

Responsabilidad Penal de la Empresa: Su recepción en el Derecho Chileno

Tesis para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas

Universidad de Valparaíso

Chile

2010

Andrea Paz Sepúlveda Monsálvez

Índice

Introducción	4
---------------------	----------

Capítulo I

Personas jurídicas y Derecho Penal

1. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la doctrina	8
2. Lineamientos generales del concepto constructivista de culpabilidad empresarial	9
3. Aplicación de los presupuestos constructivistas a la crítica de partida	10
4. Consecuencias teóricas y prácticas de la imputabilidad empresarial	15
5. Consideraciones sobre la conveniencia político-criminal de establecer una imputabilidad jurídico-penal empresarial	18

Capítulo II

En torno a Política Criminal

1. La Política Criminal Chilena	26
2. Los bienes jurídicos objeto de protección	
2.1 Cohecho	40
2.2 Financiación al terrorismo	50

Capítulo III

Ley Chilena de Responsabilidad Penal de la Empresa

1. Antecedentes	61
2. La Ley	67
Bibliografía	85

Introducción

Hasta hace pocos años, la doctrina española y alemana venían sosteniendo que en sentido estricto los entes jurídicos no tenían propiamente voluntad, si no que lo que realmente ocurría era que la voluntad de las personas que actuaban en representación de ellas, se tenía y valía por la voluntad social, y que por ello debían ser estas personas, las naturales representantes, quienes propiamente pueden y deben responder criminalmente.

Esto que parece tan evidente, tuvo que decirse sin embargo, porque una tesis contraria, fundada en razones más bien de política criminal que en una teoría de la voluntad, comenzaba a sostener y a defender con fuerza una nueva verdad: que las personas jurídicas pueden cometer delitos. Y si los maestros del derecho penal clásico, con toda seguridad, se habrían escandalizado, los renovados penalistas económicos no querían perder tiempo en discutir doctrinariamente lo que a su juicio merecía ser abordado políticamente.

Si ya este planteamiento era, cuando menos, sofisticado para la disciplina, que además se planteara la necesidad de distinguir entre personas jurídicas imputables y otras no imputables hace que la discusión tome un vuelo teórico impensado. Pero es así, y entre los defensores de la responsabilidad penal empresarial se debate en torno a la siguiente pregunta: si es posible distinguir entre personas naturales imputable e inimputables, ¿por qué no respecto de las personas jurídicas?

Ahora bien, el punto de partida ineludible en estudios de responsabilidad criminal de las personas jurídicas es el elemento de la culpabilidad, e íntimamente vinculada a éste, la teoría de la acción. Si desde la perspectiva de la política criminal resulta muy difícil resistirse a una ampliación del campo de acción de la responsabilidad penal a las empresas, la teoría general del delito plantea dura oposición, pues de

aceptarse su inclusión, sus mismos fundamentos deben ser revisados. Aunque para los penalistas, llamémosles, ortodoxos, existen aún salidas razonables a este embate del vanguardismo criminalístico.

Una de ellas propone comenzar por reforzar el concepto de acción asociándolo a la noción de *voluntariedad*. Una voluntad transformadora de la realidad, que tiene su origen únicamente en la conciencia personal, un argumento estrictamente psicológico de la culpabilidad. Así, la idea de que las personas jurídicas puedan ser consideradas autoras de delitos no se sostendría, pues más tarde o más temprano lo que resulta evidente es que son las personas naturales que representan a la persona jurídica quienes actúan por éstas, y no el ente jurídico que representan. Y la alternativa de excluir, respecto de las personas jurídicas, el elemento mismo de la culpabilidad, se ha rechazado a coro, incluso por los más atrevidos, pues jamás podría existir un juicio de reproche sin consideración a la voluntad y conciencia de quien es objeto de él, y hasta un examen puramente objetivo no autoriza a prescindir de la noción de culpa.

Una segunda salida honrosa para los opositores a la buena nueva penal, es la de introducir acomodos a la noción de acción y de culpa, con el objeto de justificar y comprender que cuando los órganos de la persona jurídica actúan por ella, en realidad lo hace ella misma.

Una postura menos psicológica y abierta a las novedades, sostiene que el delito es ante todo una creación social y que, no siendo el delito un fenómeno natural sino una construcción del hombre en cuanto ser social, lo decisivo para realizar el juicio de reproche que tiene por objeto la aplicación de una pena, es la comprobación de que un determinado bien jurídico protegido por la ley penal ha sido violentado sin derecho. De esta forma, la presencia necesaria de un ser humano como sujeto activo del

delito no existe realmente, y tiene sentido sólo en el contexto de una concepción demasiado restrictiva y hasta insuficiente.

El reproche jurídico, entonces, se realiza desde el ángulo de la significación y consecuencias sociales que la conducta en cuestión produce y no en consideración a la naturaleza humana o no humana de su autor. Se confunde e identifica completamente con el fin de la pena y su sentido lo encuentra en el concepto de *prevención*, por la cual la sociedad le notifica al sujeto, actor social o persona humana, da igual, que para el caso de que decida desconocer la validez de una norma de protección de un bien jurídico, y de hecho ese desconocimiento se transforme en una conducta concreta, indebida y perjudicial, la sociedad tendrá derecho a imponerle una pena.

Esta doctrina de prevención general como objeto central de la pena, ha sido blanco de innumerables críticas, especialmente la que señala que de esta forma se degrada el derecho penal, pensado para las personas, pero personas naturales. Se contra argumenta, a su vez, que siendo una de las características más distintiva de las personas, su sociabilidad, lo que importa y debe prevalecer es el cumplimiento de las normas de convivencia social que interesa a toda la sociedad proteger, independientemente de quién sea el autor de la transgresión.¹

A partir de esta constatación y reconstrucción optimista de cierta parte de la teoría delictual, puede dejarse atrás no sólo el énfasis psicologista dominante por completo hasta hace pocos años, sino que además podría revisarse la tesis culpable de un reproche basado en el abuso de la libertad, entendida ésta como patrimonio exclusivo de las personas naturales.

¹ Poco se dice en este debate, acerca de de los delitos de guerra, que sin ninguna duda no son cometidos por personas naturales, sino por Estados.

Si no depende la culpabilidad de elementos solamente mentales, sino de la capacidad de vulnerar bienes jurídicos, entonces esta noción fundamental del concepto de delito no se encuentra atado a la noción persona natural o ser humano. Es el autor el objeto del reproche, que se abre paso y desplaza a la persona humana de esta condición de exclusividad, haciendo su entrada la persona jurídica. Tiedemann proponía revisar el concepto de culpabilidad para concebirlo como culpabilidad organizacional, y a partir de ello poder entender la posibilidad de que las personas jurídicas puedan responder penalmente por la comisión de delitos.

Este es el centro y la línea de reflexión de este trabajo. Con todo, la dictación reciente de una ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro país, nos obligará a revisarla y valorarla a la luz de los objetivos que la propia se señala y los que una política criminal moderna sugiere.

Siguiendo la tendencia de la moderna escritura de investigación, incluimos las conclusiones u opiniones personales inmediatamente en el cuerpo del trabajo, y no al final de éste como un apartado especial, dando a cada capítulo y separado, un final o resolución completo, y no dilatando para lo último la opinión de la autora que espera conocer cuanto antes el lector.

Capítulo I

Personas Jurídicas y Derecho Penal

1. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la doctrina

Es el tema de moda y no hay país moderno en que los juristas penales no se estén ocupando de él. Problema teórico no menor, dado que desde los orígenes del derecho penal, éste ha sido concebido para regular la conducta de personas naturales, como se ha dicho. Es en las postrimerías del siglo XIX, cuando el desarrollo económico fuerza el nacimiento de disposiciones nuevas inspiradas en este fenómeno.² Lo cierto e indesmentible es que delitos de mayor incidencia social y económica se realizan por grandes empresas, muchas de ellas transnacionales, ante lo cual el legislador no puede permanecer indolente o retirado a reflexiones puramente teóricas, alejadas de la realidad cambiante, a la que el derecho se debe desde su más antigua fuente.

En el caso de Chile, su sistema jurídico de responsabilidad criminal es estrictamente personal. Desde el punto de vista de un Derecho Penal que en la configuración de la infracción delictiva parte de la acción humana, de la culpabilidad y de unos presupuestos psicológicos que sólo pueden predicarse de la persona física individual, se hace difícil admitir la responsabilidad penal de las personas jurídicas. También el sistema de sanciones aplicables, penas o medidas, descansa en unos presupuestos psicológicos individuales, culpabilidad-peligrosidad, en función de los cuales se asigna al sistema de sanciones unas finalidades de prevención general o especial que difícilmente pueden lograrse en el ámbito de las personas jurídica.

² Por ejemplo, en materias medioambientales, de consumo, laborales o societario, por mencionar algunas.

Los argumentos principales esgrimidos para negar responsabilidad penal a las personas jurídicas y las réplicas a los mismos son los siguientes:

1. La idea de ficción de la persona jurídica, puesto que no posee voluntad personal. Este pensamiento parte de Savigny. para quien la persona moral es una ficción: toda asociación de hombres no es más que una suma de individuos entre los que existen ciertas relaciones; carecen, empero, de la unidad espiritual y corporal que caracteriza a las personas. A esta idea, hoy en día insostenible, se responde mediante el argumento del carácter real de la agrupación o persona jurídica que sí puede cometer falsificaciones, estafas, delitos tributarios, medio ambientales, etc. Las personas jurídicas son reconocidas como personas jurídicamente independientes con derechos autónomos distintos de los de sus socios y sus órganos con capacidad de decisión.

A dicho argumento se opone una idea de sentido común: aun si la comisión de infracciones no está prevista en el estatuto de la agrupación, como su objetivo, se constata sin embargo, en la práctica, que determinadas empresas o agrupaciones tienen una actividad diferente de aquélla para la cual sus miembros la crearon. Por ejemplo, una empresa, creada para la fabricación de papel, contamina además cursos de agua vecinos. No existe ninguna razón para no considerar responsable a esta empresa por dicha contaminación.

La réplica puede ampliarse más aún. En relación con la naturaleza de la pena, no existe ninguna dificultad, porque si el argumento va en el sentido de que las sanciones privativas de libertad son inaplicables, otras como la multa, la confiscación, la clausura del establecimiento son perfectamente aplicables, siendo todas sanciones penales. En segundo lugar, se ha señalado que los fines de la pena encuadran mal con la responsabilidad de las personas jurídicas: la función de corrección no

tendría sentido en este caso. A ello se puede contra argumentar que la pena tiene también otras funciones, como la de intimidación y de prevención, perfectamente compatibles con la naturaleza particular de la empresa. Finalmente, se ha afirmado que la pena aplicada a una persona jurídica, alcanzaría tanto a inocentes como a culpables. Este argumento olvida que existen procedimientos para cubrir a los miembros dignos de protección de la empresa, como es el caso de los que actúan de buena fe o los asalariados.

Que es necesario acudir al Derecho Penal para poner fin a los abusos cometidos por las personas jurídicas así como controlar de algún modo su actuación en el tráfico económico y jurídico, nadie o casi nadie lo pone hoy en duda, pero sólo queda una alternativa: o se elabora un Derecho Penal distinto con nuevas categorías dogmáticas o, sobre los cimientos del antiguo edificio doctrinal se echan las bases para un nuevo paradigma.

Para Dannecker es necesario conciliar el desarrollo del derecho penal con las categorías fundamentales penales, si no se quiere degradar el Derecho Penal contra las personas jurídicas, convirtiéndolo en un mero instrumento arbitrario de control social. Algunos autores, como Schünemann, han realizado esfuerzos doctrinales para legitimar la actuación del Derecho Penal en este campo y han construido propuestas que, rechazando las objeciones tradicionales a la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas, pretenden superar las dificultades que plantean las categorías tradicionales del concepto de delito.

