

OFICIO FN N°440/2010

ANT.: Ley N° 20.393, que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y cohecho que indica.

MAT.: Instrucción General que imparte criterios de actuación para la investigación y persecución penal de las personas jurídicas.

SANTIAGO, 23 de agosto de 2010

DE : FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO

A : FISCALES REGIONALES Y ADJUNTOS, ASESORES JURÍDICOS Y ABOGADOS AYUDANTES DE FISCAL DE TODO EL PAÍS

El presente oficio tiene por objeto impartir criterios que orienten la actuación de los fiscales del Ministerio Público en la investigación y persecución penal de las personas jurídicas. Para tal efecto, se analizarán las disposiciones contenidas en la Ley N° 20.393, norma que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas, respecto a los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y cohecho que indica, publicada en el Diario Oficial con fecha 2 de diciembre de 2009.

El análisis de la ley se dividirá en tres partes: una primera general, una segunda referida a los aspectos penales de la misma; y la tercera, que se abocará al análisis de los aspectos procesales de la normativa.

Se hace presente que los criterios consignados en el presente oficio deberán ser revisados y actualizados, una vez que existan investigaciones y una cantidad de sentencias tales que hayan fijado criterios jurisprudenciales relevantes de ser tenidos en cuenta por el Ministerio Público.

I. PARTE GENERAL

A) Antecedentes Generales de la Ley N° 20.393.

La Ley N° 20.393 ha venido a realizar un cambio trascendente en nuestro ordenamiento jurídico, al establecer un modelo sancionatorio de carácter penal y no administrativo respecto de las personas jurídicas, que viene a romper el aforismo jurídico "*societas delinquere non potest*", consagrado legalmente en el artículo 58 inciso segundo del Código Procesal Penal¹, respecto a los delitos en los cuales es aplicable.

¹ Artículo 58 inciso segundo del Código Procesal Penal: *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.*

La discusión sobre la incorporación o no, en nuestro ordenamiento jurídico, de normas que establecieran la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tiene variados matices y aborda al menos cuestiones fundamentales de derecho penal, constitucional y política criminal. La invitación formal a Chile para ser parte de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), sumado a los compromisos asumidos por nuestro país a partir de la suscripción y ratificación de diversos instrumentos internacionales², organismo e instrumentos que exigían crear normas que establecieran la responsabilidad de las personas jurídicas – penal, civil o administrativa- por delitos graves como el lavado de dinero, financiamiento del terrorismo y cohecho de funcionarios públicos extranjeros, motivaron que el tema pasara a discutirse en el Congreso Nacional.

La discusión parlamentaria se inició formalmente con el envío a la H. Cámara de Diputados del Mensaje de S.E. la Presidenta de la República N° 018-357, de fecha 16 de marzo de 2009 (boletín N° 6423-07)³, el cual luego de sucesivas indicaciones sustitutivas del Poder Ejecutivo y modificaciones realizadas por los parlamentarios, se convirtió en la Ley N° 20.393.

En este contexto, nuestro legislador optó por un sistema de sanciones a las personas jurídicas de carácter penal, cuya investigación la debe realizar un fiscal del Ministerio Público, junto con sostener la acción penal en su caso, siendo competente el juez de garantía para cautelar los derechos de los intervinientes en la etapa de investigación, y para el juzgamiento el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal o de Garantía, dependiendo del tipo de procedimiento que se adopte.

En adelante las citas que se hagan a la Ley N° 20.393 simplemente señalarán “la ley” o “esta ley”.

B) Contenido, alcance y reglas supletorias de la ley.

1. Contenido:

De acuerdo a lo dispuesto en su artículo 1°, la ley regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto de los delitos tipificados en el artículo 27 de la Ley N° 19.913, 8° de la Ley N° 18.314 y 250 y 251 bis del Código Penal. Regula, asimismo, el procedimiento para la investigación y establecimiento de dicha responsabilidad penal, la determinación de las sanciones procedentes y la ejecución de éstas.

En consecuencia, la responsabilidad penal de las personas jurídicas sólo puede hacerse efectiva respecto a los siguientes delitos:

² Relevante, resulta la Convención para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, de la OCDE. Similares compromisos se encuentran en la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, y el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo.

³ De esta forma, el Ejecutivo decidió eliminar las normas que trataban la materia y que se encontraban en el proyecto de ley que modifica la Ley N° 19.913, sobre lavado de dinero (boletín N° 4426-07), y decidió enviar un proyecto de ley que regulara exclusiva e independientemente el tema, y que contemplara la responsabilidad de las personas jurídicas no sólo respecto del delito de lavado de dinero sino también de los delitos de financiamiento del terrorismo y el cohecho.

- **Lavado de activos**, tipificado en el artículo 27 de la Ley N° 19.913⁴. No abarca ni al delito de asociación ilícita para lavar dinero contemplado en el artículo 28 de la citada ley, ni sus delitos base o precedentes.
- **El financiamiento al terrorismo**, tipificado en el artículo 8° de la Ley N° 18.314⁵.
- **El cohecho activo a funcionarios públicos nacionales**, tipificado en el artículo 250 del Código Penal⁶.

⁴ El artículo 27 de la Ley N° 19.913 dispone: *Será castigado con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de doscientas a mil unidades tributarias mensuales:*

a) *El que de cualquier forma oculte o disimule el origen ilícito de determinados bienes, a sabiendas de que provienen, directa o indirectamente, de la perpetración de hechos constitutivos de alguno de los delitos contemplados en la ley N° 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; en la ley N° 18.314, que determina las conductas terroristas y fija su penalidad; en el artículo 10 de la ley N° 17.798, sobre control de armas; en el Título XI de la ley N° 18.045, sobre mercado de valores; en el Título XVII del decreto con fuerza de ley N° 3, de 1997, del Ministerio de Hacienda, Ley General de Bancos; en los Párrafos 4, 5, 6, 9 y 9 bis del Título V del Libro II del Código Penal y, en los artículos 141, 142, 366 quáter, 367 y 367 bis del Código Penal; o bien, a sabiendas de dicho origen, oculte o disimule estos bienes.*

b) *El que adquiera, posea, tenga o use los referidos bienes, con ánimo de lucro, cuando al momento de recibirlos ha conocido su origen ilícito.*

Se aplicará la misma pena a las conductas descritas en este artículo si los bienes provienen de un hecho realizado en el extranjero, que sea punible en su lugar de comisión y en Chile constituya alguno de los delitos señalados en la letra a) precedente.

Para los efectos de este artículo, se entiende por bienes los objetos de cualquier clase apreciables en dinero, corporales o incorporeales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, como asimismo los documentos o instrumentos legales que acreditan la propiedad u otros derechos sobre los mismos.

Si el autor de alguna de las conductas descritas en la letra a) no ha conocido el origen de los bienes por negligencia inexcusable, la pena señalada en el inciso primero será rebajada en dos grados.

La circunstancia de que el origen de los bienes aludidos sea un hecho típico y antijurídico de los señalados en la letra a) del inciso primero no requerirá sentencia condenatoria previa, y podrá establecerse en el mismo proceso que se substancie para juzgar el delito tipificado en este artículo.

Si el que participó como autor o cómplice del hecho que originó tales bienes incurren además, en la figura penal contemplada en este artículo, será también sancionada conforme a ésta.

⁵ El artículo 8° de la Ley N° 18.314 señala: *El que por cualquier medio, directa o indirectamente, solicite, recaude o provea fondos con la finalidad de que se utilicen en la comisión de cualquiera de los delitos terroristas señalados en el artículo 2°, será castigado con la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio, a menos que en virtud de la provisión de fondos le quepa responsabilidad en un delito determinado, caso en el cual se le sancionará por este último título, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 294 bis del Código Penal.*

⁶ El artículo 250 del Código Penal señala: *El que ofreciere o consintiere en dar a un empleado público un beneficio económico, en provecho de éste o de un tercero, para que realice las acciones o incurra en las omisiones señaladas en los artículos 248, 248 bis y 249, o por haberla realizado o haber incurrido en ellas, será castigado con las mismas penas de multa e inhabilitación establecidas en dichas disposiciones.*

Tratándose del beneficio ofrecido en relación con las acciones u omisiones del artículo 248, el sobornante será sancionado, además, con la pena de reclusión menor en su grado mínimo.

Tratándose del beneficio consentido u ofrecido en relación con las acciones u omisiones señaladas en el artículo 248 bis, el sobornante será sancionado, además, con pena de reclusión menor en su grado medio, en el caso del beneficio ofrecido, o de reclusión menor en su grado mínimo, en el caso del beneficio consentido.

Tratándose del beneficio consentido u ofrecido en relación con los crímenes o simples delitos señalados en el artículo 249, el sobornante será sancionado, además, con pena de reclusión menor en su grado medio, en el caso del beneficio ofrecido, o de reclusión menor en sus grados mínimo a medio, en el caso del beneficio consentido. En estos casos, si al sobornante le correspondiere una pena superior por el crimen o simple delito de que se trate, se estará a esta última.

- El cohecho (activo) a funcionario público extranjero, tipificado en el artículo 251 bis del Código Penal⁷.

A estos ilícitos los llamaremos, en adelante, “delitos base”⁸, en la medida que son aquellos que pueden originar la responsabilidad penal de una entidad.

Cabría agregar que la ley también se aplica al delito de **asociación ilícita**, tipificado en el artículo 292 del Código Penal⁹, y al tipo especial de **asociación ilícita para lavar dinero**, tipificado en el artículo 28 de la Ley N° 19.913¹⁰, ya que la ley modificó las normas sobre la penalidad de dichos ilícitos, estableciendo penas a las personas jurídicas como consecuencia accesoria a la pena principal que se impusiera, lo cual será analizado más adelante.

2. Alcance:

En relación al tipo de personas jurídicas a las que son aplicables estas normas el legislador, en el artículo 2° de la ley, eligió abarcar a la mayor cantidad de entidades posibles, comprendiendo a todas las personas jurídicas de derecho privado, tengan éstas o no fines de lucro, y a las empresas del Estado, sean o no creadas por ley, dado que no se distinguió a su respecto.

Respecto de otras personas jurídicas de Derecho Público, como el Fisco o las Municipalidades, este modelo de atribución de responsabilidad no es aplicable.

3. Reglas Supletorias.

Similar a lo que se hizo con el estatuto de Responsabilidad Penal Adolescente (Ley N° 20.084), esta ley pretende ser la normativa especial que contenga todas las disposiciones

⁷ El artículo 251 bis del Código Penal, por su parte, dispone: *El que ofreciere, prometiére o diere a un funcionario público extranjero, un beneficio económico o de otra naturaleza, en provecho de éste o de un tercero, para que realice una acción o incurra en una omisión con miras a la obtención o mantención, para sí u otro, de cualquier negocio o ventaja indebidos en el ámbito de cualesquiera transacciones internacionales, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado medio a máximo y, además, con las de multa e inhabilitación establecidas en el inciso primero del artículo 248 bis. Si el beneficio fuere de naturaleza distinta a la económica, la multa será de cien a mil unidades tributarias mensuales. De igual forma será castigado el que ofreciere, prometiére o diere el aludido beneficio a un funcionario público extranjero por haber realizado o haber incurrido en las acciones u omisiones señaladas.*

El que, en iguales situaciones a las descritas en el inciso anterior, consintiere en dar el referido beneficio, será sancionado con pena de reclusión menor en su grado mínimo a medio, además de las mismas penas de multa e inhabilitación señaladas.

