

COMISIÓN DE ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL 2013

PROPUESTA DE REGULACIÓN
¿INCORPORACIÓN DE LA REGULACIÓN SOBRE RESPONSABILIDAD PENAL DE
LAS PERSONAS JURÍDICAS AL CÓDIGO PENAL?

JORGE BOFILL GENZSCH
Santiago, 1 de abril de 2013

I. Consideraciones previas

Esta propuesta asume como punto de partida la regulación sistemática realizada por la ley N° 20.393 (que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas) y, por lo tanto, no la cuestiona.

Es indiscutible que la consagración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas supuso una radical innovación en la tradición jurídica chilena y zanjó, como pocas veces, un debate doctrinario que en nuestro país apenas si había profundizado en la pregunta acerca de la posibilidad de establecer a la persona jurídica como un ente penalmente punible, probablemente por la existencia de un entendimiento casi general en el sentido que la respuesta era negativa.

Y ello ocurrió pese a que, contra lo que sostenía el mensaje del Ejecutivo que acompañaba el proyecto de ley¹, los compromisos internacionales previamente adoptados por Chile no hacían necesario dar este paso. Pero, al margen de las consideraciones dogmáticas, la decisión política fue unánime y estuvo motivada por un entendimiento general en cuanto a que esa era la forma de asegurar la admisión de nuestro país como miembro permanente de la OECD².

¹ Historia de la ley N° 20.393. Biblioteca del Congreso nacional. Santiago, 2009. p. 5 (disponible en: <http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/3894/1/HL20393.pdf> [visitado el 27.03.2012]).

² *Ibíd.* p. 123-144, *passim*; Art. 2: “Cada parte tomará las medidas necesarias, de acuerdo con sus principios legales, para establecer la responsabilidad de las personas morales por el cohecho a un servidor público extranjero [...]”.

Art. 3.2 : “Si, dentro del sistema jurídico de una de las Partes, la responsabilidad penal no es aplicable a las personas morales, esta Parte deberá asegurar que éstas queden sujetas a sanciones eficaces, proporcionadas y disuasivas de carácter no penal, incluyendo sanciones pecuniarias, en casos de cohecho a servidores públicos extranjeros”. Convención para combatir el cohecho de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales. OECD, Noviembre 1997. (disponible en: <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/47079135.pdf> [visitado el 27.03.2012]).

Esa es una decisión política que debe respetarse y, por lo mismo, esta propuesta no incorpora cambios estructurales a la regulación que sobre la materia establece el mencionado cuerpo legal.

Una segunda cuestión es si la matriz de la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas debe incorporarse al Código Penal, o bien considerarse parte del denominado derecho penal accesorio. Tal como se expondrá en la fundamentación general de la propuesta, ésta se inclina por esta última opción.

Por otra parte, la propuesta plantea postergar el debate sobre la eventual ampliación del catálogo de delitos imputables a las personas jurídicas. Ello porque, en primer término, esa discusión requiere claridad acerca del catálogo de los delitos que contemplará la Parte Especial del Código Penal. Pero, más importante aún -puesto que podría entenderse que la propuesta sugeriría retomar el análisis una vez completada la Parte Especial-, porque se trata de una discusión extraordinariamente compleja que, a mi entender, excede el cometido de la tarea asignada a la Comisión.

Ello es así, en primer lugar, por cuanto el núcleo de la justificación del derecho penal liberal utiliza como paradigma la sanción a la persona natural entendida como un ciudadano que actúa como agente político. La preservación de dicho núcleo de justificación sin pérdida de fuerza expresiva exige mantener la consideración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas como excepcional en el sistema. Por lo mismo, el establecimiento de dicha responsabilidad sólo es conceptualmente admisible respecto de delitos en los que la persona jurídica pueda constituir, de manera análoga a la persona natural, un agente político *per se*. Asimismo, la eventual ampliación del catálogo de delitos imputables a las personas jurídicas requiere también claridad acerca de los efectos que esa expansión podría provocar en el sistema económico. Esa información no está disponible en la actualidad y sin ella no parece plausible un debate serio. Por último, una discusión como esa debe hacerse teniendo a la vista una regulación orgánica y racional de los delitos de asociación ilícita, que ayude a abordar

categorialmente la diferencia entre aquellos casos que implican responsabilidad penal de las personas jurídicas y aquellos que propiamente deben solucionarse bajo el esquema de la responsabilidad individual por la comisión del delito de asociación ilícita. Esa distinción no es posible en el actual marco de referencia.