2. Constructivismo y culpabilidad empresarial

La culpabilidad, en el contexto del constructivismo, sigue un camino que comienza en la noción de *autopoiesis*. En el ámbito social general, esta noción tiene a su vez origen en las investigaciones y

reflexiones de Humberto Maturana, pero no ha logrado penetrar por completo en el ámbito penal.³ Curiosamente, en el derecho penal pero de las empresas, campo abierto a la innovación, parece haber encontrado el terreno propicio para su desarrollo.

La autopoiesis describe la capacidad de los organismo para generar sus `propias condiciones de reproducción. A diferencia de otros planteamientos, éste es pura ambición, epistemológica y de aplicación a otros sistemas sociales. Lo central en esta idea, es que las organizaciones e instituciones humanas-y el derecho, por tanto-, así como los organismos vivos, se consideran sistemas autopoieticos, aunque en diferentes grados. Centrando la atención en el sistema organizativo empresarial, éste, al igual que el ser humano, comienza a desarrollar con el tiempo una complejidad interior que se traduce en una facultad de autogeneración tal, que resulta inevitable asignarle a la empresa cierta competencia y responsabilidad sobre los actos de su organización. Desde una perspectiva tradicional del delito puede afirmarse que la capacidad de acción se ve así sustituida por una capacidad de organización, de tal manera que si bien resulta complicado afirmar que una empresa actúa por sí misma, dichas dificultades desaparecen considerablemente cuando se sostiene que, llegado un determinado nivel de complejidad interna, la entidad comienza a organizarse a sí misma, a auto organizarse.

Como consecuencia de esta situación no resulta extraño que las organizaciones empresariales hayan empezado a participar en la vida social y jurídica de manera significativa. Tanto es así, que bien podría afirmarse que desempeñan un rol absolutamente decisivo en la configuración de la identidad de la sociedad moderna. A partir de dicha

³La autopoiesis como característica de los cuerpos sociales, fue algo que el propio Maturana desestimó, a propósito del uso entusiasta que N. Lhuman hizo de este concepto. Véase,

constatación se puede construir un concepto de culpabilidad empresarial que, si bien no sea idéntico al concepto de culpabilidad individual, sí puede resultar funcionalmente equivalente. Es decir, culpabilidad empresarial y culpabilidad individual no son iguales, pero sí funcionalmente equivalentes. En concreto, el concepto constructivista de culpabilidad empresarial se basa en tres equivalentes funcionales que se corresponden con los tres pilares del concepto de culpabilidad individual: la fidelidad al derecho como condición para la vigencia de la norma, el sinalagma básico del derecho penal y, por último, la capacidad de cuestionar la vigencia de la norma.

El primer equivalente funcional se fundamenta en el hecho de que, en la sociedad moderna, la vigencia de determinadas normas depende en gran medida de la creación y mantenimiento de una cultura empresarial de fidelidad al derecho. Así, el modelo descentralizado de organización social que surgió en el ámbito individual con motivo de la “desmitificación del mundo”, ha tenido lugar en el ámbito empresarial a lo largo del siglo XX gracias, entre otras cosas, a la “desmitificación del Estado”. De esta manera, nace el conocido fenómeno de la autorregulación empresarial como un reflejo de la incapacidad estatal para controlar ciertos riesgos característicos de la sociedad posindustrial moderna.

Ello ha provocado que dicho control y gestión de riesgos se haya descentralizado hacia unas organizaciones empresariales que, en virtud de su tamaño y complejidad interna, no admiten una regulación—intervención— directa estatal externa, sino que, como mucho, puede aspirarse a un control del contexto, característico del derecho reflexivo. A la vista de esta situación resulta necesario y adecuado imponer a dichas organizaciones empresariales la obligación primordial que afecta a toda persona jurídico-penal: la obligación de fidelidad al derecho, lo cual se

concreta en la institucionalización de una cultura empresarial de fidelidad al derecho.

El reconocimiento de una esfera de autonomía a la empresa con la consiguiente obligación de fidelidad al derecho provoca, al igual que lo hizo en el individuo, el nacimiento del ciudadano —corporativo— fiel al derecho. Por tanto, el rol que garantiza el derecho penal —empresarial— es el del rol del ciudadano —corporativo— fiel al derecho y, en consecuencia, la no institucionalización de esa cultura empresarial de fidelidad al derecho constituye el quebrantamiento del rol del ciudadano —corporativo— fiel al derecho; es decir, la manifestación de la culpabilidad jurídico-penal empresarial.

El nacimiento de rol del ciudadano corporativo fiel al derecho conlleva el reconocimiento de un mínimo de igualdad a las empresas. Ahí radica el segundo equivalente funcional que, de esta manera, consiste en el establecimiento del sinalagma fundamental del derecho penal empresarial: libertad de auto organización empresarial en contra de la responsabilidad por las consecuencias de la actividad empresarial. Expresado con las palabras de Schünemann: “La legitimación de las sanciones económicas a la asociación puede verse en la autonomía de la asociación, a la cual el derecho le adscribe fundamentalmente una libertad a la organización propia que, sin embargo, tiene como reverso tener que ser responsable por los resultados negativos de esa libertad”.

La institución negativa del *nenimen laedere* empresarial encuentra su anclaje constitucional, en opinión de varios autores, en la libertad de empresa, y lleva aparejado la obligación, al igual que en el individuo, de mantener el ámbito de organización empresarial, propio dentro de los márgenes del riesgo permitido. De esta manera se acentúa la autorresponsabilidad empresarial, que con Heine puede formularse como un imperativo categórico: toda empresa debe comportarse

autorresponsablemente de tal manera que nadie resulte dañado, es decir, que el riesgo permanezca dentro del ámbito empresarial. La empresa pasa de ser un mero actor económico basado en la lógica racional del costo/beneficio a convertirse en una persona jurídico-penal orientada por el esquema derechos/deberes; es decir, se constituye como un verdadero ciudadano fiel al derecho. Precisamente ese status de ciudadanía conforma el tercer equivalente funcional. Así, resulta fundamental para la dimensión material de la culpabilidad jurídico-penal, la posibilidad de poder participar en la producción común de sentido; es decir, el principio de culpabilidad garantiza que la persona “es competente para intervenir en asuntos públicos”. Sin embargo, ¿cómo participa la empresa en la producción común de sentido? ¿Cómo interviene en los asuntos públicos? El punto de partida viene dado por una determinada interpretación de la libertad de expresión reconocida constitucionalmente a las personas jurídicas.

En este sentido, lo relevante a estos efectos no es tanto el reconocimiento en sí, sino el contenido y significado de dicha libertad. Respecto a esto resultan especialmente destacadas las consideraciones de Lawrence Friedman, quien trae a colación la sentencia de la Corte Suprema estadounidense *First National Bank of Boston vs. Bellotti*. Así, en relación con la libertad de expresión reconocida a las corporaciones, dicha Corte declaró expresamente que se trataba de “la expresión o discurso que resulta indispensable para la toma de decisiones en la democracia, y ello no es menos cierto por el hecho de que la expresión provenga de una corporación en lugar de un individuo”.

De esta manera se viene entendiendo que, si bien una corporación como tal no puede votar, sí que se le reconoce el derecho a participar en lo que realmente cuenta en democracia: el debate entre los ciudadanos. En definitiva, a las corporaciones, al igual que a los individuos, se les

concede un derecho a participar en el proceso de creación y definición de las normas sociales. Dicho proceso no viene marcado por el derecho de voto, sino principalmente por la libertad de expresar juicios en el discurso público sobre las normas sociales, contribuyendo así a la conformación de las mismas.

Una vez explicitados estos fundamentos del concepto constructivista de culpabilidad jurídico-penal empresarial se puede abordar desde una nueva óptica, el contenido de las críticas formuladas al comienzo. Como se advertirá claramente a lo largo de las líneas que siguen, la adopción de las premisas sentadas influye decisivamente en la consideración de qué organizaciones empresariales pueden delinquir — estando por ello sujetas a la imposición de una pena—, y cuáles no, — estando, así, sujetas a otro tipo de sanciones—. Así mismo, se podrá constatar que el modelo de responsabilidad penal empresarial subyacente a este planteamiento es un modelo de autorresponsabilidad, que a diferencia de los modelos de heteroresponsabilidad, centran su atención en la conformación de una culpabilidad propia de la empresa y no en la atribución a la misma de una culpabilidad ajena.

3. Aplicación de los presupuestos constructivistas a la crítica de partida

Como se puede apreciar fácilmente en la exposición de la crítica de Rodríguez Mourullo, la conciencia, ese substrato psíquico, muestra unas cualidades especiales que son imprescindibles para la imputabilidad de la persona en derecho penal, es decir, para ser sujeto activo de delito o, expresado de otra manera, para ser persona jurídico-penal activa. La cuestión es, por tanto, qué cualidades son esas que se muestran tan decisivas en el tema aquí tratado. El fundamento último de dichas cualidades reside en la auto referencialidad de la conciencia, esto es, en la autoconciencia.

Sobra realizar aquí consideraciones acerca de la importancia que la conciencia humana ha tenido no ya para la discusión jurídico-penal, sino para numerosos debates filosóficos, de entre los que se destaca el relativo a la identidad de la persona. Y es que las características de la autoconciencia, han sido todo un referente en la identificación de la autodeterminación del hombre, lo cual, desde el punto de vista de la cuestión en torno al libre albedrío y el nacimiento de la consiguiente responsabilidad —penal—, posee una importancia cardinal. En este sentido, merece la pena traer a colación la argumentación desarrollada recientemente por Molina Fernández en uno de los últimos y más profusos estudios sobre una cuestión tan debatida como es la libertad como presupuesto de la responsabilidad. Este autor explica detalladamente en su exposición cómo se produce una evolución paulatina en los niveles de complejidad del sistema psíquico, al final de la cual se alcanza una “razón de segundo nivel” o “de segundo orden” caracterizada por la reflexión de la conciencia sobre sí misma: “El sujeto elabora conscientemente su elección con autorreferencia a la propia elección (...)” de tal manera que, “la conciencia introduce un elemento causal de segundo orden —la reflexión sobre el propio proceso de decisión— y, con ello una elección externamente necesaria se convierte en internamente contingente”.

Como se advierte en las consideraciones realizadas hasta ahora, se ha empleado el término “sistema” para hacer referencia a lo que tradicionalmente se denomina “ser humano”. Esto se ha hecho deliberadamente para evitar el prejuicio antropocéntrico que, por lo general, domina todas las discusiones sobre la capacidad de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Y ello fundamentalmente porque dicho prejuicio o, mejor dicho, preconocimiento, imposibilita en gran medida el desarrollo de una teoría jurídica del delito para las personas jurídicas. En efecto, la atribución al ser humano de ciertas

cualidades, de cierto “equipamiento”, que no concurren en la persona jurídica ha desembocado, indefectiblemente, en la exclusión de la misma del derecho penal.

Los dos modelos, el psicológico y el empresarial, son capaces de expresar una autodeterminación de grado complejo, fundamento sobre el cual el sistema de derecho punitivo asigna o reconoce la noción de personalidad responsable. Dichos círculos autorreferenciales se dan en cuatro ámbitos diferenciados: el límite del sistema, la estructura del sistema, los elementos del sistema y la identidad del sistema. De este modo, la frontera organizacional viene dada por su calidad de actor interno, de miembro, y la arquitectura se traduce en los esquemas decisorios que regulan la organización; los integrantes sistémicos básicos son las determinaciones.