⁸ La denominación de delito base no es la misma que aquella contemplada en materia de Lavado de Activos, y sólo se utiliza a efectos ilustrativos en este oficio.

⁹ El artículo 292 del Código Penal señala: *Toda asociación formada con el objeto de atentar contra el orden social, contra las buenas costumbres, contra las personas o las propiedades, importa un delito que existe por el dolo hecho de organizarse.*

¹⁰ Dicha norma dispone: *Los que se asociaren u organizaren con el objeto de llevar a cabo algunas de las conductas descritas en el artículo anterior, serán sancionados por este solo hecho, según las normas que siguen:*

1.- *Con presidio mayor en su grado medio, al que financie, ejerza el mando o dirección, o planifique los actos que se propongan, y*

2.- *Con presidio mayor en su grado mínimo, al que suministre vehículos, armas, municiones, instrumentos, alojamiento, escondite, lugares de reunión, o colabore de cualquier otra forma para la consecución de los fines de la organización.*

Cuando la asociación se hubiere formado a través de una persona jurídica, se impondrá además, como consecuencia accesoria de la pena impuesta a los responsables individuales, la disolución o cancelación de la personalidad jurídica.

que hacen procedente la responsabilidad penal de las personas jurídicas, incluyendo las modificatorias de ésta, las sanciones y su forma de determinación y ejecución, así como las reglas de procedimiento que corresponda aplicar para la investigación y establecimiento de dicha responsabilidad penal.

Para aquellas materias no previstas por la ley, son supletoriamente aplicables las disposiciones contenidas en el Libro I del Código Penal, en el Código Procesal Penal y en las leyes especiales que tipifican los delitos de lavado de dinero y financiamiento del terrorismo (Ley N° 19.913, que crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos; y Ley N° 18.314, que determina conductas terroristas y fija su penalidad, respectivamente) en todo aquello que resultare pertinente, de conformidad con lo establecido en el artículo 1° inciso segundo de la citada ley.

Por último, se deja expresa constancia en el artículo 1° que, para los efectos de esta ley, no será aplicable lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 58 del Código Procesal Penal, norma que, como ya se señaló, consagra el principio *societas delinquere non potest*, según el cual por las personas jurídicas responden aquellas personas naturales que hubieran intervenido en el hecho punible. La Ley N° 20.393, en este sentido, se erige como una excepción al principio general según el cual las personas jurídicas no responden penalmente, principio que en consecuencia se mantiene vigente y plenamente aplicable respecto de todos los otros delitos que no estén contemplados en esta ley.

II. ASPECTOS PENALES.

A) Modelos de Atribución de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas.

La Ley N° 20.393 establece dos modelos de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas: el primero, establecido en los artículos 3°, 4° y 5°, que consiste en un modelo sancionatorio por defecto en la organización, o falta de prevención o ineficiente o incompleta prevención de delitos por parte de la persona jurídica. El segundo modelo, aplicable sólo a los delitos de asociación ilícita y asociación ilícita para lavar dinero, permite que las personas jurídicas puedan ser sancionadas con penas accesorias a las principales en los casos que establece la ley.

1. Atribución de responsabilidad penal por defecto en la organización o inexistencia o deficiencia en la prevención de delitos.

1.1.- Presupuestos de imputación.

Este modelo de atribución opera en base a distintos presupuestos copulativos, cuya carga probatoria, como en cualquier delito, la tiene el Ministerio Público, quien deberá acreditar cada uno de éstos a fin de imputar responsabilidad penal a una persona jurídica.

El modelo o sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas por defecto en la organización o deficiencia en la prevención, se encuentra regulado en los artículos 3°, 4° y 5° de la ley y constituye el principal modelo regulado por ella. Atendida la novedad de esta materia, el legislador ha sido especialmente cuidadoso al establecer los presupuestos y los estándares que deberán cumplirse para hacer procedente la responsabilidad de las empresas.

Los presupuestos aludidos son los siguientes:

- i) La persona jurídica será responsable si alguno de los delitos base señalados en el artículo 1° de la Ley N° 20.393 (lavado de dinero, financiamiento del terrorismo y cohecho de funcionarios públicos nacionales o extranjeros) fueren cometidos por sus 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 alguno de los sujetos mencionados anteriormente.

En relación a la persona natural que comete alguno de los delitos base, se puede apreciar que la ley se refiere en términos amplios no sólo a quienes ostenten la calidad de dueños, ejecutivos principales o representantes, sino que incluye en términos genéricos a sus "responsables" y a "quienes realicen actividades de administración y supervisión", de manera que lo relevante no es el cargo formal que ostente la persona sino su poder decisorio al interior de la estructura jurídica. Lo importante no es, en otros términos, el título que ostente la persona natural, sino el hecho de que realice actividades de administración y supervisión, lo cual será objeto de investigación y prueba.

La ley incluye a una segunda categoría de trabajadores que pueden originar la responsabilidad penal de la empresa por su participación punible en alguno de los delitos. Estas personas son aquellas que actúen bajo la **directa** supervisión o dirección de los sujetos antes aludidos. La inclusión de estos trabajadores de menor jerarquía como posibles sujetos activos de los delitos se explica en cierta medida por la posibilidad de que trabajadores de cierto poder decisorio y conocimiento dentro de la empresa cometan delitos en beneficio de ésta, aunque no ostenten los principales cargos directivos o ejecutivos al interior de la misma.

En estos términos, identificar si el autor de un delito de lavado de dinero, financiamiento del terrorismo o cohecho en virtud del cual se investiga también a la persona jurídica donde trabaja, pertenece a esta categoría de trabajadores, dependerá necesariamente de la estructura interna de la misma, de sus funciones y responsabilidades específicas y de la jerarquía que ostente en su interior, todo lo cual será objeto de la investigación y posterior prueba en el respectivo juicio.

- ii) Los delitos detallados en el artículo 1° de la ley, deben ser cometidos **directa e inmediatamente** en el interés de la persona jurídica o para su provecho.

En cambio, las personas jurídicas no serán responsables en los casos que las personas naturales antes indicadas, hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero.

En otras palabras, el delito cometido por la persona natural debe ceder, **directa e inmediatamente**, en interés o en provecho de la entidad. Los términos "directa e inmediatamente" destacan la necesidad de que el delito haya beneficiado a la empresa, lo cual de alguna manera es parte de la justificación de su sanción. Sin embargo, su contenido y límites deberán ser objeto de investigación y prueba, al no dar luces la ley sobre sus elementos y requisitos. Por otro lado, creemos que el interés o provecho de la empresa no debe ser meramente económico o pecuniario y puede constituir también un beneficio de carácter inmaterial (por ejemplo reputacional).

Si bien es un presupuesto de imputación que el delito base se cometa "**... directa e inmediatamente en el interés de la persona jurídica o para su provecho...**", nada impide que éste se cometa en el simultáneo, **y a veces preponderante interés** de la persona natural que actué por ella, o que se comparta entre ambas

el beneficio que reporta el delito, circunstancias que no eliminan este presupuesto, sino que lo refuerzan, pues la única situación en que la persona jurídica no será responsable ocurre cuando el delito base se cometa **en el exclusivo** interés de la persona natural.

Por último, cabría consignar que no es necesario que el interés o provecho se haya concretado en la práctica, sino que basta que el delito de que se trate se hubiera cometido en interés o en provecho de la entidad, sin exigir la ley que el mismo se haya materializado concretamente.

iii) La comisión del delito debe ser consecuencia del incumplimiento, por parte de la persona jurídica de sus deberes de dirección y supervisión.

Se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, de conformidad con las normas que la ley establece en su artículo 4º.

De este presupuesto es posible sostener que la responsabilidad de la empresa no deriva directamente del delito cometido por uno de sus ejecutivos o representantes, sino que es consecuencia del incumplimiento o cumplimiento imperfecto de los deberes de dirección y supervisión de la entidad, que se traducen fundamentalmente en su incapacidad para prevenir su utilización para la comisión de delitos, y precisamente por este defecto en su organización, ha sido posible que uno de sus dueños o ejecutivos haya podido cometer uno de los ilícitos de que trata el artículo 1º de la ley.

Sin embargo, tampoco se trata de una responsabilidad independiente, sino que es necesaria cierta conexión con la persona natural. Así, más allá que el delito deba haber cedido en interés o provecho de la entidad, en la mayoría de los casos será necesario acreditar la participación de la persona natural en el delito base para poder imputar responsabilidad a la entidad, siendo excepcionales los casos de autonomía que contempla el artículo 5º de la ley.

Por otra parte, el inciso 3º del artículo 3º de la ley indica que se “considerará” que esos deberes “se han cumplido” si, con anterioridad a la comisión del delito, la entidad adoptó e implementó un modelo de “organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido” de conformidad a lo establecido en el artículo 4º de esta ley.

Lo anterior destaca la importancia que puede representar para una empresa establecer un modelo de prevención efectivo de acuerdo con las disposiciones de la ley, y demuestra que uno de los aspectos más importantes de esta nueva normativa es su carácter preventivo de la comisión de los ilícitos que originan la responsabilidad de las empresas.

Ahora bien, la efectiva adopción e implementación del modelo de prevención siempre será objeto de investigación y prueba. En este sentido, conviene destacar que el hecho de cumplir la empresa formalmente con todos los requisitos que el artículo 4º establece para la adopción del modelo de prevención de delitos, no implica que ésta haya implementado el modelo real, eficaz o idóneamente, lo cual será siempre objeto de investigación y prueba. En otros términos, la existencia de un manual de prevención y de la existencia al interior de la empresa del cargo formal del “encargado de prevención”, por ejemplo, no equivale a que la entidad tenga en funcionamiento un sistema de prevención de delitos según lo requerido por la ley. Asimismo, si la empresa no adoptó un modelo de prevención como el propuesto por la ley, ello no significa dar por cumplido este presupuesto de imputación, sino que necesariamente, aquel presupuesto deberá ser acreditado por el Ministerio Público.

El modelo de prevención de delitos debió ser adoptado e implementado en la empresa con anterioridad a la fecha de comisión del delito, para que pueda alegarlo en su favor: si ocurre con posterioridad podría configurar una atenuante (artículo 6º N° 3). Asimismo, la

implementación del modelo podría ser una de las condiciones que la empresa deba cumplir en una suspensión condicional del procedimiento.

1.2.- Elementos mínimos del modelo de prevención de delitos.

El artículo 4° de la Ley N° 20.393 establece las bases mínimas que debe contemplar todo modelo de organización, administración y supervisión para prevenir delitos. En todo caso, la ley se preocupó de darle un carácter voluntario al modelo propuesto, con la finalidad de no encarecer injustificadamente los costos de las empresas, especialmente de aquellas de menor tamaño o ingresos.

Los elementos básicos que se contienen en el citado artículo 4° y que deben encontrarse presentes en todo modelo de prevención de delitos de una empresa son los siguientes:

i) La designación de un encargado de prevención.

Figura similar a la de los oficiales de cumplimiento existentes en las empresas o sujetos obligados a reportar operaciones sospechosas a la Unidad de Análisis Financiero, producto de las obligaciones que se derivan de la ley sobre lavado de activos (Ley N° 19.913).

El encargado de prevención tiene por misión fundamental establecer, en conjunto con la "Administración de la Persona Jurídica"¹¹, el modelo de prevención de delitos al que se refiere la ley, así como preocuparse de su efectiva implementación y aplicación.