II. Propuesta de articulado

Artículo A. *Responsables del delito.* La responsabilidad penal sólo podrá imputarse a personas naturales. Excepcionalmente, la responsabilidad penal podrá imputarse a personas jurídicas, en la forma y casos que determina la ley N° 20.393.

Artículo 58 Código Procesal Penal.- *Responsabilidad penal.* La acción penal, fuere pública o privada, no puede entablarse sino contra las personas responsables del delito.

La responsabilidad penal sólo puede hacerse efectiva en las personas naturales, salvo los casos de responsabilidad penal de las personas jurídicas excepcionalmente contemplados en la ley N° 20.393. Así, por regla general, por las personas jurídicas responderán los que hubieren intervenido en el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que las afectare.

III. Fundamentación general

Asumido el punto de partida, esto es, no cuestionar la decisión legislativa expresada en la ley N° 20.393, de incorporar en nuestra legislación penal la responsabilidad criminal de las personas jurídicas respecto del catálogo de delitos que allí se establece, es necesario determinar cómo ello se verá reflejado en el Código Penal y en el Código Procesal Penal.

Ante ello, existen, al menos, tres alternativas regulatorias teóricamente plausibles: (i) mantener la situación actual, sin incluir en el Código Penal ni en el Código Procesal Penal una referencia expresa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, quedando ella totalmente regulada en la ley especial respectiva; (ii) regular de manera exhaustiva la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal, derogando la ley N° 20.393; y, (iii) regular mediante una cláusula general en el Código Penal y en el Código Procesal Penal la responsabilidad penal de las personas jurídicas, cláusula que establezca una remisión a la ley especial encargada de normar exhaustivamente la materia.

La opción por alguna de estas alternativas supone una discusión previa, a saber, aquella referida a la determinación de qué es lo que se debe considerar derecho penal nuclear y qué derecho penal accesorio. A grandes rasgos esta propuesta asume que la generalidad de las reglas que determinan la responsabilidad penal debe estar prevista en el Código Penal, como derecho penal nuclear. No obstante, existen casos en que lo aconsejable parece ser remitir la regulación de ciertas materias a leyes especiales.

Los casos excepcionales mencionados se constatan especialmente allí donde existan normas penales que estén dotadas de una complejidad tal que, por diversas razones, no puedan (o no parezca aconsejable) separarse de normativas especiales -extrapenales- que su aplicación supone. Ejemplo claro de ellos son los denominados delitos de la quiebra, cuya comprensión debería verse favorecida mediante su lectura consonante y sistemática con la regulación no penal del derecho de quiebras.

En lo que respecta al problema de si la responsabilidad penal de las personas jurídicas debe considerarse derecho penal nuclear o derecho penal accesorio, esta propuesta ofrece una solución diferenciada:

- (a) La determinación de los sujetos penalmente responsables constituye una definición esencial del derecho penal, la que, por lo tanto, debe encontrarse explicitada en los cuerpos normativos fundamentales de la materia, esto es, el Código Penal y el Código Procesal Penal. Lo anterior es de primera importancia, porque es precisamente esta definición la que determina quiénes son los sujetos relevantes bajo la perspectiva de la práctica punitiva del estado y, por ende, quiénes son los destinatarios de sus normas.

- (b) Por otra parte, la regulación sistemática de las reglas de conducta y de las reglas de imputación que en materia penal conciernen a las personas jurídicas deben constituir derecho penal accesorio. Ello en virtud de las siguientes razones:
 - (i) El carácter particularmente técnico de las reglas de conducta exigibles a las organizaciones, que contempla, entre otros elementos, la referencia a modelos de prevención de delitos, definiciones extrapenales y consideraciones del todo ajenas a las matrices conceptuales del derecho penal tradicional.

 - (ii) El especial sistema de sanciones previsto en la ley N° 20.393 y el particular modo de determinación de las mismas. En detalle, la ley prevé sanciones de diversa naturaleza de las establecidas en el Código Penal, que responden a funciones que exceden las consideraciones clásicas de teoría de la pena, especial aplicación de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, particular aplicación de las denominadas salidas alternativas, entre otras.

En razón de las consideraciones antes esbozadas, esta propuesta plantea establecer una regulación de la materia mediante la consagración de una cláusula general en el Código Penal y en el Código Procesal Penal, y que ella establezca una remisión a la ley N° 20.393, atestiguando el carácter excepcional de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Todo ello, sin perjuicio de que, una vez definidas en el Anteproyecto de Código Penal las categorías mencionadas *supra* (b) (ii), sea necesario revisar la ley N° 20.393 como parte del trabajo de adecuación de la legislación nacional.