Finalmente, la singularidad del sistema queda definida por la personalidad de la organización. Por lo tanto, lo decisivo en el marco de esta discusión es que tanto el sistema psíquico como el sistema organizativo deben desarrollar una determinada complejidad interna suficiente para poder ser consideradas personas en derecho penal. Así, la complejidad interna suficiente es un presupuesto para el desarrollo de una autorreferencialidad suficiente que permita la autodeterminación del propio sistema con respecto al entorno, cuestión decisiva para el nacimiento de la responsabilidad penal. En este sentido se puede establecer, de nuevo, una equivalencia funcional entre el desarrollo de una complejidad interna suficiente en el niño y en la organización empresarial.

4. Consecuencias teóricas y prácticas de la imputabilidad empresarial

Antes que nada, deben realizarse una serie de consideraciones previas que contribuyen a reforzar la coherencia del planteamiento realizado hasta aquí. Es solamente en este contexto de la empresa como sistema autopoiético organizativo de orden superior que las anteriores reflexiones sobre la culpabilidad empresarial adquieren verdadero sentido. En efecto, sólo en el seno de una organización empresarial con una complejidad suficiente resulta posible institucionalizar una cultura de fidelidad al derecho, de tal manera que la inexistencia de dicha cultura pueda concebirse como un déficit de fidelidad al derecho, como un quebrantamiento del rol de ciudadano fiel al derecho.

De igual manera, sólo una empresa con una determinada complejidad interna adquiere una capacidad autoorganizativa que permite asignarle una competencia por organización a la compañía y, en consecuencia, hacerla responsable por las consecuencias de dicha organización. Por último, únicamente una organización empresarial con una complejidad e importancia determinada puede participar en la conformación de las normas sociales, utilizando dicha posibilidad para cuestionar, en su caso, la vigencia de la norma sin necesidad de tener que recurrir a la comisión de un hecho delictivo. Una vez dicho esto, lo cierto es que pueden diferenciarse al menos tres ámbitos, en los cuales este planteamiento despliega importantes consecuencias, tanto teóricas como prácticas.

El primer ámbito versa sobre la exclusión de las sociedades pantalla del ámbito de las penas del derecho penal empresarial. En efecto, este tipo de sociedades no tienen desarrollada una complejidad interna suficiente que las dote de una autorreferencialidad bastante de cara al derecho penal. De hecho, en el caso de las sociedades pantalla se aprecia

claramente que se trata de sociedades plenamente heteroadministradas, carentes de la necesaria autonomía organizativa. Por ello, la adopción de cualquier tipo de medida de intervención frente a dichas sociedades se encuentra perfectamente legitimada, si bien no se pueden considerar verdaderas penas.

Es decir, por supuesto que aquí no se aboga por la exclusión de sanciones o medidas de intervención contra las sociedades pantalla. Más bien todo lo contrario. Así, la utilización de este tipo de organizaciones en el ámbito de delincuencia de cuello blanco y de la delincuencia organizada, entre otras, es sumamente habitual, por lo que se precisa de un instrumentario adecuado para tratar de manera eficaz con las mismas. Lo único que aquí se pretende es evitar que dicho instrumentario sea considerado un elenco de penas cuya imposición debe estar sujeta a la culpabilidad de la persona jurídica. Ello resulta, además, político-criminalmente adecuado, toda vez que, como se señalará, si se consideraran verdaderas penas, entonces su imposición estaría sujeta a requisitos y cautelas de constatación mucho más difíciles —por no decir imposibles—.

El segundo ámbito donde se despliegan importantes consecuencias tanto teóricas como prácticas, es el del levantamiento del velo, ámbito estrechamente relacionado con el primero. En efecto, desde que Bajo Fernández constató que la doctrina del levantamiento del velo parecía ir en contra de la tendencia hacia la responsabilidad penal de las personas jurídicas, varios autores se han sumado, con razón, a esta argumentación. Sin embargo, por parte de los defensores de esta responsabilidad no parecía proporcionarse una respuesta adecuada a esta crítica, de tal manera que la cuestión estaba claramente pendiente por resolver.

Desde el planteamiento aquí expuesto puede ofrecerse una respuesta coherente de cómo compatibilizar la doctrina del levantamiento del velo con una responsabilidad penal de la persona jurídica; más aún, se puede indicar que dicha doctrina es el corolario natural de un sistema de autorresponsabilidad empresarial. Así, por un lado, resulta evidente que la figura del levantamiento del velo “transgrede” la personalidad jurídica de la empresa. Es decir, dicha técnica consiste precisamente en “rasgar” el velo jurídico de la sociedad para introducirse dentro de la misma y alcanzar a quienes la —hetero—administran. De forma más clara no se puede describir la intromisión o intervención en una empresa.

Por lo tanto, el levantamiento del velo es una técnica consistente en practicar, fundamentalmente en sociedades pantalla o sociedades que no han desarrollado una complejidad propia suficiente —por lo general de muy baja complejidad, aunque no siempre como en el caso de los grupos de empresas—, una intervención de las mismas de tal manera que se intenta acceder a los responsables situados tras ellas —sean estos individuos o empresas—. Se trata, por tanto, de técnicas de intervención jurídico-penales.

Hasta aquí se han tratado dos ámbitos problemáticos, pero de solución relativamente sencilla. Cosa distinta ocurre en el tercer ámbito de estudio. Así, el principal problema en la materia, surge, al igual que en el ámbito del derecho penal individual, en el establecimiento del límite normativo a partir del cual se puede considerar que una organización empresarial es una persona en derecho penal sujeta a la imposición de una pena. En efecto, de la misma forma que resulta problemático fijar la mayoría de edad penal en el derecho penal individual, también representa una importante dificultad fijarla en la empresa.

Respecto de esta cuestión debe señalarse, en primer lugar, que dicho límite no es un límite ontológico, sino normativo, por lo que,

consiguientemente, puede variar en cada ordenamiento jurídico a la vista del grado de evolución y desarrollo de una sociedad. En segundo lugar, al igual que el substrato psíquico resulta determinante con respecto a la imputabilidad de los sistemas psíquicos, individuos, —como bien reflejaban las palabras del Rodríguez Mourullo—, el substrato organizativo deviene decisivo con respecto a los sistemas organizativos —empresas—.

De ahí que, a estos efectos, constituya un indicio decisivo la constitución de un substrato de organización formal para considerar que una empresa ostenta la condición de imputable en el derecho penal empresarial. Por tanto, el acento no se pone ni en la personalidad jurídica, ni en la configuración económica, sino en el sistema social organizativo que subyace. Una vez planteadas así las cosas resulta posible concretar un poco más estos principios orientadores, anticipando, no obstante, que se trata de una tarea pendiente de desarrollar con mayor precisión.

Quizá deba comenzarse por aquellas sociedades sobre las cuales no existe duda respecto a su imputabilidad: las sociedades cotizadas. En efecto, este tipo de empresas han desarrollado ya un mínimo de complejidad interna suficiente y son expertas en transparencia y buen Gobierno, que constituyen un reflejo, tal y como se señala expresamente en la propia ley, del principio de autorregulación empresarial y que institucionalizan los códigos de buen Gobierno, íntimamente relacionados con los códigos de cumplimiento efectivo del derecho penal empresarial estadounidense.

Sin embargo, más allá de este sector empresarial en el cual no se plantean excesivas dudas respecto de su idoneidad para la cuestión aquí debatida, lo cierto es que se torna más complicado delimitar claramente qué complejidad interna es necesaria para poder considerar que una organización empresarial es imputable en el derecho penal empresarial.

A la hora de establecer criterios que guíen el establecimiento de la imputabilidad jurídico-penal empresarial deberían tenerse en cuenta las siguientes indicaciones. Así, en primer lugar, y como se deriva claramente de lo expuesto, no se puede considerar determinante ostentar la personalidad jurídica en sentido tradicional. Desde este punto de vista, el hecho de que una organización empresarial se constituya como persona jurídica en derecho civil no implica, per se, que ostente personalidad jurídico-penal. Es decir, tanto en el derecho penal individual como en el derecho penal empresarial la personalidad jurídico-civil no implica la personalidad jurídico-penal.

De ahí que, como se ha señalado, ciertas personas jurídico-civiles —p. ej., las sociedades pantalla— no sean personas jurídico-penales. En segundo lugar, lo determinante a estos efectos es la existencia de una organización empresarial con una determinada autorreferencialidad interna, lo cual puede venir indicado en gran medida por la existencia de procedimientos operativos estándar en el seno de la empresa. Así, dichos procedimientos funcionan como premisas de decisión que dan cuenta de la sinergia y dinámica propias de la organización empresarial como tal.

En tercer lugar, concurrirán importantes indicios de la constitución de un verdadero actor corporativo cuando la condición de miembro de la organización empresarial venga determinado por las normas de la propia organización y la identidad corporativa se institucionalice a través de ciertas decisiones corporativas.

5. Consideraciones sobre la conveniencia político-criminal de establecer una imputabilidad jurídico-penal empresarial

Debido a la novedad que puede suponer distinguir entre personas jurídicas imputables e inimputables, podría llegar a concebirse que, de

esta forma, se estarían dejando fuera del derecho penal ciertas personas jurídicas de interacción habitual con la normativa jurídico-penal, por lo que, en consecuencia, dicha distinción sería político-criminalmente poco recomendable. Precisamente para evitar dicho tipo de pensamientos en lo que sigue, se finalizará esta modesta contribución con una serie de consideraciones respecto a la conveniencia político-criminal de establecer un criterio de imputabilidad en el seno del derecho penal empresarial.

El punto de partida, como ya se ha señalado, consiste en afirmar que al igual que no todos los individuos son imputables en el derecho penal individual, no todas las empresas pueden considerarse imputables en el derecho penal empresarial. A partir de ahí, la primera ventaja político-criminal es que la imputabilidad jurídico-penal se corresponde con un modelo originario de responsabilidad penal empresarial. Este tipo de modelo se caracteriza, como ya han puesto de relieve algunos autores, por la estimulación de la autorresponsabilidad empresarial.

Dicha estimulación se torna fundamental en el seno de una sociedad de riesgo en la que gran parte de sus riesgos característicos están sometidos al control quasi exclusivo de las organizaciones empresariales. En este sentido, el modelo de autorresponsabilidad penal empresarial facilita el control —descentralizado— del riesgo y la guía económica, dando respuesta a las necesidades sociales al mismo tiempo que respetando la autonomía empresarial.

La segunda ventaja político-criminal radica en que al estar vinculada la imputabilidad jurídico-penal con la capacidad de culpabilidad, la pena, caso de imponerse a organizaciones empresariales imputables, sigue manteniendo toda su significación jurídico-penal. Es decir, a diferencia de lo que ocurriría si se impusieran “penas” a, por ejemplo, sociedades pantalla carentes de cualquier viso de culpabilidad

propia, el significado comunicativo de la pena —restablecimiento comunicativo de la vigencia normativa— sigue manteniéndose cuando se refieren a organizaciones empresariales que tienen capacidad de generar una determinada cultura corporativa, que tienen una cierta presencia en la sociedad y que participan en el debate público sobre la conformación de las normas. Así, el mantenimiento de dicha significación comunicativa resulta fundamental a los efectos de distinguir, por ejemplo, entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador.

La tercera ventaja político-criminal consiste en la consecuencia lógica que se deriva de la imputabilidad: la existencia de penas —a imponer con base en la culpabilidad jurídico-penal empresarial— y de medidas de seguridad —regidas por el principio de peligrosidad—. Expresado de otra manera, el derecho penal empresarial puede conformarse como un derecho penal de doble vía, de manera que se puede contar con un catálogo de sanciones más amplio con el cual afrontar la actividad delictivo-empresarial de forma más adecuada. Así, con independencia de la conocida crisis del sistema dualista en la actualidad, lo cierto es que las peculiares necesidades de adaptación de las sanciones a la compleja naturaleza de las organizaciones empresariales hace que resulte aconsejable contar con un amplio elenco de medidas y sanciones regidas por principios distintos.