Estos encargados pueden durar hasta tres años en su cargo, renovable por iguales períodos, quienes deben contar con la debida autonomía respecto de la administración de la empresa y de sus dueños o controladores, precisamente por el rol clave que deben cumplir en cuanto a la prevención de los delitos y, eventualmente, en ser los encargados de representar conductas de riesgo y realizar las denuncias que correspondan en la sede penal competente.

La "autonomía" del encargado de prevención dependerá de la organización y estructura interna de la empresa, y finalmente también será objeto de investigación y prueba.

Hay dos excepciones respecto a la independencia de funciones, la primera dice relación con que eventualmente, el encargado de prevención puede cumplir además, las funciones de contralor o auditor interno de la compañía y, la segunda, se refiere a la situación de las personas jurídicas cuyos ingresos anuales no excedan de cien mil unidades de fomento, caso en el cual el dueño, el socio o el accionista controlador podrán asumir personalmente las tareas del encargado de prevención, facilidad que el legislador estimó necesario contemplar, como se dijo, para no perjudicar ni encarecer los costos a las pequeñas y medianas empresas.

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

La administración de la persona jurídica deberá proveer al encargado de prevención los medios y facultades suficientes para el desempeño de sus funciones, contemplando la ley algunos elementos mínimos que deberá considerar y que son:

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

¹¹ En este artículo, la ley entiende que la "administración de la persona jurídica" es la máxima autoridad administrativa de la persona jurídica, sea ésta su directorio, un socio administrador, un gerente, un ejecutivo principal, un administrador, un liquidador, sus representantes, sus dueños o socios, según corresponda a la forma de administración de la respectiva entidad.

- Acceso directo a la administración de la persona jurídica para informarla oportunamente por un medio idóneo, de las medidas y planes implementados en el cumplimiento de su cometido y para rendir cuenta de su gestión y reportar a lo menos semestralmente.

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

El encargado de prevención, en conjunto con la administración de la persona jurídica, deberá establecer un sistema de prevención de los delitos, preocupándose la ley de establecer ciertos elementos mínimos que debe cumplir dicho sistema, y que son:

- La identificación de las actividades o procesos de la entidad, sean habituales o esporádicos, en cuyo contexto se genere o incremente el riesgo de comisión de los delitos señalados en el artículo 1° de la ley.
- El establecimiento de protocolos, reglas y procedimientos específicos que permitan a las personas que intervengan en las actividades o procesos indicados en el punto anterior, programar y ejecutar sus tareas o labores de una manera que prevenga la comisión de los mencionados delitos.
- La identificación de los procedimientos de administración y auditoría de los recursos financieros que permitan a la entidad prevenir su utilización en los delitos señalados.
- La existencia de sanciones administrativas internas, así como de procedimientos de denuncia o persecución de responsabilidades pecuniarias en contra de las personas que incumplan el sistema de prevención de delitos.

Estas obligaciones, prohibiciones y sanciones internas deberán señalarse en los reglamentos, manuales o códigos de conducta que la persona jurídica dicte al efecto y deberán comunicarse a todos los trabajadores.

Además, dispone la ley que toda esta normativa interna deberá ser incorporada expresamente en los respectivos contratos de trabajo y de prestación de servicios de todos los trabajadores, empleados y prestadores de servicios de la persona jurídica, incluidos los máximos ejecutivos de la misma.

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

La ley establece una obligación del encargado de prevención en conjunto con la administración de la persona jurídica, respecto a establecer métodos para la "aplicación efectiva" del modelo de prevención de los delitos, con el fin de detectar y corregir sus fallas, así como actualizarlo de acuerdo al cambio de circunstancias de la respectiva entidad.

Vinculado a ello, la ley permite a las entidades obtener una certificación de parte de empresas auditoras externas, clasificadoras de riesgo y otras registradas ante la Superintendencia de Valores y Seguros, respecto a la "adopción e implementación" de su modelo de prevención de delitos.

Dicho certificado constatará si el modelo de prevención de una determinada empresa contempla o no los requisitos establecidos en los numerales 1), 2) y 3) del artículo 4°, en relación a la situación, tamaño, giro, nivel de ingresos y complejidad de la persona jurídica. En otras palabras, no existirá un certificado estándar, sino que será adecuado a la realidad de cada entidad.

Esta posibilidad que da la ley a una empresa para certificar su modelo de prevención de delitos, está íntimamente ligado con lo dispuesto en el artículo 3° inciso 3° pues, evidentemente, la entidad sostendrá que por el hecho de tener una certificación vigente ha cumplido su deber de adoptar e implementar un sistema preventivo y que el mismo se encuentra operativo, argumentando que ello lo demuestra el análisis realizado por una empresa externa. Esto representa uno de los mayores desafíos para el Ministerio Público,

pues resultará más complejo probar que la empresa ha incumplido su deber de dirección y supervisión si cuenta efectivamente con un modelo de prevención de delitos, con un encargado de prevención, con procedimientos internos, cumpliendo todos los requisitos exigidos en el artículo 4° y, además, si existe una certificación de una empresa independiente.

No obstante, y como se señaló anteriormente al analizar el inciso tercero del artículo 3°, trascendente es destacar que **la empresa no se exime de responsabilidad por el sólo hecho de contar con esta certificación**, pues la obligación principal del encargado de prevención, en conjunto con la administración de la entidad es, como se indicó, velar por la aplicación efectiva e idónea del modelo, existiendo entonces, la posibilidad que no exista modelo en absoluto o que se trate de un modelo formal diseñado para aparentar el cumplimiento de la normativa, no correspondiendo con la verdadera política de negocios de la empresa.

En consecuencia, quedará a criterio del Tribunal y conforme a los antecedentes que el Ministerio Público aporte en el juicio respectivo, la determinación de si el modelo de prevención existía, y si era realmente aplicado, efectivo y preventivo de la comisión de los delitos, exista o no certificación sobre el mismo, debiendo girar la discusión sobre uno de los presupuestos de la imputación penal, cual es que el delito cometido se haya podido producir por el incumplimiento de parte de la empresa de sus deberes de dirección y supervisión.

Para garantizar la seriedad con que las empresas auditoras y otras registradas ante la Superintendencia de Valores y Seguros, cumplirán con el cometido de certificar a las personas jurídicas, la ley le atribuyó a las labores desempeñadas por éstas el carácter de función pública en los términos del artículo 260 del Código Penal, entendiéndose, por tanto, que respecto de las personas naturales que participen en las actividades de certificación fuere posible la persecución penal por alguno de los delitos contra la función pública del título V del Libro II del Código Penal, como por ejemplo, el cohecho.

1.3.- Responsabilidad penal autónoma.

El artículo 5° señala que la responsabilidad de la persona jurídica subsistirá cuando, concurriendo los demás requisitos señalados en el artículo 3°, se presente alguna de las siguientes situaciones:

- i) La responsabilidad penal de la persona natural se hubiere extinguido, después de cometido el delito y antes del respectivo juicio, por su muerte (artículo 93 N°1 del Código Penal);
- ii) La responsabilidad penal de la persona natural se hubiere extinguido por la prescripción de la acción penal (artículo 93 N°6 del Código Penal);
- iii) Se hubiere decretado el sobreseimiento temporal por la fuga del responsable individual (artículo 252 N°2 del Código Procesal Penal); y
- iv) Se hubiere decretado el sobreseimiento temporal por la enajenación mental en la que cayere después de cometido el delito el responsable individual (artículo 252 N°3 del Código Procesal Penal).

En estos casos, la investigación en contra de la persona natural no pudo prosperar, no por defectos o debilidades de los antecedentes probatorios del Ministerio Público, sino que por la muerte, prescripción, fuga, o una situación de enfermedad que impide juzgar a la persona natural, lo cual no constituye óbice para perseguir la responsabilidad de la entidad, dado que igualmente el Ministerio Público deberá contar con los antecedentes que

acrediten los demás presupuestos del modelo de atribución, quedando solamente sin sanción la persona natural.

- v) Por último, el inciso final del artículo 5° en análisis establece que podrá perseguirse la responsabilidad de la entidad, si se cumplen los siguientes supuestos copulativos:
- Debe acreditarse la comisión de alguno de los delitos del artículo 1°;
 - Deben concurrir los demás requisitos previstos en el artículo 3° referidos a los presupuestos de imputación;
 - Que no ha sido posible establecer la participación de él o los responsables individuales; y
 - Siempre y cuando en el proceso respectivo se demostrare fehacientemente que el delito debió necesariamente ser cometido dentro del ámbito de funciones y atribuciones propias de las personas señaladas en el inciso primero del mencionado artículo 3°.

Esta última hipótesis permite perseguir y condenar a la persona jurídica aun cuando no se hubiera podido establecer la participación de él o los responsables individuales, sea durante la investigación o en el respectivo juicio. Lo que exige la ley, en todo caso, es que se acredite que el delito debió necesariamente ser cometido dentro del ámbito de funciones y atribuciones propias de los dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión de la persona jurídica, además de acreditar los otros dos presupuestos de imputación contemplados en el artículo 3° de la ley: aquél referido a que el delito base sea cometido directa e inmediatamente en el interés de la persona jurídica o para su provecho, y aquél vinculado a que la comisión del delito base debe ser consecuencia del incumplimiento por parte de ésta de sus deberes de dirección y supervisión.

Cabría señalar que la ley pareciera establecer un estándar de prueba superior al normal, al señalar que debe acreditarse *fehacientemente* que el delito se cometió en el ámbito de funciones de los altos directivos de la empresa. La delimitación de tal estándar será labor de la jurisprudencia, pero en lo que respecta al Ministerio Público, los fiscales deberán poner especial atención en la recolección de medios de prueba y evidencia útil para la acreditación de esta circunstancia.

Más allá de las dificultades probatorias, este sistema permite al Ministerio Público disminuir los riesgos de impunidad de la persona jurídica, en el contexto que no se pueda determinar claramente qué ejecutivo de la entidad tuvo participación punible en el delito base, pero se tiene la convicción que la decisión de cometer el delito surgió en el seno de la administración de la persona jurídica.

Por último, importante es destacar que el artículo 5° sólo se refiere a las funciones de los dueños, controladores o principales ejecutivos, responsables o administradores de la persona jurídica y no de aquellos que trabajan bajo su directa supervisión o dirección, mencionados en el inciso segundo del artículo 3° de la ley.

2. El modelo de consecuencias accesorias:

Un segundo modelo sancionatorio a las personas jurídicas lo constituyen las normas que modifican el artículo 294 bis del Código Penal y 28 de la Ley N° 19.913. Ambos incisos incorporados son idénticos e inciden en la penalidad del delito de asociación ilícita del Código Penal y del delito de asociación ilícita para lavar dinero de la Ley N° 19.913. La modificación es del siguiente tenor:

Cuando la asociación se hubiere formado a través de una persona jurídica, se impondrá además, como consecuencia accesoria de la pena impuesta a los responsables individuales, la disolución o cancelación de la personalidad jurídica

En este modelo, el legislador impone una sanción accesoria a la principal impuesta a los responsables individuales del delito de asociación ilícita, y que consiste en la disolución o cancelación de la personalidad jurídica de la empresa. Esta norma se justifica por la existencia de asociaciones de fines ilícitos que funcionan a través de una estructura jurídica, sea que la empresa hubiera comenzado con la asociación ilícita o hubiera devenido en ilícita.

B) TRANSMISIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA.

La ley, para evitar que se eludiera la acción de la justicia por parte de las personas jurídicas sancionadas, dispuso en su artículo 18 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, su responsabilidad derivada de los ilícitos cometidos con anterioridad a la ocurrencia de alguno de dichos actos se transmitirá a la o las personas jurídicas resultantes de los mismos¹².

Lo anterior se reguló en los siguientes términos, todo ello sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe:

- i) 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.
- ii) En los casos de disolución de común acuerdo de una persona jurídica con fines de lucro, la multa se transmitirá a los socios y partícipes en el capital, quienes responderán hasta el límite del valor de la cuota de liquidación que se les hubiere asignado.
- iii) Si se trata de cualquiera otra pena, el juez valorará, atendiendo a las finalidades que en cada caso se persiguen, su conveniencia.
- iv) Para adoptar esta decisión deberá atender sobre todo a la continuidad sustancial de los medios materiales y humanos y a la actividad desarrollada.
- v) Desde que se hubiere solicitado la audiencia de formalización de la investigación en contra de una persona jurídica sin fines de lucro y hasta la sentencia absolutoria o condenatoria y en tanto ésta no esté cumplida, no podrá concederse la autorización del inciso primero del artículo 559 del Código Civil¹³.

El objetivo del legislador fue generar continuidad respecto de la persona jurídica resultante de las mencionadas operaciones, entendiendo, en cada caso, que las nuevas entidades

¹² En el debate parlamentario se dejó claro que esta norma tenía como intención evitar casos como el de la ex "Colonia Dignidad", entidad a la que el Poder Ejecutivo le canceló su personalidad jurídica, no obstante, cuando se quiso liquidar sus bienes, éstos ya habían sido traspasados a diversas sociedades y terceros, resultando inoperante la cancelación decretada.

¹³ El artículo 559 del Código Civil dispone: "*Las corporaciones no pueden disolverse por sí mismas, sin la aprobación de la autoridad que legitimó su existencia. Pero pueden ser disueltas por ella, o por disposición de la ley, a pesar de la voluntad de sus miembros, si llegan a comprometer la seguridad o los intereses del Estado, o no corresponden al objeto de su institución.*"

siempre van a ser solidariamente responsables¹⁴, poniéndose en el caso de que una persona jurídica intentara evitar la aplicación efectiva de una sanción impuesta con ocasión de esta ley, mediante su disolución anticipada, transformándola en una o más personas jurídicas distintas.

C) CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS DE RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA.

En el entendido que esta ley pretende ser un estatuto que regule íntegramente el régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica, debe referirse a categorías e instituciones del Derecho Penal, adaptándolas a las características y particularidades de una persona jurídica.

Así, en el artículo 6° se establecen las circunstancias atenuantes, y en el 7° la agravante de responsabilidad. Asimismo, crea todo un capítulo respecto a las penas procedentes, a su determinación, y al valor que tienen las atenuantes y agravantes para aumentar o disminuir la pena concreta a aplicar a una entidad que finalmente se condene.

1. Atenuantes.

i. Reparación con celo del mal causado.

El artículo 6° N° 1 establece como atenuante de la responsabilidad penal de la persona jurídica aquella *"prevista en el número 7° del artículo 11 del Código Penal"* esto es, que la entidad haya *"procurado con celo reparar el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias"*.

Tradicionalmente, en materia de persecución de personas naturales, la jurisprudencia ha traducido esta atenuante en una posibilidad de reparación de carácter económico, sea que se hiciere mediante depósitos en la cuenta corriente del Tribunal, o bien, como el pago de una indemnización a las víctimas de un delito. El nuevo sistema procesal penal, permitió ampliar los criterios, existiendo diversas y novedosas formas de encontrar una reparación a los ofendidos con el delito.

ii. Colaboración sustancial con la investigación.

El artículo 6° N° 2 establece como atenuante de la responsabilidad penal de la persona jurídica aquella *"prevista en el número 9° del artículo 11 del Código Penal"*, esto es, que la entidad haya *"colaborado sustancialmente con el esclarecimiento de los hechos"*.

La propia ley se encarga de señalar que se entenderá que se configura especialmente esta atenuante cuando, en cualquier estado de la investigación o del procedimiento judicial, sus representantes legales hayan puesto, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, el hecho punible en conocimiento de las autoridades o aportado antecedentes para establecer los hechos investigados.

La ley entrega un amplio margen en el tiempo para que la empresa decida poner en conocimiento de las autoridades de la existencia de uno de los delitos de la ley, al permitir

¹⁴ Asimismo, quedó plasmado en la discusión parlamentaria que, para proteger a los pequeños accionistas o socios minoritarios que no han participado en la administración y que se pudieren ver afectados por la norma, paralelamente a la tramitación de esta ley, se aprobó aquella referente a los Gobiernos Corporativos, una de cuyas innovaciones principales es la incorporación de la figura del director independiente, con la misión, entre otras, de velar, en representación de los accionistas minoritarios, porque estos delitos no se cometan al interior de las empresas. Además, se reforzó la posibilidad de demandar por parte de los accionistas minoritarios a la administración, a los directores o a las personas que han causado daños patrimoniales a la empresa.

reconocer esta atenuante estableciendo, como único requisito, que ello se haga antes que la empresa tome conocimiento que el procedimiento penal se dirige contra ella.

Respecto a la aportación de antecedentes para establecer los hechos investigados, los fiscales deberán evaluar el comportamiento de la empresa tanto respecto a la colaboración para esclarecer el delito base, como para establecer la responsabilidad penal de la persona jurídica, siendo relevante para estos efectos, la disponibilidad que demuestre para acceder a información de la empresa, o la voluntariedad para permitir la realización de medidas intrusivas sin que sea necesario obtener órdenes judiciales por contar con su consentimiento.

iii. Adopción de medidas preventivas.

La adopción, por parte de la persona jurídica, antes del comienzo del juicio, de medidas eficaces para prevenir la reiteración de la misma clase de delitos objeto de la investigación, puede ser constitutiva de una atenuante de responsabilidad penal de la entidad.

Temporalmente, la empresa tiene un “amplio plazo” para adoptar un modelo de prevención de delitos, el cual se extiende hasta antes del comienzo del respectivo juicio; en caso de tratarse de juicio oral, incluso hasta después de la audiencia de preparación de éste.

Los fiscales deberán observar si, tras la implementación y diseño de un modelo preventivo de delitos, se encuentra alguna de las empresas autorizadas por la Superintendencia de Valores y Seguros para certificar estos modelos, a efectos de tener un mayor resguardo respecto a la seriedad del compromiso asumido por la entidad imputada.

2. Agravante.

i. Reincidencia específica.

El artículo 7° señala que es circunstancia agravante de la responsabilidad penal de la persona jurídica, el haber sido condenada, dentro de los cinco años anteriores, por el mismo delito.

El Ministerio Público sostuvo, durante la tramitación parlamentaria, que lo sancionado en esta ley sería un incumplimiento o defecto de organización de la empresa que no pudo impedir que se cometiera alguno de los delitos base, de manera que si se establecía una agravante, ésta debía ser de carácter genérica, no importando cuál era el delito base cometido con anterioridad y por el cual la empresa hubiere sido condenada, dado que siempre lo relevante sería la falla del modelo preventivo de la entidad.

No obstante, el legislador que, como se ha dicho, fue extremadamente cauteloso con esta normativa innovadora, restringió la agravante a una reincidencia específica, de modo que ésta proceda sólo si el delito base por el cual se investiga a la persona jurídica es el mismo por el cual anteriormente fue condenada.

Cabe tener presente, además, que se establece un plazo de sólo cinco años anteriores a la actual persecución de la empresa, para examinar si tuvo o no otras condenas, desvinculándose de los plazos establecidos en el artículo 104 del Código Penal, que distingue plazos para crímenes y simples delitos (diez y cinco años, respectivamente). En esta ley, derechamente se opta por el plazo de cinco años parejo, cualquiera que sea el delito base cometido, y sea o no crimen o simple delito.

D) LAS PENAS QUE PUEDEN IMPONERSE A UNA PERSONA JURÍDICA.

La ley estableció, en sus artículos 8° al 13, el catálogo de penas que podrán imponerse a las personas jurídicas y que son las siguientes:

1. Penas Principales:

- i) Disolución de la persona jurídica o cancelación de la personalidad jurídica.
- ii) Prohibición temporal o perpetua de celebrar actos y contratos con organismos del Estado.
- iii) Pérdida parcial o total de beneficios fiscales o prohibición absoluta de recepción de los mismos por un periodo determinado.
- iv) Multa a beneficio fiscal.

2. Penas Accesorias previstas en el artículo 13:

- i) Publicación de un extracto de la sentencia.
- ii) Comiso.
- iii) Entero en arcas fiscales de una cantidad equivalente a la inversión realizada.

1. Penas Principales.

i) Disolución o cancelación de la persona jurídica

La disolución o cancelación producirá la pérdida definitiva de la personalidad jurídica, y es la sanción más grave que se puede aplicar a una entidad por esta ley. Atendido a que esta normativa es aplicable a personas jurídicas sin fines de lucro, se utiliza la palabra "cancelación", y para el caso de empresas o sociedades, se usa generalmente la palabra "disolución".

En todo caso, ambos términos se refieren al acto jurídico que sería "equivalente" a la muerte de una persona natural, pues la entidad al perder su personalidad jurídica dejará de operar en el sistema jurídico y comercial.

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.¹⁵

El artículo 9° de la ley, regula la situación de la entidad una vez que se le haya condenado a esta pena, y que dice relación con el nombramiento de un liquidador, quien, entre otras tareas, debe concluir toda actividad de la persona jurídica, salvo aquellas que fueren indispensables para el éxito de la liquidación; pagar sus pasivos; repartir los bienes remanentes entre los accionistas, socios, dueños o propietarios; pudiendo el juez, mediante resolución fundada, y si lo aconseja el interés social, ordenar la enajenación de todo o parte de su activo, como un conjunto o unidad económica.

Esta pena se podrá imponer únicamente en los casos de crímenes en que concurra la circunstancia agravante establecida en el artículo 7°, o cuando sean cometidos en carácter de reiterados, de conformidad a lo establecido en el artículo 351 del Código Procesal Penal. De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley, la pena de disolución de la persona jurídica se ha limitado solamente al caso en que el delito sea el sancionado en el artículo 27 de la Ley N° 19.913, el único crimen de los tres delitos que abarca la ley.

¹⁵ Respecto de las empresas del Estado, tratándose de aquellas creadas por ley, sólo podrían ser disueltas por otra ley, situación que hizo presente la Excm. Corte Suprema al momento de emitir su opinión sobre la nueva normativa. Ello llevó a plantear en la discusión parlamentaria, la no procedencia de esta sanción respecto de este tipo de empresas, además de aquellas cuya interrupción pudiere causar graves consecuencias sociales y económicas o daños serios a la comunidad, como resultado de la aplicación de dicha pena.

Por último, cabría señalar que esta pena es aplicable en el modelo de consecuencias accesorias respecto al delito de asociación ilícita y asociación ilícita para lavar dinero, según se ha explicado precedentemente.

ii) Prohibición temporal o perpetua de celebrar actos y contratos con organismos del Estado

Esta prohibición consiste en la pérdida del derecho a participar como proveedor de bienes y servicios de los organismos del Estado por un periodo determinado o en forma perpetua, según lo determine la sentencia respectiva.

