Presidente).- Tiene la palabra el diputado señor Jorge Burgos.

El señor **BURGOS**.- Señor Presidente, a mi juicio, a nadie podría sorprender que, sobre un tema de esta envergadura y desde el punto de vista jurídico, no haya unanimidad de criterios en una Sala compuesta por 120 personas. Dicho eso, quiero hacerme cargo de algunas cuestiones que se han señalado, tanto desde el punto de vista jurídico como político. En primer lugar, el diputado Monckeberg señaló que habría, no digo falsedad, sino que no es cierto que la OCDE requiera legislar sobre el contenido de esta iniciativa para ingresar a esa organización. A lo mejor, en ninguna parte o en ningún memorando figura esto como un requisito. Pero digamos las cosas por su nombre: nuestro país quiere entrar a la OCDE. No he escuchado a ningún político chileno ni a ningún candidato de los que tienen más opciones que digan que no les interesa su ingreso a la OCDE; esa afirmación no tiene sentido, ya que existe unanimidad absoluta de que el ingreso de Chile a esa organización es un beneficio para nosotros. En consecuencia, cuando se quiere entrar a una organización de

ese tipo, es uno el que tiene que cumplir los requisitos que los otros países han aceptado, más allá de lo que digan los memorandos. Si no queremos entrar a la OCDE, no nos preocupemos de apurar estas discusiones; pero como queremos entrar, y en eso parece haber unanimidad, tratemos de cumplir los requisitos de esa organización, pues todo indica que nuestro ingreso es una buena noticia para Chile. Ése es un tema que me parece bueno clarificar desde el punto de vista político. En segundo lugar, mi distinguido contradictor don Edmundo Eluchans, señaló algo que no comparto. Quiero ver la parte llena del vaso, como decía el ex Presidente Lagos. Según escuché, hay interés de que exista un sistema de responsabilidad penal. Me parece que ése es un elemento positivo, pero lo que se dice de este instrumento no me gusta. Se señala como uno de los argumentos: “Mire, aquí podría haber una grave alteración al principio de la culpabilidad, porque no es posible imputar culpabilidad por el solo incumplimiento de un deber de prevención.” Sobre eso se ha escrito mucho. Tal como existen artículos como el que citó el señor Eluchans con toda razón, también hay otros que sostienen tesis contrarias. En general, la tesis indica que la culpabilidad de la empresa radica en la responsabilidad propia de su conducta, en el deber de mantener una supervisión y dirección en su interior, expresada en el modelo que prevenga los delitos. Ahí está la responsabilidad, ahí está el elemento jurídico que da cuenta de esa responsabilidad. Además, no hay que olvidar, como intenté señalarlo en el informe, que el sistema de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas es copulativo. Es decir, no basta el incumplimiento del deber de prevención, sino que tienen que darse los otros dos requisitos: que la comisión de alguno de los delitos establecidos en el artículo 1° sea hecha por una persona natural vinculada a la empresa, y el segundo, que en la comisión del delito exista el afán de lucro, o sea, el lucro debe estar presente en este tipo de delitos. Estos requisitos son copulativos. En consecuencia, lo señalado, a mi juicio, al menos es discutible. En tercer lugar, quiero decir un par de cosas sobre la intervención más política que jurídica del diputado Nicolás Monckeberg. Está bien que uno considere que no estamos frente a un instrumento ideal, pero me parece un exceso sostener que el trabajo de la comisión es poco serio y apurado, porque en ella participamos desde distintas posiciones, varios de los diputados que estamos en la Sala. Además, cuando uno estima que ciertas normas no están correctamente redactadas, se deben presentar indicaciones para discutirlos y mejorar las posibles deficiencias que puedan existir; pero no se puede venir a decir en la Sala que el trabajo es poco serio. Quiero manifestar que en el mes y algo más de trabajo contamos con la presencia, no sé si de todos, pero de los mejores penalistas de Chile, profesores de las más prestigiosas universidades, lo cual está consignado en el informe. No quiero dar nombres, porque puedo olvidar algunos de los muchos que intervinieron en el estudio del proyecto. Por otra parte, un grupo numeroso de diputados, esto es bien importante, muchos de mi bancada y de otras bancadas de mi coalición, han repuesto una indicación para ampliar el catálogo de delitos. Podría coincidir en el caso de varios de los delitos cuya ampliación se solicita. En otros tengo dudas, porque hay algunos que nuestra legislación aún no tipifica muy bien. Por ejemplo, ¿alguien puede sostener en Chile que los delitos medioambientales están clara y precisamente configurados? En tal sentido, no ha podido avanzar la tramitación de una vieja moción del diputado Juan Bustos. Aparte de eso, esta reforma es tan profunda y estructural que lo prudente, lógico y razonable es que el Congreso comparta el gradualismo. Muchas cosas habrá que verlas en la práctica. En ocasiones, por hacer reformas muy rápidas y revolucionarias tanto en derecho sustantivo como en el adjetivo, se producen problemas. Voy a citar simplemente la insistencia en echar a andar la responsabilidad penal juvenil a media máquina. Pocos escucharon, entre otros, mi propio Gobierno y el ministro de Justicia. En la actualidad, nadie discute que esa ley ha funcionado relativamente mal, por decir lo menos, debido a que no se escuchó a los técnicos, a los que saben sobre esa materia. Entonces, no repitamos cosas complejas. Demos el paso que podamos dar y no uno gigante, porque en tal caso se corre más riesgo de tropezarse en el camino.

He dicho.