Por lo tanto, del contenido crítico de las reflexiones que se han expuesto al comienzo de este trabajo se ha extraído aquí, ante todo, la necesidad de que el modelo que rija el derecho penal empresarial sea, al igual que en el derecho penal individual, un modelo de autorresponsabilidad, de responsabilidad por la culpabilidad propia, y no de atribución de culpabilidad ajena. De ahí se deriva como corolario lógico la necesidad de distinguir entre organizaciones empresariales

imputables e inimputables a los efectos de determinar los criterios de imputación y el tipo de sanción a imponer.

Ello constituye un fiel reflejo de las matizaciones ya existentes en la sociedad moderna, donde no todas las empresas generan una determinada cultura empresarial o participan en la conformación de las normas. Por lo tanto, el derecho penal, si pretende garantizar la identidad normativa de una sociedad, debe tener en cuenta esta idiosincrasia de la sociedad empresarial actual en la que las organizaciones empresariales se constituyen como operadores jurídicos, económicos, políticos y sociales de primer orden.

Capítulo II

En torno a la Política Criminal Chilena

A. Reflexiones sobre Política Criminal y el rol del Ministerio Público.

De acuerdo a la Cuenta Pública de 2006, el Fiscal Nacional del Ministerio Público ha declarado que al modificar la Ley 20.074 el artículo 21 de la ley 19.640, Orgánica del Ministerio Público, estableciendo que el Fiscal Nacional en su cuenta pública podrá “sugerir las políticas públicas y modificaciones legales que estime necesarias para el mejoramiento del sistema penal, para una efectiva persecución de los delitos, la protección de las víctimas y de los testigos y el adecuado resguardo del derecho de las personas”, se “viene a recoger una de las recomendaciones formuladas por la Comisión de Expertos, que en el año 2003 sugirió diversos ajustes a la reforma procesal penal”, lo que “importa un explícito reconocimiento a la institución Ministerio Público como el órgano estatal más capacitado y experimentado en la problemática penal”, agregando que, “si bien el Ministerio Público elabora y ejecuta políticas propias de persecución penal, su misión hoy debe complementarse mediante propuestas que mejoren la actividad estatal de otros sujetos que intervienen en el proceso penal”.⁴

A nuestro juicio, y es lo que se formulará en adelante en este trabajo, las políticas públicas en materia penal, entendidas como *política criminal*, debieran comprender ciertas y determinadas cosas⁵, y una

⁴ Piedrabuena, G., “Séptima Cuenta Pública del Ministerio Público, Efectuada por el Fiscal Nacional, Dn. Guillermo Piedrabuena (Art. 21 de la Ley 19.640), 28 de abril de 2006”, en <http://www.ministeriopublico.cl/index.asp>, visitado el 20 de mayo de 2006, p. 47.

⁵ Una versión preliminar de esta visión se leyó en Santiago, el día 24 de enero de 2006, ante la Comisión de Políticas Criminales del Ministerio Público, por invitación del Sr. Fiscal Nacional. Cfr. Piedrabuena, G., “Quinta Cuenta Pública de Actividades del Ministerio Público, Efectuada por el Fiscal Nacional, Don Guillermo Piedrabuena Richard (Art. 21 de la Ley 19.640), de 26 de abril de 2004”, en <http://www.ministeriopublico.cl/index.asp>, visitada el 10 de enero de 2006, p. 34s. Allí se señala que: “El actual marco legal asigna al Ministerio Público la función de dirección de la investigación, de brindar

saludable y bien intencionada crítica a las propuestas realizadas por el Ministerio Público al respecto, esperamos contribuyan al mejor entendimiento de la cuestión penal desde el ángulo más pragmático que pueda escogerse, esto es, desde la persecución penal y la elaboración de la política criminal.

En los documentos preparatorios a la citada Séptima Cuenta Pública del Ministerio Público, y en contraste con la anterior posición oficial del Fiscal Nacional en materia de seguridad ciudadana, la Comisión de Políticas Criminales del Ministerio Público estimaba que la facultad entregada al Fiscal Nacional en el nuevo inciso final del Art. 21 de ley Orgánica del Ministerio Público, le otorga una “oportunidad histórica” de “hacer una propuesta sobre delincuencia, prevención y represión del delito, sugiriendo no sólo las áreas prioritarias, sino que también los medios idóneos, entre los cuales cabe destacar las modificaciones legales de carácter penal y/o procesal penal que se estimen necesarias para la obtención de los resultados propuestos”, esto es, una propuesta de *política criminal*, pero haciendo hincapié en el carácter técnico o neutro que debieran tener tales propuestas.⁶

En este concepto parecía asumirse implícitamente que los hechos constitutivos de delito son males que una sociedad democrática desea evitar, previniendo su comisión y reprimiendo a los responsables, con pleno respeto a las garantías constitucionales. Luego, uno podría suponer que el objetivo general de esas *propuestas de políticas públicas* sería, naturalmente, reducir esos males, esto es, proponerse lograr una

protección a las víctimas y testigos y la labor de sostener la acción penal pública, no así funciones cuyo ejercicio es previo a la comisión de un delito, como es el caso de las funciones ligadas a la seguridad ciudadana, que poseen un tinte claramente preventivo. Por lo anterior, el Ministerio Público no cuenta con facultades legales para hacerse cargo de este último tema”.

⁶ Comisión de Política Criminal del Ministerio Público, *Minuta Sobre el alcance de la modificación introducida por la Ley 20.074 al Art. 21 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, Noviembre de 2005*, no publicada, p. 8.

disminución significativa en la tasa de delitos que se cometen.⁷ Y que su carácter “neutro” o “técnico” radicaría en que la determinación de esos males que se pretenden evitar, esto es, de los hechos constitutivos de delito, sería competencia exclusiva de los poderes políticos que la Constitución establece.

Pero como no tienen relevancia aquí las medidas de prevención ajenas a las que puedan adoptar las personas que forman parte de las instituciones que componen el sistema penal, puede decirse que se trataría de establecer metas de reducción de la actividad criminal en áreas prioritarias (p. ej., los llamados delitos de mayor connotación social), en lugares (comuna, región, Estado) y tiempos (meses o años) determinados, explicitando las actividades a realizar y los medios que cada institución del sistema penal (Ministerio Público, policías, jueces, Gendarmería de Chile, Sename) debe emplear para lograrlas. De allí resulta que las políticas públicas en la materia forman una matriz donde la fijación de metas, prioridades, actividades y medios a nivel institucional debe desplegarse territorial y temporalmente, esto es, a nivel local, regional y nacional; y el corto, mediano y largo plazo, respectivamente.

Esta matriz es similar a la que se utiliza en elaboración e implementación de los Planes Regionales Anti Delincuencia, y por lo mismo les puede parecer una obviedad. Sin embargo, es útil pues permite poner en primer plano de la discusión algo que es esencial para que el Fiscal Nacional pueda legítimamente sugerir a los legisladores y al resto de las instituciones del sistema penal reformas legales procesales y penales y otras medidas de políticas públicas de prevención y represión del delito: fijar en su propia política de persecución criminal metas de reducción de la criminalidad, estableciendo la clase de delitos cuya incidencia estima prioritario reducir, el *quántum* reducción efectiva que

⁷ Para la discusión sobre el valor de las tasas de denuncias como indicador de la actividad criminal, Cfr. Matus, J. P.: “¿Por qué no bajan las tasas de criminalidad en Chile?”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXVI (2005), N° 1, pp. 67-92.

espera lograr, qué medidas se adoptarán local, regional o nacionalmente, cuáles medios han de emplearse en ello, y cuándo se espera conseguir los resultados propuestos. A falta de una política criminal propia explícita, la labor de sugerir a *otras instituciones* políticas públicas en materia de prevención y represión del delito carecerá de un punto de partida sólido y va a estar sujeta a una seria y muy fundada crítica.

En la idea de que a la política criminal corresponde “determinar los bienes jurídicos que deben protegerse y la forma como materializar dicha protección”, tenemos dos funciones claramente diferenciadas: por una parte, “determinar los bienes jurídicos que deben protegerse”, estableciendo en la Ley qué hechos se considerarán constitutivos de delito, labor entregada al legislador; y, por otra, determinar “la forma de materializar dicha protección”, función entregada parcialmente al Ministerio Público, en tanto órgano autónomo encargado de la investigación criminal y el sostenimiento de la acción penal.

Como estas atribuciones se ejercen tomando decisiones sobre en qué condiciones archivar o no los procedimientos, en qué casos otorgar a los imputados el principio de oportunidad, cuándo correspondería negociar una suspensión condicional del procedimiento, cuándo acceder a un procedimiento abreviado o uno simplificado, y cuándo seguir con el juicio oral hasta el final, en los hechos, todos los días y todos los fiscales adjuntos del Ministerio Público están tomando decisiones de *política criminal*, esto es, decisiones que hacen realidad la *política de persecución penal del Ministerio Público* y que suponen la existencia de criterios sobre cuáles delitos se estima prioritario perseguir, “con todo el rigor de la ley”, y cuáles no; en qué casos puede estimarse que un imputado no volverá a delinquir de llegarse a una salida alternativa y qué casos no; cuánto tiempo y recursos invertirá la Fiscalía en la investigación y sostenimiento ante los tribunales del caso o la policía en cumplir sus instrucciones; cuánta inversión en protección de víctimas y testigos es adecuada a la investigación en curso, etc.

Por las reglas que permiten a los Fiscales Regionales controlar ciertas decisiones estratégicas de los fiscales adjuntos y darles instrucciones particulares, reservando para el Fiscal Nacional sólo la posibilidad de dar instrucciones de carácter general, podemos asumir que existen dos niveles claves en la determinación de la política de persecución criminal del Ministerio Público: el nacional y el regional.⁸ La puesta en marcha de comisiones institucionales para hacer operativo el nuevo artículo 17a) de la LOCMP que, para los delitos “que generen mayor connotación social”, ha previsto dictar instrucciones generales diferenciadas por regiones en materias de salidas alternativas y diligencias inmediatas, puede ayudar a evitar la dispersión de criterios, pero el hecho de que se encuentren separadas de esta Comisión de Políticas Criminales podría originar decisiones contradictorias, que deben prevenirse, puesto que entre los objetivos que señala el artículo 17a) deben tener tales instrucciones no se encuentra la reducción de la actividad criminal, sino sólo “los señalados en la Constitución y las leyes”, que no son objetivos, sino funciones.

Antes de estas últimas modificaciones legales, el Fiscal Nacional, a través de sus Instrucciones Generales y Oficios ya había establecido (sin declararlo explícitamente) la *política nacional de persecución penal del Ministerio Público*, cuyo sello actual es “moderada maximización punitiva”, en el sentido de desestimular los “términos anticipados” y las llamadas “salidas alternativas” a favor de la obtención de sentencias como forma preferente de término, particularmente respecto de los delitos calificados por los sistemas de internacionales adoptados por el Gobierno como de mayor connotación social (especialmente, hurtos, lesiones, robos, homicidios y delitos sexuales), muchos de los cuales

⁸ Sin embargo, según como cada Fiscal Regional ejerza sus atribuciones y entienda la supuesta “autonomía” de los fiscales adjuntos, es evidente que pueden surgir políticas de persecución penal locales, sobre todo en las Regiones donde las distancias favorecen la toma de decisión sin control. Pero no podemos entrar ahora a analizar la existencia de estas políticas locales de persecución criminal.

equivocamente se califican, al interior del Ministerio Público, como “delitos menores”.⁹

A esta política nacional de persecución penal se superponen las políticas que cada Fiscal Regional adopta en las *metas de desempeño* que imponen a sus fiscales adjuntos, y en otras decisiones más sutiles y, por el momento, difíciles de explicitar, como la forma de organización interna de cada Fiscalía Regional, los recursos que se destinan a determinadas fiscalías locales, las funciones “especiales” que eventualmente se les asignan, y los premios y castigos que se distribuyen en las evaluaciones anuales de desempeño.