Conforme al artículo 10, la prohibición temporal de celebrar actos y contratos con los organismos del Estado se graduará del siguiente modo:

- a) En su grado mínimo: de dos a tres años.
- b) En su grado medio: de tres años y un día a cuatro años.
- c) En su grado máximo: de cuatro años y un día a cinco años.

La prohibición regirá a contar de la fecha en que la resolución se encuentre ejecutoriada. El tribunal comunicará tal circunstancia a la Dirección de Compras y Contratación Pública, la que mantendrá un registro actualizado de las personas jurídicas a las que se les haya impuesto esta pena.

iii) Pérdida parcial o total de beneficios fiscales o prohibición absoluta de recepción de los mismos por un periodo determinado.

Esta sanción hace un distingo respecto a si la entidad es o no acreedora de beneficios fiscales, sancionando, en el primer caso, con la pérdida de éstos y, en el segundo, con una prohibición para recibirlos por un periodo determinado.

Para efectos de esta ley, beneficios fiscales son aquellos que otorga el Estado o sus organismos por concepto de subvenciones sin prestación recíproca de bienes o servicios y, en especial, subsidios para financiamiento de actividades específicas o programas especiales y gastos inherentes o asociados a la realización de éstos, sea que tales recursos se asignen a través de fondos concursables o en virtud de leyes permanentes o subsidios, subvenciones en áreas especiales o contraprestaciones establecidas en estatutos especiales y otras de similar naturaleza.

En los casos que la persona jurídica sea acreedora de dichos beneficios fiscales, la pena que se le puede imponer se graduará del siguiente modo:

- a) En su grado mínimo: pérdida del veinte al cuarenta por ciento del beneficio fiscal.
- b) En su grado medio: pérdida del cuarenta y uno al setenta por ciento del beneficio fiscal.
- c) En su grado máximo: pérdida del setenta y uno al cien por ciento del beneficio.

Por su parte, en aquellos casos en que la persona jurídica no sea acreedora de tales beneficios fiscales, se podrá aplicar como sanción la prohibición absoluta de percibirlos por un período de entre dos y cinco años, el que se contará desde que la sentencia que declare su responsabilidad se encuentre ejecutoriada.

Esta pena se dividirá en dos grados:

- a) Prohibición por un periodo de dos a tres años, y
- b) Prohibición de tres años y un día a cinco años.

El tribunal deberá comunicar que ha impuesto esta sanción a la Secretaría y Administración General del Ministerio de Hacienda y a la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo del Ministerio del Interior, con el fin de que sea consignada en los

registros centrales de colaboradores del Estado y Municipalidades que, respectivamente, la Ley N° 19.862 les encomienda administrar.

iv) Multa a beneficio fiscal.

La pena de multa se graduará del siguiente modo:

- a) En su grado mínimo: desde doscientas a dos mil unidades tributarias mensuales.
- b) En su grado medio: desde dos mil una a diez mil unidades tributarias mensuales.
- c) En su grado máximo: desde diez mil una a veinte mil unidades tributarias mensuales.

El tribunal podrá autorizar que el pago de la multa se efectúe por parcialidades, dentro de un límite que no exceda de veinticuatro meses, cuando la cuantía de ella pueda poner en riesgo la continuidad del giro de la persona jurídica sancionada, o cuando así lo aconseje el interés social.

El tribunal, una vez ejecutoriada la sentencia condenatoria, comunicará la aplicación de la multa a la Tesorería General de la República, quien se hará cargo de su cobro y pago.

2. Penas Accesorias

La ley contempla la posibilidad de imponer a una persona jurídica las siguientes penas accesorias:

a) Publicación de un extracto de la sentencia. El tribunal ordenará la publicación de un extracto de la parte resolutive de la sentencia condenatoria en el Diario Oficial u otro diario de circulación nacional. Los costos de la publicación los asumirá la persona jurídica condenada.

Esta sanción resulta ser muy relevante para las empresas, porque se ve afectada la imagen corporativa de la entidad.

b) Comiso. El producto del delito y demás bienes, efectos, objetos, documentos e instrumentos del mismo serán decomisados.

c) Entero en arcas fiscales de una cantidad equivalente a la inversión realizada. En los casos que el delito cometido suponga la inversión de recursos de la persona jurídica superiores a los ingresos que ella genera, se impondrá como pena accesoria el entero en arcas fiscales de una cantidad equivalente a la inversión realizada.

E) DETERMINACIÓN DE LA PENA

i) Escalas de Penas

Las penas que se pueden imponer a la persona jurídica se determinarán en relación a las previstas para el delito base, de conformidad a la siguiente escala contemplada en el artículo 14:

1. Penas de crimen

- a) Disolución de la persona jurídica o cancelación de la personalidad jurídica.
- b) Prohibición de celebrar actos y contratos con organismos del Estado en su grado máximo a perpetuo.
- c) Pérdida de beneficios fiscales en su grado máximo o prohibición absoluta de recepción de los mismos de tres años y un día a cinco años.

d) Multa a beneficio fiscal, en su grado máximo.

2. Penas de simple delito

- a) Prohibición temporal de celebrar actos y contratos con organismos del Estado en su grado mínimo a medio.
- b) Pérdida de beneficios fiscales en su grado mínimo a medio o prohibición absoluta de recepción de los mismos de dos a tres años.
- c) Multa en su grado mínimo a medio.

3. Penas accesorias previstas en el artículo 13.

Son siempre aplicables, tanto para las penas de crímenes como para las de simple delito.

- a) Publicación de un extracto de la sentencia
- b) Comiso;
- c) Entero en arcas fiscales de una cantidad equivalente a la inversión realizada.

La graduación de las penas la podemos apreciar en la siguiente tabla demostrativa:

Tabla demostrativa N° 1

Penas	Tiempo que comprende toda la pena	Tiempo de su grado mínimo	Tiempo de su grado medio	Tiempo de su grado máximo
Disolución de la persona jurídica o cancelación de la personalidad jurídica.	Perpetuo			
Prohibición perpetua de celebrar actos y contratos con los organismos del Estado.	Perpetuo			
Prohibición temporal de celebrar actos y contratos con los organismos del Estado.	De dos a cinco años	De dos a tres años.	De tres años y un día a cuatro años.	De cuatro años y un día a cinco años.
Pérdida parcial o total de beneficios fiscales.	Pérdida del veinte al cien por ciento del beneficio fiscal	Pérdida del veinte al cuarenta por ciento del beneficio fiscal.	Pérdida del cuarenta y uno al setenta por ciento del beneficio fiscal.	Pérdida del setenta y uno al cien por ciento del beneficio fiscal.
Prohibición absoluta de recepción de los mismos por un período determinado.	De dos a cinco años.	De dos a tres años.	-	De tres años y un día a cinco años.
Multa a beneficio fiscal	De doscientas a veinte mil unidades tributarias mensuales.	Desde doscientas a dos mil unidades tributarias mensuales.	Desde dos mil una a diez mil unidades tributarias mensuales.	Desde diez mil una a veinte mil unidades tributarias mensuales.

ii) Penas asociadas a los delitos señalados en el artículo 1° de la ley.

A los delitos de cohecho a funcionario nacional e internacional y al delito de financiamiento del terrorismo, se les aplicarán las penas previstas en esta ley para los simples delitos.

Al delito de lavado de activos contemplado en el artículo 27 de la Ley Nº 19.913 le serán aplicables las penas de crímenes.

Cuando se trate de la pena accesoria respecto al delito de asociación ilícita, se aplicará la pena de disolución de la empresa o cancelación de su personalidad jurídica.

iii) Circunstancias modificatorias de responsabilidad.

El artículo 16 establece una serie de reglas para la aplicación de las penas en relación al valor que debe dárseles a las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, similar a lo que el Código Penal dispone en sus artículos 65 y siguientes.

En concreto la ley dispone:

- Si concurre una circunstancia atenuante y ninguna agravante, tratándose de simples delitos, se aplicarán sólo dos de las penas contempladas en el artículo 14, debiendo imponerse una de ellas en su grado mínimo. Tratándose de crímenes, el tribunal aplicará sólo dos de las penas contempladas en dicho artículo en su *mínimo*, si procediere.
- En caso de concurrir la circunstancia agravante contemplada en esta ley y ninguna atenuante, tratándose de simples delitos el tribunal aplicará todas las penas en su grado máximo. Tratándose de crímenes deberá aplicar las penas en su máximo, si procediere, o la disolución o cancelación.
- Si concurren dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante, tratándose de simples delitos, el tribunal deberá aplicar sólo una pena, pudiendo recorrerla en toda su extensión. Tratándose de crímenes deberá aplicar dos penas de las contempladas para los simples delitos.
- Si concurren varias atenuantes y la agravante prevista en esta ley, ésta se compensará racionalmente con alguna de las atenuantes, debiendo ajustarse las penas conforme a los incisos anteriores.

Ejemplos de la aplicación de las penas en relación a la concurrencia de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal se pueden visualizar en la siguiente tabla demostrativa.

Tabla demostrativa Nº 2

Circunstancias modificatorias de responsabilidad penal.		Simples delitos	Crímenes
Atenuantes	Agravantes		
Una	Ninguna	Sólo dos penas de simple delito, y una de ellas en grado mínimo, más las accesorias.	Sólo dos penas de crimen, en sus grados mínimos, más las accesorias.
Ninguna	Agravante contemplada en la ley	Todas las penas de simple delito en su grado máximo, más las accesorias.	Todas las penas en su grado máximo, si procediere, o la disolución o cancelación.
Dos o más	Ninguna	Sólo una pena de simple delito en cualquiera de sus grados, más las accesorias.	Dos penas de simple delito.
Varias atenuantes	Agravante contemplada en la ley	La agravante debe compensarse racionalmente con una de las atenuantes, debiendo luego aplicarse las reglas anteriores.	

iv) Reglas de determinación judicial de la pena.

Para regular la cuantía y naturaleza de las penas a imponer, el tribunal deberá atender, dejando constancia pormenorizada de sus razonamientos en su fallo, a los siguientes criterios:

- a) Los montos de dinero involucrados en la comisión del delito.
- b) El tamaño y la naturaleza de la persona jurídica.
- c) La capacidad económica de la persona jurídica.
- d) El grado de sujeción y cumplimiento de la normativa legal y reglamentaria y de las reglas técnicas de obligatoria observancia en el ejercicio de su giro o actividad habitual.
- e) La extensión del mal causado por el delito.
- f) La gravedad de las consecuencias sociales y económicas o, en su caso, los daños serios que pudiere causar a la comunidad la imposición de la pena, cuando se trate de empresas del Estado o de empresas que presten un servicio de utilidad pública.

Aún cuando las anteriores reglas son dirigidas a los jueces, consecuentemente, los fiscales al momento de solicitar una o más penas para la persona jurídica en sus acusaciones o requerimientos, deberán referirse a estas circunstancias, a efecto de proporcionar al tribunal los elementos necesarios para la determinación judicial de la pena.

Para ello, durante la investigación, deberán decretar diligencias destinadas a acreditar dichas circunstancias.

F) EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA

El artículo 19 señala que la responsabilidad penal de las empresas se extingue por las mismas causales establecidas en el artículo 93 del Código Penal, salvo la muerte.

De forma que las demás causales de extinción de la responsabilidad penal aplicables a la persona jurídica serán el cumplimiento de la condena, la amnistía, el indulto, la prescripción de la acción penal y la prescripción de la pena.