IV. Fundamentación particular

Artículo A: El artículo A de la propuesta se titula “Responsables del delito”. Su cometido general es la determinación de todos los posibles sujetos pasivos del ejercicio del *ius puniendi* estatal.

La primera parte de la norma establece la regla general de nuestro ordenamiento jurídico: la responsabilidad penal recae sobre las personas naturales. Esto fortalece la idea de que esta propuesta se hace cargo de las críticas que sindicaban que la consagración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas podría implicar una merma en la fuerza expresiva del ejercicio del derecho penal.

La segunda parte de la norma establece el carácter excepcional de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ella queda sujeta a “la forma” –es decir, el modelo de imputación- y a “los casos” –esto es, el catálogo de delitos imputables- que establece la ley especial. Se opta por hacer mención expresa al cuerpo normativo que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas como “la ley N° 20.393” porque con ello, por una parte, se ratifica el carácter excepcional de la misma, y, por la otra, se persigue evitar una regulación inorgánica de esta clase de responsabilidad penal.

La ubicación sistemática más adecuada para la norma propuesta debiese encontrarse en el título que establezca las condicionales generales de la punibilidad que, en la propuesta del profesor Héctor Hernández Basualto, se intitula “Del delito”.

Artículo 58 del Código Procesal Penal: Esta propuesta pretender modificar levemente la redacción actual del artículo 58 del Código Procesal Penal. Por ello (i) no modifica su denominación; y (ii) mantiene intacto el primer inciso, que constituye un reconocimiento de los principios de culpabilidad y de personalidad de las penas.

La modificación propuesta al inciso segundo del artículo 58 del Código Procesal Penal, del mismo modo que la propuesta de articulado del Código Penal, hace énfasis en el carácter excepcional de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, restringiéndolo a los supuestos regulados en la ley especial. La segunda parte del inciso segundo en comento tiene por objetivo explicitar que no se trata de imputar responsabilidad penal a la persona jurídica en todos aquellos casos en que ella aparezca implicada en los hechos, sino sólo en los casos que se satisfagan los específicos presupuestos de la ley N° 20.393.

Por último, por razones expresivas se mantiene la referencia a la responsabilidad penal de los agentes de la empresa como regla general respecto de los delitos cometidos en su seno y la enunciación de la posibilidad de solicitar indemnización de perjuicios cuando se satisfagan los presupuestos establecidos en la legislación civil.

V. Anexo I: Adecuación de la propuesta de regulación sobre “Principios y ámbito de aplicación de la ley penal”

El artículo D, intitulado “Jurisdicción Extraterritorial”, de la propuesta del profesor Antonio Bascuñán Rodríguez establece diversos casos de jurisdicción extraterritorial. En los mismos se precisan diversos factores de conexión con el Estado de Chile. En lo que a esta

propuesta respecta, resulta pertinente destacar los siguientes pasajes de la propuesta original del profesor Bascuñán Rodríguez (y no considera las modificaciones acordadas incorporar por la Comisión, puesto que no se cuenta aún con un texto propuesto por la Subcomisión de Redacción):

“4° El cohecho a funcionarios públicos extranjeros cometido por un chileno o un extranjero con permanencia definitiva en Chile, o por personas jurídicas domiciliadas en territorio chileno”.

“5° Los cometidos por chilenos o extranjeros, o por personas jurídicas penalmente responsables domiciliadas en territorio chileno, que atenten contra la soberanía o contra la seguridad exterior o interior de la República de Chile, o que consistan en falsificación de su sello, de su moneda nacional, de documentos de crédito suyo, de sus instituciones o empresas, de pasaportes, documentos de identidad u otros certificados estatales chilenos, o que pongan en peligro la salud de los habitantes del territorio chileno o el medio ambiente en el territorio chileno o en la zona económica exclusiva chilena”.

“6° Los cometidos por chilenos o extranjeros con permanencia definitiva en Chile, o por personas jurídicas penalmente responsables domiciliadas en territorio chileno, contra chilenos o extranjeros con permanencia definitiva en Chile, o contra sus hijos menores de edad, o contra personas jurídicas que tengan domicilio en territorio chileno”.