Pero, la reducción de la actividad delictiva no se encuentra entre los objetivos actuales de la política de persecución criminal del Ministerio Público y, por tanto, la eficacia en su gestión no se mide con relación a este parámetro. En realidad, según los énfasis que pueden verse en la Cuenta Pública del Fiscal Nacional de 2005, hasta el momento parece que el objetivo principal del Ministerio Público, a nivel nacional, ha sido dar pronto término a los casos, aumentando al mismo tiempo el porcentaje de “términos judiciales”, incluyendo un aumento en los juicios orales.¹⁰ Este énfasis repercute en la competencia entre las

⁹ Cfr. Matus, J.P.: “Criterios de actuación del Ministerio Público en materias penales. Recensión del texto ‘Reforma procesal penal. Oficios del Fiscal Nacional. Materias penales’. 2001-2004. Santiago 2005”, en *Ius et Praxis*, vol 11 (2005) N° 2, pp. 357ss. Sus aspectos distintivos son:

- a) Menor discrecionalidad para decretar el archivo provisional, obligando aun en casos de los equivocadamente denominados “delitos menores”, decretar una orden de investigar (viable o no) y una revisión global y periódica de los casos archivados (Oficio N° 096);
- b) Reducción de los casos en que es posible ejercer el principio de oportunidad, i.e., en el delito de receptación (Oficio N° 258) y todo aquél en que haya participado un funcionario público, sea o no delito funcionario (Oficio N° 551); imposición de exigencias especiales para ejercerlo, como considerar “el interés concreto de la víctima” en los hurtos (Oficio N° 258), o acuerdo escrito de ésta en los delitos contra la propiedad intelectual (Oficio N° 150);
- c) Desvalorización de la suspensión condicional del procedimiento, considerándola “no recomendable” en los delitos contra la propiedad intelectual (Oficio N° 150), “no aplicable” en los funcionarios (Oficio N° 551), en los sexuales donde son víctimas menores (N° 096) y, en general, ordenando a instar por ella “de manera reflexiva y selectiva” (N° 096)
- d) Preferencia por el procedimiento ordinario para evitar sorpresas derivadas de las facultades judiciales en los procedimientos abreviado y simplificado (N° 096).

¹⁰ Piedrabuena, G., “Sexta Cuenta Pública de Actividades del Ministerio Público, Efectuada por el Fiscal Nacional, don Guillermo Piedrabuena Richard (Art. 21 de la Ley 19.640), de 26 de abril de 2005”, en <http://www.ministeriopublico.cl/index.asp>, visitado el 2 de mayo de 2006, p. 8s.

diferentes Fiscalías Regionales por obtener los mejores resultados conforme a esos indicadores y así estar en mejor pie para obtener los recursos adicionales necesarios para profundizar los resultados obtenidos, como se trasluce de las informaciones de prensa que recogen las cuentas públicas de las Fiscalías Regionales de la Región Metropolitana del año 2006.

Es casi un lugar común afirmar que quienes están de alguna manera concernidos en la administración de políticas públicas vinculadas a la actividad criminal son más propensos a suponer que su aumento se debe a factores sociales o personales incontrolables y, al contrario, atribuirse como logro de su propia gestión el descenso en las tasas de delitos. Sin embargo, a pesar de que los factores a que se atribuye el aumento y la disminución de la actividad criminal son múltiples y de diferente origen, no son tantos como para renunciar a su estudio, ni tan ajenos a los estímulos creados por la propia comunidad que no existan ciertas posibilidades de control. La lista es corta y, sin duda, bastante estudiada, e incluye la situación económica nacional, las regulaciones sobre control de armas, la cantidad de policías por cada cien mil habitantes, las políticas de gestión policial tipo “tolerancia cero” y “policías comunitarios”, el aumento del tiempo de duración de las penas y de su gravedad, el número de personas en prisión, los cambios demográficos, los cambios en el mercado de las drogas ilícitas y las tasas de hijos no deseados.

De esa lista de factores, es evidente que se encuentra fuera del campo de acción del Ministerio Público adoptar políticas económicas, sociales y demográficas, aunque bien puede destinar recursos al estudio de su influencia en la actividad criminal. Tampoco le corresponde modificar la regulación legal del control de armas y, en general, de los delitos y las penas que se les asignan.

En cambio, aunque el Ministerio Público no puede fijar las plantas policiales, su propia política de persecución penal sí influye en el

factor relativo al número de policías disponibles y a la gestión de su actividad, puesto que el Ministerio Público utiliza recursos policiales en sus investigaciones y en la presentación de sus casos ante los tribunales, sería deseable que pudieran cuantificarse esos recursos (especialmente las horas-hombres), para poder determinar:

- a) la eficiencia de su uso en el éxito de las investigaciones; y
- b) el costo alternativo (en términos de reducción de las tasas de delitos) que ello tiene con relación a su distracción de las funciones de prevención situacional y del llamado “gestionamiento policial” (patrullajes callejeros, relaciones con la comunidad, vigilancia focalizada, etc.).

Pero donde más claramente parece que de alguna manera la actuación del Ministerio Público refleja la afirmación contenida en un documento de su Comisión de Políticas Criminales, según la cual, “en la actualidad, la separación entre prevención y represión del delito se ha diluido bastante”, es en relación con los factores vinculados a los tiempos de duración de las condenas y el número de personas cumpliendo penas privativas de libertad.

En efecto, según el modelo dominante en la criminología basada en estudios econométricos, al menos respecto de los delitos de motivación pecuniaria (hurtos y robos), que conforman el grueso de las estadísticas de los denominados “de mayor connotación social”, los resultados de la forma cómo el Ministerio Público sostiene la acción penal deben considerarse para cuantificar el costo relativo de la comisión de delitos en un tiempo y momento determinados, costo que, en tanto medida de la capacidad de *disuasión* del sistema penal, influye en la mayor o menor probabilidad de que esos delitos se cometan.

El modelo considera la aplicación efectiva de penas y el tiempo de duración de éstas, como costos que se toman en cuenta a la hora de decidir involucrarse en una actividad criminal. Según este modelo, existe

mayor probabilidad de inmiscuirse en una actividad ilícita cuando es menor el costo de hacerlo que de integrarse a actividades legales.

Puesto que el costo de integrarse a las actividades legales está regulado por la situación económica del país y el capital social que haya la persona, no está al alcance del Ministerio Público diseñar políticas para su control, y por tanto, para efectos de este análisis, debe considerarse una constante. En cambio, el costo probable del delito, que es una función del tiempo y esfuerzo dedicado a su comisión y de la sanción esperada, sí puede (y debiera) ser considerado en la política de persecución penal del Ministerio Público, dado que la sanción esperada es una función compuesta por la probabilidad de ser detenido por el delito, la razón que existe entre el número de detenidos y el de condenados por esa clase de delitos (mientras más se acerca esta razón a 1, más se aumenta el costo del delito), y la clase y duración de la sanción que efectivamente se aplica (mientras más tiempo duran efectivamente las penas privativas de libertad impuestas, más aumenta el costo del delito). Son estos dos últimos aspectos los que el Ministerio Público puede objetivar al establecer las *metas de desempeño* y otros estímulos, como una forma de diseñar una política de persecución penal orientada al propósito de reducir la actividad criminal.

Antes de seguir, quisiera hacer notar que el modelo descrito, por “economicista” que parezca, no es más que una modernización, en términos matemáticos y econométricos, de los planteamientos de Beccaria,¹¹ de quien es la afirmación de que “no es la dureza de las penas uno de los más grandes frenos de los delitos, sino la infalibilidad de ellas”, por una parte, y, por la otra, de Bentham, para quien “el valor de

¹¹ Beccaria, C.: *De los delitos y de las penas*, Cap. 27 (trad. de J.A. de las Casas), Alianza ed., Madrid, 1990, p. 71.

la pena no debe ser menor en ningún caso que el que es suficiente para compensar el beneficio del delito”.¹²

Por otro lado, si como se afirma por todos los estudios, la mayor parte de los delitos se comete por un grupo determinado de personas a una edad determinada (entre 18 y 40 años), mientras más tiempo personas de ese grupo se encuentren cumpliendo penas privativas de libertad, menos delitos podrán cometer. Este efecto de *incapacitación* es una *externalidad positiva* de las penas privativas de libertad que una política de persecución criminal orientada a la reducción del delito podría considerar, favoreciendo la obtención de penas efectivas de prisión y de la mayor duración posible dentro de los límites legales.

Sin embargo, aquí es necesario tener en cuenta también las *externalidades negativas* de las penas privativas de libertad, en tanto que su ejecución no es gratuita para la comunidad (deben proveerse cárceles, gendarmes, alimentación, etc.) y, además, genera en los reclusos fenómenos de desocialización importantes que, cuando son liberados, actúan aumentando sus probabilidades de volver a delinquir.¹³ Por lo mismo, en la fijación de *metas de desempeño* en relación a este aspecto debiera tomar cuidadosamente en cuenta el verdadero beneficio de largas penas privativas de libertad, del que debe descontarse los daños sociales que de ellas se derivan, los cuales parecen conducir a que, *marginalmente*, el beneficio sea mucho menos relevante que el de otras medidas, como aumentar el número de policías disponibles en tareas de prevención situacional.

¹² Cit. por Moreso, J. J.: *La teoría del Derecho de Bentham*, Barcelona 1992, p. 351, donde aparece, precisamente, en un capítulo que se denomina “análisis económico del Derecho”, y se vincula específicamente con las tesis de Becker y Posner.

¹³ Las tasas de reincidencia al año 1999 de los condenados reclusos en comparación con los de quienes son beneficiados por medidas alternativas hablan por sí solas de este fenómeno: 47,3% vs. 16,1% de los beneficiados con Libertad Vigilada, 20,2% con reclusión nocturna y 6,4% con remisión condicional (Fuente: Hofer, M.: “20 años de aplicación de la Ley N° 18.216”, en *Boletín Jurídico del Ministerio de Justicia*, N° 4-5 (2003), pp. 157-203, Cuadro N° 16 (p. 185)).

El análisis anterior también puede hacerse extensivo a las medidas cautelares, pues la prisión preventiva tiene, desde este punto de vista, los mismos efectos: *incapacita* para cometer delitos durante su ejecución, y su propia ejecución *desocializa* y significa importantes gastos fiscales, con la diferencia de que en tales casos no se ha constatado la culpabilidad del autor, por lo que los costos de desocialización son mayores, por la mayor probabilidad de que recaigan en personas que antes no estaban dispuestas a cometer delitos y podrían haber estado sujetas a otras medidas cautelares menos costosas.

Luego, para reducir los costos, parece aconsejable propiciar la ejecución de medidas con similares efectos *incapacitantes* pero menos costosas socialmente (como la vigilancia electrónica), y en caso de ser necesaria la prisión preventiva, reducir sus efectos desocializantes, reduciendo el tiempo de su ejecución, sea mediante el recurso a los juicios inmediatos, sea mediante investigaciones lo más breves posibles. Finalmente, cabe señalar que en el Documento del año 2004, sobre “Política Nacional de Seguridad Ciudadana”,¹⁴ se mencionaba al Ministerio Público como actor relevante en los objetivos de *aumentar la proporción de delitos resueltos*, y *desarrollar estrategias de persecución focalizadas en tipos de delitos, lugares o hechos reiterados*, lo que es coincidente con lo hasta aquí expuesto, con la sola salvedad que aquí se consideran vinculados también a la prevención del delito y no sólo a su control, como en el documento citado. Y en particular, respecto de la formulación de estrategias focalizadas de persecución penal, cuando son territorializadas, siempre se debe considerar que –como ya hemos dicho– sus efectos podrían llevar únicamente al desplazamiento de la actividad criminal a otros territorios y a competencias entre las diferentes Fiscalías

¹⁴ División de Seguridad Ciudadana: “Política Nacional de Seguridad Ciudadana”, Santiago 2004, pp. 44 y 46.