Respecto del perdón del ofendido, sólo procede respecto de delitos de acción privada, razón por la cual no se aplica en este caso, si consideramos que los delitos que dan origen a la responsabilidad de una entidad son todos de acción penal pública.

Siendo la prescripción de la acción penal una de las más frecuentes, nos detendremos en su análisis dado que la ley no señala norma alguna en esta materia. Teniendo presente que conforme a las disposiciones generales, se aplican supletoriamente las reglas del Libro I del Código Penal, podemos sostener que todas las reglas de los artículos 94 y siguientes del código punitivo son aplicables en materia de prescripción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En cuanto al plazo de prescripción, la regla supletoria aplicable es el artículo 94 del Código Penal que establece los términos de la misma. Estos plazos son de quince años para los crímenes sancionados con presidio, reclusión o relegación perpetuos; diez años para los demás crímenes y cinco años para los simples delitos.

Teniendo presente lo anterior, y habiéndose establecido las penas para las personas jurídicas en relación con aquellas señaladas para los delitos que originan la responsabilidad penal de las mismas, entendemos que los plazos de prescripción de la responsabilidad penal de las entidades serán aquellos previstos para cada uno de esos delitos base.

En relación al inicio del período de prescripción, y considerando que es aplicable supletoriamente el artículo 95 del Código Penal, éste comenzaría a correr el día de comisión del delito base, puesto que es éste (bajo los supuestos de imputación previamente analizados) el que hace procedente la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

De esta manera, puede suceder en la práctica, que el plazo de prescripción corra simultáneamente para la persona natural y para la empresa, de modo que pese a lo señalado en el artículo 5° N°1, no subsistirá la responsabilidad autónoma de la entidad cuando haya prescrito la acción penal para perseguir al responsable individual, porque en ese caso, en un mismo momento, también podía haber transcurrido el término de la prescripción para la persona jurídica.

Ahora bien, en ese caso deberá analizarse si, durante el transcurso del tiempo para la prescripción, se hubiere cometido un nuevo delito por parte de un dueño o ejecutivo principal de la empresa lo que, conforme al artículo 96 del Código Penal, hace perder el tiempo transcurrido, en cuya situación los plazos de prescripción podrían ser distintos entre persona natural y jurídica, en la medida que el autor persona natural no sea el mismo que participó en el primer delito.

III. ASPECTOS PROCESALES

A) INICIO DE LA INVESTIGACIÓN.

i) Investigación de oficio:

La ley contempla expresamente que los fiscales que se encuentren investigando algunos de los delitos base, que tomen conocimiento de la eventual participación en éstos de alguna de las personas indicadas en el artículo 3°, deberán ampliar dicha investigación, con el fin de determinar la responsabilidad de la persona jurídica correspondiente.

ii) Denuncia y querrela:

La aplicación supletoria del Código de Procesal Penal, hace procedente, en principio, tanto la denuncia como la querrela, teniendo presente las restricciones del artículo 111 del referido Código.

En efecto, el inciso segundo de la norma mencionada permite a cualquier persona capaz de parecer en juicio y domiciliada en la respectiva provincia, para querellarse por delitos terroristas, o delitos cometidos por un funcionario público que afectaren derechos de las personas garantizados por la Constitución o con la probidad pública, respecto de hechos punibles cometidos en la misma provincia.

Por su parte, la responsabilidad penal de las personas jurídicas puede hacerse efectiva, como se dijo, cuando por incumplimiento de sus deberes de dirección y supervisión, alguno de sus ejecutivos principales cometan uno de los delitos base y siempre que fueren cometidos directa e inmediatamente en su interés o para su provecho.

En consecuencia, si bien la querrela puede ser procedente respecto de las personas naturales que cometan alguno de los delitos señalados, en principio no cabría para hacer efectiva la responsabilidad penal de las personas jurídicas, siendo el Juez de Garantía el que deberá pronunciarse sobre el punto en caso de dudas.

Por otra parte, tratándose de organismos públicos, el inciso tercero del artículo 111 del Código Procesal Penal señala que éstos sólo podrán presentar querrela

cuando estén expresamente facultados para ello en sus respectivas leyes orgánicas.

En el caso del Consejo de Defensa del Estado, su participación como querellante en estos casos NO está regulada en su ley orgánica, por lo que no sería procedente su actuación como querellante, dado que no cuenta con la potestad expresa para hacerlo, salvo que se produjera una modificación en la referida ley y sin perjuicio de la resolución judicial que recayera sobre su querrela.

La figura del querellante estaba presente al momento de presentarse el mensaje presidencial, y se mantuvo durante la discusión parlamentaria hasta cuando fue eliminada casi al final de la tramitación, a propósito de la figura de aceptación de responsabilidad por parte de la persona jurídica, que lo habilitaba a llegar a una especie de acuerdo reparatorio con el querellante.

Asimismo, cuando se optó por incorporar el procedimiento abreviado, se contemplaba que, al igual que en la regulación procesal penal, el querellante pudiera oponerse al mismo cuando acusare solicitando una pena superior a los cinco años de presidio o reclusión menores en su grado máximo. No obstante, en el Senado se optó por eliminar la posibilidad de que el querellante se pudiera oponer, por considerarse que era improbable la participación de un querellante en el caso de los delitos contemplados en el artículo 1°, ya que la víctima sería la sociedad en su esencia colectiva.¹⁶

Por consiguiente, y aún cuando es un asunto de resolución judicial, se estima que no se debería admitir la participación de querellantes particulares para los efectos de actuar como intervinientes en el proceso en el que se discuta la responsabilidad penal de las personas jurídicas, debiendo los fiscales oponerse cuando corresponda.

Por el contrario, es perfectamente posible que exista un querellante que pretenda perseguir la responsabilidad penal de la persona natural autor de los delitos de cohecho y financiamiento del terrorismo, caso en el cual, en el hecho, podrá existir un querellante cuando las investigaciones se lleven en forma conjunta y sin perjuicio de la facultad de los fiscales de separar investigación por razones estratégicas, siendo aplicables en lo pertinente, las reglas generales.

B) DERECHOS DEL IMPUTADO

En lo no regulado por la ley, a las personas jurídicas le son aplicables las normas relativas al imputado, al acusado y al condenado, establecidas en el Código Procesal Penal y en las leyes especiales respectivas, siempre que aquéllas resulten compatibles con la naturaleza específica de las personas jurídicas.

Además, y aunque en forma superflua, con la finalidad de remarcar la importancia de estas disposiciones, el artículo 21 hace aplicables en especial, las disposiciones del Código Procesal Penal en sus artículos:

- 4° presunción de inocencia,
- 7° calidad de imputado,
- 8° ámbito de la defensa,

¹⁶ Al momento de conocer la Comisión de Constitución del Senado la indicación sustitutiva presentada por el Ejecutivo respecto del texto aprobado previamente por la Cámara de Diputados, se trató este tema, siendo la intervención del abogado Jorge Bofill (que finalmente fue aceptada) la que mejor lo grafica. A este respecto, explicó que cuando el Código Procesal Penal entrega al querellante la facultad de oponerse, lo hace en el entendido que él es la víctima, que representa un interés particular distinto del que impulsa al Ministerio Público. Esa es una discusión que ya está resuelta en diferentes normas del ordenamiento procesal penal general y no parece necesario reiterarla en esta iniciativa. Menos sentido tendría, enfatizó, si el eventual querellante particular será el Estado. Historia de la Ley N° 20.393 Página 307.

- 10 cautela de garantías,
- 93 derechos y garantías del imputado,
- 98 declaración del imputado como medio de defensa,
- 102 derecho a designar libremente a un defensor,
- 183 proposición de diligencias,
- 184 asistencia a diligencias,
- 186 control judicial anterior a la formalización,
- 193 comparecencia del imputado ante el Ministerio Público,
- 194 declaración voluntaria del imputado, y
- 257 reapertura de la investigación.

Lo anterior no excluye otras normas; el legislador sólo quiso dejar en claro que ellas sí le son aplicables a las personas jurídicas, y no debe examinarse a su respecto si resultan compatibles con su naturaleza específica, como lo establece el inciso primero del artículo 21.

Estos derechos y garantías podrán ser ejercidos por cualquier representante de la persona jurídica. Por consiguiente, si alguna autoridad de la empresa es citada a declarar como testigo, podría alegar el derecho a no auto incriminar a la empresa, en la medida que de alguna manera ejerza su representación, lo que deberá acreditar ante el fiscal¹⁷, derecho que es renunciable y, por tanto, podría optar por declarar evidentemente como medio de defensa.

Los fiscales deberán dejar registro dentro de la carpeta de investigación de todas aquellas personas que hagan valer los derechos en representación de la persona jurídica, pudiendo solicitar documentos que acrediten la representación invocada.

C) OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN

De acuerdo con el estatuto regulado por la Ley N° 20.393, para determinar la responsabilidad de las personas jurídicas es necesario acreditar la presencia de los supuestos de imputación señalados en la parte penal de este oficio, relativos a la comisión de uno de los delitos base, por parte de sus dueños o ejecutivos principales, ilícito cometido directa e inmediatamente en interés o para el provecho de la entidad, y como consecuencia del incumplimiento, por parte de la persona jurídica de sus deberes de dirección y supervisión, permitiendo de esa manera que se cometieran los delitos base señalados.

Teniendo presente dicho objeto, la investigación debe orientarse a acreditar:

➤ En primer término, a recabar antecedentes que permitan acreditar que la persona natural que cometió el delito de cohecho, lavado de dinero o financiamiento del terrorismo, tenía alguna de las calidades requeridas por la ley:

- Dueños,
- Controladores,
- Responsables,
- Ejecutivos principales,
- Representantes,
- Quienes realicen actividades de administración y supervisión, o

¹⁷ Lo anterior quedó expresamente consignado en el debate parlamentario, ante la comisión de Constitución del Senado al momento de conocer de la indicación sustitutiva promovida por el Ejecutivo respecto del proyecto.

- Personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los sujetos mencionados anteriormente. En este último caso habrá que acreditar la relación de dependencia o supervisión directa.

Luego, el delito base, debe haber sido cometido en interés o provecho de la persona jurídica. En consecuencia, deberán decretarse diligencias, principalmente de carácter financiero contable, tales como levantamientos patrimoniales y pericias, a efecto de establecer el interés o el provecho de la empresa, puesto que las personas jurídicas no serán responsables en los casos que las personas naturales indicadas en los incisos anteriores hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero. Sin perjuicio de ello, debe tenerse presente, como se señaló, que el interés o provecho no es exclusivamente pecuniario y podría considerarse un interés o provecho inmaterial, como por ejemplo la mejor posición de la persona jurídica en el mercado, para lo cual habrá que dirigir la investigación hacia dicho objeto, debiendo el fiscal decretar aquellas diligencias encaminadas a acreditar tal beneficio.

Cabría agregar que lo que se debe probar es que el delito fue cometido en interés o provecho de la persona jurídica, no siendo necesario acreditar que el mismo se concretó.

➤ En cuanto al presupuesto de haber la empresa incumplido los deberes de dirección y supervisión para evitar la comisión del delito por la persona natural, y en evento que conforme al artículo 4° inciso final la empresa tuviera una certificación de haber adoptado e implementado el modelo de prevención de delitos vigente, le corresponderá al Ministerio Público realizar las diligencias tendientes a determinar que el modelo de prevención adoptado, aún cuando se encontraba certificado, no tenía aplicación, o su aplicación era defectuosa o deficiente, en términos de permitir que se cometiera un delito en los términos señalados precedentemente.