“9° Los delitos de genocidio, contra la humanidad y de guerra, la piratería y los demás delitos cometidos que el derecho internacional somete a la jurisdicción de cualquier Estado. Para los efectos de este artículo, quienes intervienen en la comisión del delito o lo padecen son también chilenos o extranjeros con permanencia definitiva en Chile, o personas jurídicas domiciliadas en territorio chileno, aunque a ese momento fueren extranjeros o carecieren de dicha permanencia o domicilio, si con posterioridad obtuvieron la nacionalidad chilena o la permanencia definitiva en Chile, o fijaren domicilio en territorio chileno, respectivamente”.

El factor de conexión propuesto para los casos de responsabilidad penal de las personas jurídicas consiste en estar “domiciliadas en territorio chileno”, lo que importa la asunción de un criterio formal, es decir, la sociedad debe tener establecido legalmente su domicilio en Chile o en algún lugar del territorio de la República. Ello ocurrirá por regla general en la configuración estatutaria, pero a falta de una expresa referencia a los estatutos bien podría

ocurrir que pudiera establecerse que una persona jurídica está domiciliada en Chile por aplicación de otras normas del derecho extrapenal (derecho tributario, derecho municipal, etc).

La utilización de dicho criterio podría ser considerada como problemática, pues es posible imaginar situaciones en las que los tribunales de la República no tendrían jurisdicción. V. gr., si una persona jurídica extranjera comete cohecho sobornando a un funcionario público chileno que se encuentra de paso en el país en el que tiene domicilio la persona jurídica. Aparentemente la adopción de un criterio material que complemente o reemplace al domicilio en territorio nacional, v. gr, que la persona jurídica realice actividades en Chile o que los delitos cometidos por la persona jurídica tengan efectos en Chile, podría solucionar la denunciada carencia de jurisdicción.

Esta propuesta concuerda, sin embargo, con el planteamiento del profesor Bascañán Rodríguez y considera que lo correcto es mantener la redacción reproducida con anterioridad, que establece el criterio del domicilio constituido en Chile como punto de conexión formal. Entendemos que ello resulta adecuado, porque las sanciones penales eventualmente aplicables a las personas jurídicas pueden importar una modificación del estatus de las mismas en un ordenamiento jurídico determinado. Así, la sanción de disolución de una persona jurídica atenta contra el reconocimiento normativo que la misma tiene en un sistema jurídico dado y dicha alteración excede con creces los límites de la actuación de la jurisdicción del Estado de Chile.

VI. Anexo II: Adecuación de la ley N° 20.393

La aceptación de esta propuesta importaría la necesidad de derogar el inciso tercero del artículo 1° de la ley N° 20.393. Sin perjuicio de las restantes adecuaciones que será necesario introducir con posterioridad a este cuerpo legal, conviene advertir desde ya aquéllas que serían una consecuencia necesaria de la aprobación de propuesta.

El inciso tercero del artículo 1° de la ley N° 20.393 dispone: “*Para los efectos de esta ley, no será aplicable lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 58 del Código Procesal Penal*”. La nueva redacción del artículo 58 del Código Procesal Penal que esta propuesta plantea hace totalmente innecesaria –y contradictoria- la existencia de dicho inciso.

VII. Anexo III: Adecuación del sistema de penas del Código Penal

La sanción de disolución de la persona jurídica es sin duda la sanción más llamativa y controversial introducida por la ley N° 20.393. En la normativa vigente, tras su promulgación dicha sanción posee una doble naturaleza. Por una parte, es concebida explícitamente como una pena en contra de la persona jurídica (artículo 8 de la ley N° 20.393) y, por otra, como una sanción (decomiso) en contra de los autores de un delito de asociación ilícita (en los casos del artículo segundo y tercero del citado cuerpo legal, que modificaron los artículo 294 bis del Código Penal y el artículo 28 de la ley N° 19.913, a propósito de la regulación del delito de asociación ilícita).

Así las cosas y de mantenerse en la regulación del delito de asociación ilícita la sanción de disolución de la persona jurídica como pena especial en contra de aquellos que cometen el delito de asociación ilícita mediante la utilización de una persona jurídica, parece recomendable, por razones sistemáticas y simbólicas, introducir la señalada sanción en el catálogo general de penas del Código Penal. De este modo, podrá distinguirse fácilmente aquellos casos en que la disolución de la persona jurídica se conciba como una sanción en contra de la persona jurídica (que según esta exposición, pertenece al derecho penal accesorio), de aquellos en que constituye una sanción en contra de las personas naturales que son miembros de una asociación ilícita (derecho penal nuclear).