Regionales que no necesariamente producirán el mejor resultado social esperable.

Además, en el citado documento, se mencionan otros ámbitos donde la actuación del Ministerio Público incidiría en la prevención y control del delito, pero que no corresponden propiamente a la política de persecución penal del Ministerio Público, a saber: en cuanto a *prevención social*, participar en las *intervenciones en barrios vulnerables* (aunque no se identifica de qué forma); en lo que respecta a *prevención situacional*, perfeccionando la *atención de víctimas*; y en las tareas de *control*, se le asigna un rol no especificado en las labores de formación para la *modernización policial*; y en la implementación del nuevo sistema de *justicia penal juvenil*.

Como cuando en el Mensaje del CPP 2000 se afirmaba que el sistema penal inquisitivo que antes nos regía estaba “colapsado”, toda política pública de *mejoramiento* supone un diagnóstico en que, explícita o implícitamente, se señala que las instituciones que *debieran mejorar* no están cumpliendo a cabalidad con su parte en una tarea común (la “efectiva persecución de los delitos, protección de las víctimas y de los testigos, y el adecuado resguardo de los derechos de las personas”), sea por falta de medios materiales o personales, deficiencias de quienes deben ejecutar las labores que se pretenden mejorar o limitaciones de carácter legal para un mejor funcionamiento del conjunto del sistema penal.

En ese escenario, y tal como sucedió con la Reforma Procesal Penal, perfectamente quienes dirigen las instituciones eventualmente aludidas podrían sentirse habilitados para rechazar públicamente tales sugerencias, argumentando que no existen las deficiencias que se sugieren mejorar, que bastaba con que el Ministerio Público actuara coordinadamente con ellas (y que para esos están, por ejemplo, los Planes Regionales Antidelincuencia y sus Comités formados por representantes de la mayoría de las instituciones que forman parte del sistema penal), e

incluso, que las deficiencias que fundarían las críticas serían atribuibles a los propios fiscales del Ministerio Público, por desconocimiento de las instituciones aludidas y su funcionamiento o su propia impericia. A ello se debe agregar que, conforme a la “Política Nacional de Seguridad Ciudadana” y al Programa de Gobierno de la Presidenta Bachelet, se anunció la creación de un Ministerio de Seguridad Pública, con la finalidad de asumir la dirección superior en estas materias,¹⁵ y que, por lo mismo, podría estimar que las sugerencias autónomas del Fiscal Nacional podrían derivar en duplicidades y contradicciones innecesarias. A la fecha de este trabajo, el Ministerio de Seguridad Pública no se ha creado y no se ven señales de que el gobierno actual, el del Presidente Sebastián Piñera, lo cree.

Ya hemos señalado que para realizar sugerencias de políticas públicas para la represión y prevención del delito a otras instituciones, es necesario primero que el Ministerio Público fije explícitamente su política en la materia. Ello supone no sólo la elaboración de un documento que recopile y sistematice las políticas de persecución penal que actualmente se están implementando, sino, además, el estudio de los factores que llevan a la comisión de delitos y el diseño de los estímulos institucionales que deben disponerse para que los Fiscales del Ministerio Público logren los nuevos objetivos propuestos, junto con un detallado análisis de costos (directos y alternativos) y beneficios.

Pero también se requiere estudiar la naturaleza y funciones de las instituciones a que tales sugerencias se dirigen, de los recursos de que disponen y los que necesitarían para implementarlas, y del modo cómo su funcionamiento influye en los factores que determinan las probabilidades de comisión de delitos, y de los costos (directos y alternativos) y beneficios de las mejoras que se proponen.

¹⁵ División de Seguridad Ciudadana, *op. cit.*, p. 52.

Los documentos de la Comisión de Políticas Criminales del Ministerio Público enfatizan en el carácter “neutro” de las sugerencias de modificaciones legales que puede hacer el Fiscal Nacional. Sin embargo, parece que en el ámbito de lo penal las modificaciones legales que se propongan difícilmente podrían considerarse “neutrales”, a no ser que tuvieran por objeto únicamente la corrección de problemas de redacción o técnicos de una determinada norma, que hagan imposible su cumplimiento o inalcanzables los objetivos que el legislador se propuso. Pero para ello se debe tener precisa y clara noción de los objetivos del legislador, cosa no siempre al alcance de los operadores jurídicos.

Para poner ejemplos: ¿Podrá sugerirse la reinstauración de los delitos de vagancia y mendicidad, sobre la base de estudios que indiquen que entre vagos y mendigos se encuentran más personas dispuestas a cometer delitos que en otros grupos sociales, sin entrar derechamente a la “arena política”?; ¿Podrá sugerirse la eliminación de la audiencia de preparación del juicio oral sin que con ello parezca que se está favoreciendo la presentación de pruebas por parte de la fiscalía? Pero incluso si se presentase una sugerencia técnica y financieramente fundada para hacer operativas las medidas del Art. 155 CPP, sobre la base de dispositivos de vigilancia electrónica, que tenga en cuenta los mayores costos alternativos de mantener personas no condenadas en prisión preventiva, difícilmente la comunidad va a considerar “neutral” la decisión de adoptar o no tales dispositivos en el sistema penal, tanto por su propia naturaleza como si se consideran una verdadera alternativa a la prisión preventiva. Lo mismo sucederá si las sugerencias se refieren a medidas destinadas a la reinserción de los condenados o a las condiciones de su encierro. En qué medida se considere la reinserción de los condenados un objetivo socialmente deseable y cuántos recursos se destinen a ello parecen ser cuestiones de alta política y no necesariamente “neutrales”.

2. El bien jurídico protegido

Las consideraciones y reflexiones expresadas en la letra anterior, sirven de marco e introducción para abordar el escurridizo tema del bien jurídico que se desea proteger con la dictación, primero, y luego con la implementación de la Ley. Creo no exagerar si digo que es opinión unánime, que la doctrina alemana de derecho penal es de una altura intelectual incuestionable. Me arriesgo a aseverar que no hay hoy teoría general o especial del delito que no reconozca alguna o decisiva influencia de la doctrina alemana. Por ello y porque se hace necesario repasar de modo sucinto, pero exacto (para eso los alemanes son insuperables), paso a hacerme cargo de este tema, tomando en especial consideración la doctrina alemana y sus siempre actuales proposiciones. Como el tema del bien jurídico en delitos de tráfico ilícito de estupefacientes está ampliamente tratado, me limitaré a analizar lo que respecta a los otros dos delitos que la ley en comento sanciona: cohecho y financiación al terrorismo.¹⁶

2.1 Cohecho.

Cada vez que ocurre un escándalo de corrupción, se suscita una fuerte controversia en torno a la interpretación de los delitos de cohecho y hasta una que otra polémica en torno a la noción de “bien jurídico” o los “bienes jurídicos” de tales delitos.

Reducido a una breve síntesis, hay dos grandes opiniones. Conforme a una concepción, el tipo penal del delito de cohecho debiera proteger ante un “falseamiento de la voluntad estatal”. Según la otra, el objeto de tutela es “la capacidad funcional de la Administración del Estado”.¹⁷

¹⁶ Para un estudio completo sobre tráfico de drogas y bien jurídico, véase:

¹⁷ Cfr. *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11ª ed. 1969, p. 539.

De la primera opinión fue defensor *Eberhard Schmidt*, al cual secundó la mayor parte de la doctrina alemana. La tesis opuesta se convirtió en base de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal Alemán, que encontró apoyo en una serie de artículos de jueces y fiscales, aunque también *Hans Welzel* y *Horst Schröder* estuvieron de acuerdo con el superior tribunal.

Con arreglo a la primera concepción, el núcleo delictivo es la actuación administrativa *contraria* a deber, la cual, es indispensable como equivalente de la ventaja, y que entra en el ámbito del falseamiento de la voluntad estatal. Constituye un delito que se adelanta “lejos en el campo de la tentativa”, la intención de falsear la voluntad estatal en el momento de la aceptación, la exigencia o del hacerse prometer una ventaja, es suficiente, aunque también necesaria.

Por el contrario, el Tribunal Supremo Federal y *Schröder* en particular, quien trató de relacionar sistemáticamente los criterios desarrollados por la jurisprudencia, divisan en toda aceptación de ventajas, por tanto, con independencia de que la ventaja sea el equivalente de una acción conforme o contraria a deber, una puesta en peligro de la capacidad funcional de la Administración, a saber, por la perturbación de la confianza del público en la objetividad de sus decisiones. Con la apariencia de venalidad en las actuaciones funcionales *contrarias* a deber, sobrevendría una perturbación más fuerte de la confianza del público.

De estas definiciones contrapuestas sobre el bien jurídico, no se ha extraído en absoluto consecuencias respecto de todas las concretas cuestiones prácticas que periódicamente son objeto de controversia. En efecto, nada se puede obtener para este problema de las doctrinas reproducidas *supra* sobre el bien jurídico en los delitos de cohecho, ya que ambas suponen que esté esclarecido antes el alcance de la contrariedad a deber de la actuación funcional, sea como característica del falseamiento de la voluntad estatal, sea como elemento de

calificación de la perturbación de la confianza del público. En términos prácticos, las consideraciones relativas al bien jurídico recién cobran relevancia en la controversia acerca de si el funcionario, para realizar el tipo, ha de proponerse realmente la actuación funcional indebida –así, la “teoría del falseamiento de la voluntad estatal”, de *Eb. Schmidt*–, o basta la manifestación de este propósito, independientemente de que el autor lo aliente en verdad, dude todavía o lo simule – así, la “teoría de la puesta en peligro de la confianza”, postulada por el Tribunal Supremo Federal y *Schröder*, según la cual es suficiente la apariencia de venalidad de las actuaciones contrarias a deber.¹⁸

La discusión sobre los delitos de cohecho termina tan abruptamente como termina el escándalo que le dio origen, y la solución de las controversias teóricas queda pospuesta, sin convergencia de opiniones en los puntos controvertidos, tampoco el particular de la “esencia” de estas infracciones.

Hasta el momento, sólo fue común la convicción de que la “teoría del falseamiento de la voluntad estatal” tiene como consecuencia el reclamar la intención de cometer una acción contraria a deber, en cuanto presupuesto de la realización del tipo. Frente a ello, la “teoría de la puesta en riesgo de la confianza” llevaba a renunciar a dicho requisito.

Actualmente, esa convicción común es puesta en duda. La doctrina alemana confirma ampliamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal, en particular, con la nueva versión del párrafo 332, III, se deja en claro que el “mostrarse dispuesto” a la acción de servicio – por cierto, futura – contraria a deber, satisface ya el tipo del cohecho. Sin

¹⁸ El Tribunal Supremo Federal, en la sentencia de BGH 12, 146, en “Zum Rechtsgut der Bestechungsdelikte”, en: Stratenweth et al. (eds.), *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*, 1974, pp. 879 ss.– Traducción y notas del Prof. Dr. Dr. h.c. *José Luis Guzmán Dalbora*, antes de la fundamental decisión de BGH 15, 88, había negado la conexión continuada entre los cohechos simple y grave, puesto que entre los párrafos 331 y 332 no existiría la relación de un tipo básico con uno calificado; la actuación funcional conforme a deber, que presupone el § 331, excluiría la contraria a deber del § 332.

embargo, esto se aparta de la concepción sistemática del Tribunal Supremo y de su intérprete, *Schröder*, y trata de relacionar el régimen del párrafo 332, III, en su nueva versión, con el criterio del falseamiento de la voluntad estatal.