➤ Finalmente, es preciso hacer presente que no es requisito para establecer la responsabilidad penal de la persona jurídica, que la persona natural que cometió el delito base se encuentre condenada por éste. La ley no exigió un estándar determinado del grado de avance de la investigación respecto de la persona natural.

Lo anterior se desprende no sólo del artículo 20, que alude al inicio de la investigación por parte de los fiscales, sin imponer más requisitos que la existencia de una investigación por alguno de los delitos contemplados en la ley, sino también del artículo 5°, que establece los casos de responsabilidad penal autónoma de la persona jurídica, como se vio anteriormente, y del artículo 26, que alude a los procedimientos aplicables, siempre haciendo referencia a que tanto la persona natural como la persona jurídica pueden ser acusadas o requeridas en un mismo procedimiento, debiendo seguir siempre la regla que se adopte para la persona natural, de modo que en esos casos, claramente, no existía una sentencia definitiva condenatoria previa al establecimiento de la responsabilidad de la entidad.

D) FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN Y MEDIDAS CAUTELARES.

i) Oportunidad para formalizar la investigación.

Conforme al artículo 22 de la ley, para solicitar audiencia de formalización de la investigación respecto de la persona jurídica, el fiscal debe, a lo menos, haber solicitado la misma audiencia o presentado requerimiento en contra de la persona natural que pudiese comprometer la responsabilidad de la persona jurídica, salvo

en los casos en que se puede perseguir la responsabilidad de aquella en forma autónoma, de acuerdo con el artículo 5°.

Por consiguiente no se podrá solicitar audiencia de formalización conjuntamente en contra de la persona natural y la persona jurídica, pues la primera debe ser solicitada en forma previa, pero ello no obsta a que el Tribunal fije una audiencia conjunta para conocer de la formalización de los ejecutivos principales y de la empresa, en la medida que se trate de peticiones sucesivas y presentadas cercanamente en el tiempo.

Este requisito no implica que la solicitud de formalización a una persona natural en forma previa a la de una entidad, sea requisito para iniciar la investigación por la responsabilidad penal de una persona jurídica, por cuanto la limitación está acotada al hecho que **no se puede solicitar la formalización de la empresa** sin que previamente se solicite una audiencia de formalización a sus ejecutivos principales.

ii) Citación a audiencia

La solicitud de formalización de investigación debe contener la individualización de la persona jurídica y de su representante legal.

Conforme al artículo 23, si citado para comparecer a una audiencia ante el tribunal, el representante legal de la persona jurídica imputada no se presentare injustificadamente, el tribunal podrá ordenar que sea arrestado hasta la realización de la audiencia, la que deberá efectuarse dentro de un plazo máximo de veinticuatro horas desde que se produzca la privación de libertad.

Si el representante legal no fuere habido, el fiscal solicitará al tribunal que designe a un defensor penal público, quien realizará la función de un curador *ad litem*, en representación de la persona jurídica.

En el caso que los fiscales tuvieran conocimiento de esta circunstancia antes de la respectiva audiencia de formalización, se instruye que deberán solicitar al tribunal respectivo la designación del curador *ad litem* para que dicha situación sea resuelta en la misma audiencia de formalización.

Cuando la ley procesal penal exigiere la presencia del imputado como condición o requisito para la realización de una audiencia judicial, se entenderá que dicha exigencia es satisfecha con la presencia del curador *ad litem* o del defensor de confianza, en su caso. Procederán respecto de ambos, para dichos efectos, los apercibimientos previstos en el inciso primero del citado artículo 23.

Cabe tener presente que, al igual que las personas naturales, y conforme a lo dispuesto en el artículo 28 de la ley en comento, la persona jurídica que no pudiese procurarse defensa por sus propios medios, tendrá derecho a solicitar al Juez de Garantía la designación de un defensor penal público.

iii) Medidas cautelares

Luego de la formalización de la investigación y, por la naturaleza misma de la persona jurídica, no proceden medidas cautelares personales respecto de ésta.

En cambio, a efectos de hacer efectivas las penas de multa, que en estos casos son bastante elevadas, los fiscales deberán solicitar medidas cautelares reales desde que estimen que son necesarias, puesto que no es requisito que se encuentre formalizada la investigación.^{18 19}

¹⁸ Es posible consignar que el artículo 157 CPP cuando expresa "*durante la etapa de investigación*" no distingue, ni circunscribe el ámbito de procedencia de las cautelares reales a aquel período posterior a la formalización de la investigación, entendiéndose que el artículo 130 del código del ramo

Respecto al delito de lavado de dinero, cabría destacar que resulta plenamente aplicable el estatuto especial de medidas cautelares reales e incautaciones regulado en las leyes N° 19.913 y 20.000 (a la cual se remite la primera en una serie de materias relativas a la investigación y juzgamiento del delito), por lo que las medidas cautelares reales pueden ser solicitadas también para evitar el uso, aprovechamiento, beneficio o destino de cualquier clase de bienes, valores o dineros provenientes de los delitos materia del proceso, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley N° 19.913.

E) SALIDAS ALTERNATIVAS Y TEMPRANAS

En relación con las salidas alternativas y tempranas, se reiteran los criterios de actuación impartidos para la investigación de los delitos base, sin perjuicio de los criterios que se imparten a continuación.

i) Principio de oportunidad

Por disposición expresa del artículo 24 de ley, no procede aplicar principio de oportunidad respecto de los hechos que pudieren configurar responsabilidad penal para las personas jurídicas.

ii) Suspensión Condicional del Procedimiento.

La ley establece la procedencia de la suspensión condicional del procedimiento, siempre que no existiere una condena u otra suspensión condicional vigente, respecto de la persona jurídica imputada por algunos de los delitos previstos en esa misma norma.

Además, se contemplan expresamente las condiciones que el juez impondrá en ese caso, no admitiéndose entonces otras que las allí señaladas, y sin perjuicio de aquella de carácter más amplio que queda a criterio del Ministerio Público, previa fundamentación.

El período de suspensión no podrá ser inferior a seis meses ni superior a tres años.

El juez de garantía podrá elegir aplicar alguna de las siguientes condiciones:

- Pagar una determinada suma a beneficio fiscal, caso en el cual el juez deberá comunicar la decisión a la Tesorería General de la República.
- Prestar un determinado servicio a favor de la comunidad.
- Informar periódicamente su estado financiero a la institución que se determinare.
- Implementar un programa para hacer efectivo el modelo de organización, administración y supervisión a que se refiere el artículo 4° de la ley.
- Cualquiera otra condición que resulte adecuada en consideración a las circunstancias del caso concreto y fuere propuesta, fundadamente, por el Ministerio Público.

alude a la cautela judicial personal. En tal sentido, encontramos los siguientes pronunciamientos jurisdiccionales: ICA San Miguel, Rol Corte 652-2006 de 14 de julio de 2006; ICA Santiago, Rol Corte 937-2007, de 7 de mayo de 2007; ICA La Serena, Rol Corte 104-2004, de 24 de junio de 2004; ICA La Serena, Rol Corte 161-2007, de 18 de julio de 2007; todos, disponibles en la Base Jurisprudencial del Ministerio Público.

¹⁹ En este mismo sentido se ha instruido en los oficios N° 059 y N° 060, que imparten criterios de actuación en delitos de corrupción y en delitos económicos, respectivamente, ambos de 30 de enero de 2009.

La aplicación de esta salida alternativa deberá ser analizada por el fiscal, especialmente en aquellos casos en que pudiere proceder la suspensión de la condena, como veremos más adelante, ya que los efectos terminan siendo, prácticamente, los mismos con excepción del comiso. En cualquier caso, la decisión deberá ser **aprobada por el Fiscal Regional respectivo**.

iii) Acuerdos Reparatorios

Esta salida alternativa no se contempla expresamente en la ley, sin perjuicio de la aplicación supletoria de las normas del Código Procesal Penal, en todo aquello que fuere pertinente y compatible.

El proyecto original contemplaba la aceptación de responsabilidad de la persona jurídica, en términos de que el fiscal y el querellante, si lo hubiere, y la persona jurídica imputada, podían presentar al juez un acuerdo que contendría la aceptación de la responsabilidad penal respecto de la persona jurídica y la aplicación de una determinada pena.

Además, en ese mismo acto, el querellante y el imputado podían acordar el pago de una suma de dinero a título de indemnización.

Lo anterior fue eliminado durante la tramitación del proyecto de ley, sin hacer una mención sobre la improcedencia de un acuerdo reparatorio.

Sin perjuicio de lo anterior, atendido a que en los delitos base no existe víctima ni parece procedente la querrela de particulares, difícilmente podría existir un acuerdo reparatorio.

Para el caso de que el Juez de Garantía admitiera la participación de un querellante, regirán, en ese caso, los criterios de actuación impartidos con anterioridad para el delito de que se trate.

F) OTROS ASPECTOS PROCESALES NO REGULADOS.

La ley dejó diversos aspectos procesales sin una regulación expresa, entre ellos, la utilización de las medidas intrusivas que nuestro ordenamiento permite realizar para la investigación de un determinado delito. Conforme al artículo 1° de esta ley, resulta aplicable en forma supletoria el Código Procesal Penal y las leyes N° 19.913, respecto al delito de lavado de dinero y 18.314, respecto al delito de financiamiento del terrorismo, en todo aquello no previsto por la ley, en la medida que resultare pertinente con la especial naturaleza de las personas jurídicas.

Por lo anterior, es plenamente aplicable el principio general contenido en el artículo 9° del CPP respecto a que toda actuación del procedimiento que privare, restringiere o perturbare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, requerirá de autorización judicial previa.

G) PROCEDIMIENTO APLICABLE

i) Juicio Oral

En los casos en que el fiscal acusare solicitando sólo penas de crimen o de simple delito en su grado medio, su conocimiento y fallo se realizará conforme a las normas del juicio oral del Título III del Libro II del Código Procesal Penal.

ii) Procedimiento Simplificado

Procede cuando el fiscal solicitare en la acusación o requerimiento la aplicación de alguna de las penas contempladas para los simples delitos, en su grado mínimo.

iii) Regla especial

Si el fiscal requiriere o acusare a la persona natural y jurídica en el mismo acto, se seguirá conforme al procedimiento aplicable a la persona natural.

Lo anterior no será aplicable tratándose de penas de crimen. Al respecto, entendemos que la ley hace referencia a las penas de crimen establecidas para las personas jurídicas.

Por ello, si para la persona natural fuere procedente la aplicación de un procedimiento simplificado (lo que podría ocurrir por ejemplo, tras el juego de atenuantes y agravantes) y para la persona jurídica se tratare de un crimen, y el fiscal estimare que es estratégicamente necesario llevar en un mismo procedimiento a la persona natural y a la persona jurídica, deberán seguirse las normas del juicio oral, prevaleciendo el artículo 26 de la ley sobre aquella del artículo 390 inciso 2° del CPP, por principio de especialidad. Lo anterior se entiende en términos de que el juicio oral es la máxima garantía para un imputado.