Ya la declaración de la disposición al acto ministerial contrario a deber implicaría el peligro – ostensiblemente, concreto – de un falseamiento de la voluntad estatal en el caso particular. Puede que en ello se tenga en mira que el funcionario, con la aceptación del regalo y la declaración de estar dispuesto, se expone a una situación opresiva tal, que pudiera verse precisado, pese a alentar la intención contrapuesta, a realizar finalmente la acción indebida, esto es, por temor a que se le descubra como corrupto. De suerte que la base argumental es, igualmente, la teoría del falseamiento de la voluntad estatal. Con ello surge la pregunta de si esta teoría explica con exactitud, *de lege lata* y *de lege ferenda*, el fundamento de la punición de los delitos de cohecho, por encima de la consideración antes comentada acierta con un criterio psicológico correcto y de relevancia estadística, o sólo se confirma la “sospecha” de que aquí se introduce solapadamente aquella facilitación de la prueba – al parecer, preocupante – que habían defendido sin rodeos jueces y fiscales a causa de las dificultades probatorias.

La teoría del falseamiento de la voluntad estatal ha sido sometida a una categórica crítica por Horst *Schröder*. La crítica de *Schröder* se apoya en la legalidad alemana vigente, su punto de partida, en principio, es positivista. *Schröder* extrae su primer argumento de que los delitos de cohecho y, por cierto, también el cohecho pasivo grave, no serían “delitos de determinación”, ya que incluso la recompensa posterior es suficiente para la realización del tipo.¹⁹ En virtud de esto, es

¹⁹ Esta es hoy una interpretación bajo todo punto indiscutible (de otro parecer, *Binding* [nota 8], pp. 712 y ss., y 727 y ss.), y es aclarada expresamente en los párrafos 331 y 332 del Proyecto de Ley de Introducción al Código penal (“ha emprendido una actuación funcional”). Sin embargo, y ostensiblemente bajo el influjo de la crítica de *Eb. Schmidt* a la falta de equivalencia de las modalidades de conducta

improcedente entender el cohecho como “venta de la voluntad estatal”. Con lo cual, empero, sólo queda demostrado que el delito parte de la base del principio *do ut des*, del falseamiento de la voluntad estatal a cambio de una ventaja. De ello nada cabe deducir en contra de la significación constitutiva del falseamiento de la voluntad del Estado.

Sin embargo, para *Schröder* es también decisivo otro argumento. Señala que, en sí misma, la actuación funcional contraria a deber, por tanto, el falseamiento de la voluntad del Estado, no es punible en general. En cambio, la aceptación de regalos para realizar una actuación ministerial conduce siempre a la punibilidad de la conducta, sólo que a una penalidad agravada cuando quiera que la admisión del obsequio se relaciona con una actuación indebida. *Schröder* deduce de ello que no es el falseamiento de la voluntad estatal, sino la aceptación de regalos, lo que está en el centro de los delitos de cohecho, y extrae aún como conclusión que tampoco es el concreto falseamiento de su voluntad, mas el peligro abstracto para la confianza en el aparato estatal, lo que debiera ser impedido por el tipo penal.

La primera conclusión de *Schröder* parece a primera vista convincente. Sin embargo, se le puede objetar que la forma más característica y riesgosa de falseamiento de la voluntad estatal ocurre precisamente en conexión con el otorgamiento de regalos. Es más, la hipótesis en que se basa esta objeción tendría en su favor cierta verosimilitud. En efecto, las actuaciones funcionales contrarias a deber pueden ser cometidas por motivos muy distintos. Con todo, y prescindiendo de investigaciones empíricas, parece que se puede destacar tan sólo dos grupos, a saber, el grupo del encubrimiento propio y aquel de la protección, sea para hacerse de una clientela, sea por solidaridad grupal. Los casos más importantes de encubrimiento propio, empero,

(Bestechungsdelikte, p. 91 [n. 92]), en el § 332, ap. III, del Proyecto se limita la punibilidad por cohecho grave a los casos en que el funcionario acepta una ventaja para realizar una actuación ministerial *futura*, cuando él se muestra dispuesto ya a infringir su deber o a dejar que la ventaja influya en sus facultades discrecionales.

pudieran ser abarcados ya por los delitos patrimoniales –incluyendo los delitos de funcionarios que los califican o complementan–, más allá de los cuales la posibilidad del encubrimiento propio mediante actuaciones ministeriales indebidas debiera ser más bien ocasional. En cambio, los casos de protección – comparados con el otorgamiento de la ventaja, que es relativamente unívoco – son en verdad de más difícil acceso, y su calificación, todo menos que indiscutible.

Sin duda que con esto la argumentación de *Schröder* no pierde plena plausibilidad, aunque sí contundencia. Por ende, hay que investigar si no es posible dirigir una crítica a la teoría del falseamiento de la voluntad estatal desde un punto de partida diferente. En vez de preguntar por la compatibilidad de una concepción sobre el bien jurídico con la concreta situación legal, hay que tratar de esclarecer qué es lo que significa realmente el falseamiento de la voluntad del Estado, qué objetos de tutela son lesionados con ello o si este último planteamiento es acaso por completo inadecuado.

Por lo pronto, en cuanto a las repercusiones del falseamiento de la voluntad estatal, no se puede discutir que a través de las actuaciones ministeriales contrarias a deber se crea “estados” que el ordenamiento jurídico desapruueba, o no se produce “estados” que el ordenamiento jurídico exige. Es más, con esto parece satisfacerse el concepto tradicional de bien jurídico – el bien jurídico como estado valorado positivamente –.²⁰ No obstante, de esta manera serían bienes jurídicos de los delitos de cohecho todos los objetos sobre los que influye en general la actividad de la Administración. Esto implica que pueden ser objetos protegidos tanto las más importantes realizaciones de fines del Estado,

²⁰ La caracterización de los bienes jurídicos como estados se deja remontar por lo menos a *Hirschberg*, *Die Schutzobjekte des Verbrechens*, 1910, p. 72, obra que está bajo el influjo de *Binding* y *Oppenheimer*. Esta fórmula, que surge con frecuencia en la historia dogmática, se encuentra por última vez, dentro de la bibliografía monográfica, en *Jäger*, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei den Sittlichkeitsdelikten*, 1957, p. 14: bienes jurídicos son estados sociales susceptibles de valuación, vulneración y protección.

como irregularidades mínimas respecto de disposiciones administrativas, lo cual es difícil de comprender.

Independientemente de este registro de asimetrías cualitativas y cuantitativas, se obtendría el curioso resultado de un objeto de tutela por entero inespecífico. Pese a que en parte alguna los representantes de la teoría del falseamiento de la voluntad estatal explican bien sus principios, cabe perfectamente suponer que contemplan semejante objeto de tutela tan poco como se considera el objeto involucrado en la disputa como bien protegido.

Y es que de un concurso ideal de los parágrafos 331 y siguientes con los parágrafos 346, 347 y 348 del Código penal, por ejemplo, se duda tan poco como de un concurso ideal entre el perjurio y la detención ilegal en autoría mediata o la estafa. Con esto, sin embargo, la estructura del fin de tutela de los delitos de cohecho experimenta un cambio fundamental. Luego, ya no son decisivas las repercusiones producidas por la conducta culpable, el haberse malogrado los concretos fines administrativos. Antes bien, decisivo es que la conducta de los funcionarios se aparta de la a ellos prescrita. Puesto que el principio de la administración conforme a la ley, en cuanto principio normativo, es “causalmente” invulnerable, existe tan solo una contradicción entre la conducta real y un principio normativo, contradicción ocurrida merced al contraste con una norma concreta.

En modo alguno se sigue de ello que, con arreglo a la teoría del falseamiento de la voluntad estatal, las normas en que se basan las figuras de cohecho exijan el testimonio de respeto ante el sombrero de *Gessler*.²¹

²¹ Cuenta la fábula que el cruel Hermann *Gessler*, nombrado gobernador de los cantones helvéticos de Uri y Schwytz por Alberto de Austria, hizo levantar en el pueblo de *Altdorf* una pértiga en cuyo extremo superior colgaba un sombrero rojo, para que quien pasara ante éste doblase la rodilla e inclinase la cabeza en señal de prestar acatamiento al emperador. La desobediencia sería castigada con la prisión y la muerte. Cuando Guillermo Tell se negó a ejecutar tal absurda prueba de sometimiento al tirano, *Gessler* en persona lo obligó a disparar con su ballesta el célebre flechazo contra la manzana colocada sobre la cabeza de su hijo. *Friedrich Schiller*, en el drama

Evidentemente, como sentido de los delitos de cohecho queda en pie, también según esta teoría, el funcionamiento de la Administración contra los peligros con que la amenaza la venalidad. De suerte que el punto de arranque de la definición de *Schröder* sobre el fin de la tutela, esto es, la tutela ante el peligro “abstracto” de la Administración estatal, se muestra acertado. Sin embargo, que esto haya de conducir a las consecuencias que él extrae, requiere un fundamental examen acerca de cómo una institución cual la Administración estatal en general puede ser protegida contra “peligros abstractos”.

Instituciones sociales e intereses individuales pueden ser considerados como los dos fines últimos de las reglas penales. Y ambos objetos de tutela se dejan reducir uno al otro: según la perspectiva que se adopte, las instituciones sociales aparecen como presupuesto de la satisfacción de los intereses individuales, o la satisfacción de intereses individuales, como presupuesto de la existencia de las instituciones sociales. Sin embargo, nada se consigue con semejante reducción; al contrario, debido a ella se desdibujan diferencias importantes entre los diversos fines de tutela que ordenan los grupos de delitos, diferencias que plasman también y de modo característico en la estructura de los tipos.

El problema de la protección penal de las instituciones queda más claramente de manifiesto al confrontarse con la configuración normal de la tutela punitiva de intereses individuales. Por lo común, un tipo encierra la última modalidad de lesión o, en su caso, peligro de un bien jurídico, en el sentido de una materia directamente vulnerable. Según el tipo, aquí como mínimo son tuteladas, no ya concretas posibilidades de acción, sino ciertas *potencias* para tales conductas. Estas potencialidades pueden ser biológicamente evidentes, como la vida o la salud. Sin embargo, también se puede tratar de la facultad de disposición sobre cosas, facultad

homónimo, inmortalizó la mítica gesta del héroe suizo. Saludar ante el sombrero ducal de Austria, o de *Gessler*, es expresión que significa todavía en los países germánicos una muestra de humillación, como también un puro saludo ceremonial.

garantizada mediante reglas sociales (por ejemplo, jurídicas), como ocurre en los delitos patrimoniales. Por cierto, con ello se alude sólo a los bienes jurídicos relativamente más simples. Cómo se llega a la delimitación de tales potencialidades, cómo se construye en esto la formación legal de conceptos penales a partir de la formación prejurídica y extrapenal de conceptos, no nos alcanza esta tesis para abordar aquello.

Lo decisivo, si se consigue definir esa potencialidad, es que para legislación e interpretación puede ser planteada la esclarecedora pregunta de si es posible que aquélla sea lesionada o puesta en peligro por el acto objeto de enjuiciamiento.