Lo anterior no constituye óbice a que el fiscal pueda separar investigaciones, de acuerdo con las reglas generales, y llevar a un juicio simplificado a la persona natural, y luego a un juicio oral a la persona jurídica.

iv) Procedimiento Monitorio

Respecto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no es procedente el procedimiento monitorio.

v) Procedimiento Abreviado

Este procedimiento es procedente para determinar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, siempre que el Fiscal requiriere la imposición de una o más penas de simple delito de las que establece la ley, y en el entendido de que se cumplen los demás requisitos establecidos en el artículo 406 del Código Procesal Penal.

Siguiendo la regla general del Código Procesal Penal, en éste el tribunal no podrá imponer una pena superior ni más desfavorable a la requerida por el fiscal.

H) SUSPENSIÓN DE LA CONDENA

Si en la sentencia condenatoria el tribunal impusiere alguna pena de simple delito en su grado mínimo, podrá, mediante resolución fundada y de manera excepcional, considerando especialmente el número de trabajadores o las ventas anuales netas o los montos de exportación de la empresa, disponer la suspensión de la condena y sus efectos por un plazo no inferior a seis meses ni superior a dos años. En este caso, el tribunal podrá sustraer de este efecto la pena accesoria de comiso.

Tratándose de empresas del Estado o de empresas que prestan un servicio de utilidad pública cuya interrupción pudiere causar graves consecuencias sociales y económicas o daños serios a la comunidad, el juez podrá disponer la suspensión cualquiera fuere la pena impuesta en la sentencia.

Transcurrido el plazo antes indicado sin que la persona jurídica hubiere sido objeto de nuevo requerimiento o de una nueva formalización de la investigación, el tribunal dejará sin efecto la sentencia y, en su reemplazo, decretará el sobreseimiento definitivo de la causa.

Esta suspensión no afecta la responsabilidad civil derivada del delito.

A continuación analizaremos algunos aspectos de esta institución:

i) Imposición de una de las penas de simple delito en su grado mínimo:

La redacción del texto legal no señala que sólo deba haberse condenado por una pena de simple delito y, por ende, aquella de simple delito en su grado mínimo puede concurrir con otras, y ello sin perjuicio de la pena de comiso, que puede ser excluida de la suspensión por disposición expresa de la ley.

En consecuencia, y siguiendo la **tabla demostrativa N° 2** de aplicación de las penas, la suspensión de la condena podría darse en los siguientes casos en los que pueden imponerse penas de simples delitos en sus grados mínimos:

Simple delitos:

- Cuando concurren dos o más atenuantes y ninguna agravante;
- Varias atenuantes y una agravante, casos en los cuales pueden imponerse penas de simple delito en sus grados mínimos.

Crímenes:

- Caso de que hubiesen dos o más atenuantes, y ninguna agravante,
- Eventualmente cuando concurren varias atenuantes y una agravante, dependiendo del resultado a que se llegue luego de la compensación que establece la ley.

Es decir, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 29, la suspensión de la condena procede tanto en casos de crímenes como de simples delitos.

ii) Consideración en cuanto al número de trabajadores, ventas anuales o montos de exportación de la empresa:

La ley no da indicadores respecto de las cantidades o montos a los que se hace referencia; es decir, pueden ser montos muy altos, o muy bajos. No obstante, la determinación de aquellos deberá hacerse en relación con ciertos parámetros que no son proporcionados por el legislador, como el número mínimo o máximo de trabajadores que debiese tener la empresa para hacerse acreedora de la suspensión de la condena, o los montos de ventas y exportaciones.

Esta disposición no era parte del mensaje remitido al Congreso, y fue incluida con motivo de una indicación presentada por algunos miembros de la Comisión de Constitución de la Cámara. La indicación buscaba evitar que la exigencia de modelos de organización a que se refería el artículo 4° del proyecto, terminara constituyéndose en un perjuicio para las pequeñas empresas.

Originalmente, se había propuesto una eximente de responsabilidad penal, respecto de las personas jurídicas que tuvieran menos de veinticinco empleados y cuyas ventas anuales netas de IVA, no excedieran de 25.000 UF en los dos años calendarios anteriores a la comisión del delito del cual emana la responsabilidad, o, en el caso de las exportadoras, cuyo monto exportado haya sido en los dos años calendarios anteriores a la comisión del delito del cual emana la responsabilidad, en promedio, de un valor FOB igual o inferior a US\$ 16.700.000 reajustado anualmente en el porcentaje de variación que en el año precedente haya experimentado el índice de precios promedio relevante para el comercio exterior de Chile, según lo certifique el Banco Central de Chile.

Tales valores son los contemplados en nuestro ordenamiento jurídico como representativos de las micro y pequeñas empresas, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley N° 20.416 que fija normas especiales para las empresas de

menor tamaño²⁰, y en el texto actualizado del Decreto Ley N°3.472 de 1980 que crea el Fondo de Garantía para pequeños empresarios²¹.

En consecuencia, y haciendo una interpretación sistemática y acorde con la discusión que consta en la historia fidedigna de la ley, deberemos entender que las circunstancias que permitirían a una empresa que se le suspendiera la condena, deberán ser aquellos expresados en los párrafos anteriores, esto es, que deberán tratarse sólo de micro y pequeñas empresas, sin perjuicio de la interpretación que pueda hacer el juez, la que deberá dejar de manifiesto en una resolución fundada.

iii) Que se trate de una empresa del Estado o de empresas que prestan un servicio de utilidad pública cuya interrupción pudiere causar graves consecuencias sociales y económicas o daños serios a la comunidad.

En cuanto a las empresas del Estado, se trata de una alusión genérica, que incorpora tanto a aquellas creadas por ley como a otras creadas conforme a las normas de derecho privado y en las que el Estado tiene participación.

En lo que dice relación con las empresas privadas que prestan un servicio de utilidad pública cuya interrupción pudiere causar graves consecuencias sociales y económicas o daños serios a la comunidad, no se establecen criterios objetivos para su determinación.

La historia legislativa, a propósito de la pena de disolución de la empresa o cancelación de la personalidad jurídica, se refiere a empresas cuyo funcionamiento no pueda suspenderse, y/o que tengan el carácter de estratégicas o de gran envergadura. No obstante, es importante tener presente los conceptos por los cuales se puede suspender la condena de una de estas empresas:

- Aquellas que tengan el carácter de utilidad pública
- Cuya interrupción pudiere causar graves consecuencias sociales y económicas o daños serios a la comunidad.

Se trata de requisitos copulativos, por lo que dentro de las empresas aludidas podrían configurarse aquellas que suministran servicios básicos (tales como el agua potable, gas de ciudad, electricidad); como también aquellas dedicadas al transporte público.

La calificación de la empresa con estas características deberá efectuarla el juez, caso a caso, al momento de considerar la suspensión de la condena respecto de la misma.

iv) Efectos de la suspensión de la condena.

Transcurrido el plazo previsto en el inciso primero sin que la persona jurídica hubiere sido objeto de nuevo requerimiento o de una nueva formalización de la investigación, el tribunal dejará sin efecto la sentencia y, en su reemplazo, decretará el sobreseimiento definitivo de la causa.

²⁰ El artículo 2° de la Ley 20.416 dispone en lo pertinente: "Son microempresas aquellas empresas cuyos ingresos anuales por ventas y servicios y otras actividades del giro no hayan superado las 2.400 unidades de fomento en el último año calendario; pequeñas empresas, aquellas cuyos ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro sean superiores a 2.400 unidades de fomento y no exceden de 25.000 unidades de fomento en el último año calendario..."

²¹ El artículo 3° del texto actualizado del DL N°3.472 dispone en lo pertinente "Podrán optar a la garantía del Fondo los pequeños empresarios cuyas ventas netas anuales no excedan de 25.000 unidades de fomento, y los exportadores cuyo monto exportado haya sido en los dos años calendarios anteriores, en promedio, de un valor FOB igual o inferior a US\$16.700.000, reajustado anualmente en el porcentaje de variación que en el año precedente haya experimentado el índice de precios promedio relevante para el comercio exterior de Chile, según lo certifique el Banco Central de Chile, que tengan necesidades de capital de trabajo o proyectos de inversión..."

Esta suspensión no afecta la responsabilidad civil derivada del delito.

v) Efectos en relación con la pena de multa.

La suspensión de la condena sólo deja la posibilidad de dejar fuera de sus efectos a la pena accesoria de comiso, por consiguiente, se entiende que también puede suspenderse la condena al pago de la pena de multa.

Lo anterior deberá ser ponderado por los fiscales previo a iniciar un juicio en contra de las personas jurídicas, atendida la posibilidad que existe de suspender condicionalmente el procedimiento, ya que podría llegarse al mismo resultado, una de cuyas condiciones puede ser el pago de una suma de dinero determinada, la que eventualmente podría ser sustitutiva de la multa que no va a ser aplicada por suspensión de la condena.

vi) Oportunidad para decretar la suspensión de la condena.

La Ley Nº 20.393 no señala una oportunidad determinada para decretar esta medida, a diferencia de lo que señala el artículo 398 del Código Procesal Penal, que regula la suspensión de la imposición de la condena en el procedimiento simplificado, la que deberá contenerse en la misma sentencia.

En el caso del artículo 29 de la ley, el texto señala que esta medida procede excepcionalmente debiendo otorgarse mediante resolución fundada. No se hace referencia a si dicha resolución debe contenerse en la sentencia condenatoria o no, ni a la oportunidad para solicitarla u oponerse a la medida, según sea el caso.

Haciendo una interpretación sistemática del Código Procesal Penal, aplicable en forma supletoria en estas materias, estimamos que el tribunal respectivo debería fundamentar el otorgamiento de esta medida en la sentencia, tras debate producido después del veredicto condenatorio (en un juicio oral), al igual que cuando se refiere a las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, o a la procedencia de beneficios de la Ley Nº 18.216, previo a acoger las mismas.

Estimamos que la suspensión de la condena debería ser previamente solicitada por la defensa de la persona jurídica requerida o acusada, y el Ministerio Público debiera tener oportunidad de oponerse y argumentar frente a tal solicitud, tras lo cual debe resolver el Tribunal, consignando sus conclusiones en la sentencia definitiva.

En los casos de un procedimiento simplificado el punto debiera ser uno más de los que se discuten en la audiencia en que se realiza el juicio respectivo.

Respecto del juicio abreviado, será un aspecto a debatir en la audiencia en que se adopte el respectivo procedimiento.

I) RECURSOS

La ley no regula el régimen de recursos procedentes en contra de las resoluciones y sentencias dictadas en los procedimientos y audiencias que tengan lugar en el curso de la investigación y el enjuiciamiento de de las personas jurídicas, de modo que serán aplicables, supletoriamente, las normas del Código Procesal Penal.

Así, tratándose de una sentencia de juicio oral o de procedimiento simplificado el recurso procedente será el de nulidad, y en el caso de un procedimiento abreviado lo será el de apelación.

Lo anterior no obsta la procedencia del recurso de queja de acuerdo a las reglas generales del Código Orgánico de Tribunales.

Cualquier materia no tratada en el presente oficio, o bien, cuestiones que surjan en relación al mismo, deberán ser canalizadas a través de la Unidad Especializada que corresponda al delito objeto de la investigación (UNAC o ULDDECO) de esta Fiscalía Nacional.

Los Fiscales Regionales velarán por la correcta aplicación del presente oficio, de modo que no existan posiciones disímiles sobre la materia en el Ministerio Público.

Saluda atentamente a UDS.,



SABAS CHAHUAN SARRÁS
FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO
NACIONAL
MINISTERIO PÚBLICO

SCHS/HFA/MFM