En cambio, la protección de las instituciones también puede tener lugar mediante la tutela de sus “potencialidades de acción”; por ejemplo, según el Derecho en vigor, en los delitos patrimoniales es indiferente que el autor afecte el patrimonio de un individuo o el del Estado. Sin embargo, la preservación y el funcionamiento de las instituciones, de sistemas sociales, quedan expuestos a riesgo en primer término por no observar los miembros del sistema y terceros las reglas sociales (normas sociales) que definen el sistema y aseguran su funcionamiento. Esto se puede mostrar con particular claridad en la puesta en peligro de la Administración por el cohecho y la venalidad. Los contactos corruptos de miembros del sistema (funcionarios públicos) con sujetos externos amenazan el orden interno, al crearle el peligro de que los miembros no se orienten según el ordenamiento de la organización y sus objetivos; se produce una “mezcla de intereses públicos y privados”, una amenaza para la existencia del sistema, porque los límites entre la Administración como sistema y su entorno, el público, no quedan marcados con nitidez. Simplificando, cabe caracterizar esta amenaza, “hacia adentro”, como un menoscabo del *ethos* ministerial de los funcionarios administrativos. Visto “hacia afuera”, los casos de cohecho amenazan la “confianza del público en la objetividad de las decisiones de la Administración”, o

expresado en términos sociológico-sistémicos, queda amenazada la disposición del entorno del sistema a “aceptar” tales decisiones.²²

La formulación sociológica permite ver con claridad la importancia de la “confianza” del público. Sin un mínimo de obediencia de los ciudadanos, la Administración estatal se desmoronaría; basta pensar que en contra de todos los actos administrativos que suponen una carga, se levantarían oposición y, en seguida, quejas. Puesto que la obediencia básica es condición funcional de la Administración, resulta que no se puede afirmar que erigir en bien protegido de los delitos cohecho la confianza en la integridad de la Administración, en vez de esta última, sería tan errado como considerar, en cuanto “bien jurídico” la protección de la confianza en la seguridad de la vida, en lugar de la vida misma. La merma de la confianza en la integridad de la Administración perjudica la disposición a aceptar las decisiones y, con ello, menoscaba directamente una condición funcional de la Administración estatal. En cambio, la confianza faltante en la seguridad de la vida conduce al peligro de la vida misma, sólo si se omite medidas encaminadas a preservarla o por decrecer el efecto de intimidación sobre potenciales autores. Pero esto implica que la conexión causal es precisamente la confianza menguante en la validez fáctica de la norma del tipo en comento.

Si, pues, se concibe las corruptelas – expresándolo abreviadamente – como ataques al *ethos* ministerial en cuanto condición de funcionamiento de la Administración y a la “disposición” del público a aceptar sus resoluciones, queda entonces la pregunta de cómo estos

²² Sobre la relevancia funcional del “*ethos* ministerial”, recientemente, *Böckenförde*, *Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung individueller Freiheit*, 1973, p. 26. El *ethos* ministerial tutelado merced al § 331, por tanto, la “pureza” del desempeño del cargo, en el sentido de que se actúa “por el deber” (cfr., al respecto, *Welzel*, *ZStW* 58 [1939], 511, nota 30 [p. 513]), admite bajo todo punto ser concebido como una condición positiva del sistema, no sólo como el “peligro” de incurrir además, posteriormente, en una desviación de la norma. Sin embargo, puede resultar dudoso que el planteamiento involucrado aquí tenga que ser necesariamente *ethos* y, por tanto, “motivación primaria” (cfr. *Luhmann* [nota 45], pp. 89 y ss.).

bienes jurídicos pueden ser lesionados. Ciertamente, ello no depende acaso de que la confianza en la integridad de la Administración quede perturbada a propósito del concreto socio en el cohecho, pues también aquel que ya no goza del menor crédito ante la Administración es destinatario o compañero idóneo del funcionario corrupto. En tanto que se trata del *ethos* ministerial de los funcionarios estatales, falta de antemano el “objeto concreto”. De ahí que en la concepción de *Schröder* sobre el bien jurídico, la confianza es entendida unívocamente como confianza del público. Sin embargo, este es también, con seguridad, un objeto causalmente vulnerable; sólo una errada idealización de representaciones reales puede ignorar su vulnerabilidad causal. Por otra parte, empero, según una opinión indiscutida no se trata aquí de un menoscabo efectivo, ni siquiera de un peligro concreto de esa confianza general. Lo propio tiene que valer, también, si se asienta el bien jurídico en el perjuicio del *ethos* ministerial.

2.2 Financiación al terrorismo.

En cuanto al bien jurídico protegido en delitos llamados terroristas, las profundas marcas que el terrorismo ha dejado en las sociedades modernas inevitablemente nos conduce a preguntarnos el por qué, a pesar de la severidad en las legislaciones, el terrorismo no se detiene. Tal vez porque durante siglos nos hemos dedicado a atacar sus consecuencias y no sus causas. Y en nuestro país, por no haber sabido comprender que el terrorismo es ante todo problema político y social, cuya comprensión no se agota en el estudio jurídico. De ahí que sea imposible examinarlo excluyéndolo de un análisis que haga referencia a la estructura general de la sociedad.

Desde los atentados de 11 de Septiembre de 2001, pasando por los de Atocha (11 Marzo 2002) y los de Londres (julio de 2005), la preocupación por la actividad terrorista se ha incrementado, lo que ha

significado un reforzamiento alarmante de la cooperación judicial y policial entre los Estados, principalmente en la Comunidad Económica Europea, Naciones Unidas y en la Organización de Estados Americanos, sin dejar de contar la legislación norteamericana. Las medidas adoptadas son el contenido de una nueva normativa internacional que, indudablemente, ha repercutido en las legislaciones nacionales transformándolas. Y nuestro país no ha sido ajeno a esta transformación, promulgando diversos tratados internacionales nacidos con posterioridad al 11 S1.

Cuando el jurista debe abordar el problema de su tratamiento jurídico, se encuentra con una suerte de anatematización del mismo que sólo lleva a confusiones que lamentablemente se traducen en el plano dogmático. Pareciera ser necesario aclarar que el terrorismo se caracteriza por el accionar violento, alejado de los canales democráticos de participación, y atacando derechos humanos fundamentales. Ahora, ¿cabe alguna función al Derecho penal en la búsqueda de una solución a la criminalidad terrorista?

El derecho penal no puede solucionar un problema que reside en la estructura misma de la sociedad, no obstante, ha de dar respuesta, y en esa respuesta ha de considerar que si el terrorismo es esencialmente contrario a los derechos humanos, la legitimación de la reacción penal frente al mismo exige el respeto a estos mismos derechos. El Estado debe adecuar su legislación a los principios del derecho penal de garantías, y en especial a los que se consideran su punto de partida: carácter de última ratio, principio de legalidad, principio de proporcionalidad en las penas, principio de la dignidad de la persona humana, entre otros. Atendido que ellas son insuficientes para hacer frente a la criminalidad que origina la sociedad del riesgo, cabría articular el derecho penal del enemigo, en el que coexistirían la imposición de penas privativas de libertad y la flexibilización de los principios político criminales y las reglas de imputación.

El eje central de la expansión y por ende del derecho penal del enemigo es la creación de un conjunto de normas penales que constituyen supuestos de criminalización, en el estadio previo a lesiones de los bienes jurídicos, con penas desproporcionadamente altas. Idea que fuera esbozada por Jakobs en mayo de 1985 en el Congreso de penalistas alemanes de Frankfurt, a través de su ponencia “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”.²³ Más tarde ha reformulado esta teoría y mejorado en otras publicaciones y se le han sumado autores que se alinean con la teoría estructural funcionalista de Luhmann.

Enemigo, en concepto de Jakobs es un ciudadano que por su posición, forma de vida, raza, religión o pertenencia a una organización, ha abandonado el derecho, no de forma incidental, sino duradera. Siendo así, no garantiza la más mínima seguridad cognitiva, déficit que expresa a través de su conducta, que lleva a la conclusión que al encontrarse palmariamente fuera del sistema no tiene derecho a gozar de todos los beneficios como si fuera una persona. El enemigo es, por tanto, una no-persona, y esto porque al no aceptar el orden social constituido, en otras palabras, al estar fuera del Pacto Social, ya sea porque nunca ha estado (Hobbes) o porque habiendo estado en él salió de él (Rousseau) deja de tener el status de persona, supuesto que este status se adquiere en la medida en que se ha firmado y se cumple con dicho Pacto Social. Se convierte, a decir de Lesch, en una criatura animal, por tanto, el Estado no tiene obligación de respetar sus derechos. En el fondo, y como señala Rousseau, o es el Estado o son los enemigos. En sus palabras: “La conservación del Estado es incompatible con la suya (la del malhechor); es preciso que perezca uno de los dos, y cuando se hace morir al culpable, no es tanto como ciudadano cuanto como enemigo”.²⁴

²³ Esta ponencia se publicó más tarde con el mismo nombre en JAKOBS, ünther. *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: UAM Ediciones, Civitas S.A., 1997.

²⁴ ROUSSEAU, Jean Jacques. *El Contrato*, p. 76.

Esto justificaría la existencia de un Derecho Penal para Ciudadanos y un Derecho Penal, distinto, para los enemigos, el que se caracteriza por:

- a) Un amplio adelantamiento de la punibilidad;
- b) El aumento exagerado de las penas, o en otras palabras, la anticipación de la barrera de protección penal no es considerada para reducir, en correspondencia, a la pena amenazada;
- c) Determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas.

De esta forma, el Derecho penal del enemigo, sobre la base de una verdadera legislación de guerra, justifica e intenta legitimar la estructura de un derecho penal y procesal sin las clásicas garantías. Pues bien, este constructo teórico, después de los atentados de 11 S, ha cobrado su máximo vigor, ampliándose el catálogo de enemigos tradicionales. Ya no sólo son los terroristas, los narcotraficantes y los inmigrantes “terroristas”, sino que ahora lo son también los inmigrantes ilegales (a secas), los grupos antiglobalización, y todo aquel que disienta del modelo neoliberal.

El derecho penal del enemigo no es sino una reformulación del derecho penal de la emergencia en una versión mejorada, una manifestación más de la “cultura de la emergencia” que se ha dado en torno al tratamiento jurídico del terrorismo. El problema es que ahora esa emergencia penal cuenta con un sustento doctrinal que legitima un tratamiento diferenciado para con los “enemigos” de la democracia, con lo cual se fortalece el empleo de la legislación de guerra. Y bien sabemos que la emergencia penal ha sido desde siempre utilizada políticamente por los Estados para ejercer un control social severo frente a conductas que atacan los intereses de quienes detentan el poder político.

Lo anterior ha puesto muchas veces en jaque a los sistemas penales, y los seguirá poniendo en la medida en que se continúe en esta senda de legitimar excesos en la reacción penal. Y ello porque si examinamos sus

fundamentos filosóficos, veremos que la idea de un derecho penal de enemigos, es incompatible con un Estado democrático, ella sólo puede tener lugar en el contexto de un Estado Absoluto en el que tenga plena aplicación el concepto hobbesiano o rousseaiano de persona.

Compartiendo la idea de Zaffaroni: “Las racionalizaciones de la doctrina penal para ocultar la admisión de la categoría de enemigo en el derecho penal, leídas desde la teoría política, son concesiones del estado liberal al estado absoluto que debilitan el modelo orientador del estado de derecho, que es la brújula indispensable para marcar la dirección del esfuerzo del poder jurídico en su tarea de permanente superación de los defectos de los estados de derecho reales o históricos”.²⁵

En el caso de Chile, ¿será correcto legislar sobre el terrorismo amparándonos en el modelo del enemigo, un modelo que no hace sino deslizarnos por la peligrosa pendiente del autoritarismo, propia de regímenes autoritarios como aquel que nos asoló durante 17 años? ¿Quién es hoy el enemigo entre nosotros? No estaría demás recordar a quienes se ha estado aplicando esta legislación de guerra desde 1998 en adelante: a individuos pertenecientes al pueblo mapuche. En efecto, los tribunales orales en lo penal han aplicado con largueza la ley 18.314, a los actos de violencia social desplegados por estos grupos, con las consiguientes y graves restricciones en materia procesal. Ej. Testigos sin rostro, ampliaciones en los plazos de detención, todo lo cual ha ameritado al menos alguna denuncia ante la CIDH.²⁶ Recordemos el citado caso de los Lonkos *Aniceto Norín y Pascual Pichún*, condenados a la pena de 5 años y 1 día por el delito de amenazas terroristas, y otros tantos sujetos condenados por delitos de incendios terroristas a la pena de 10 años y 1

²⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El enemigo en el Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar, 2006, p. 13.

²⁶ Caso Víctor Ancalaf. Véase: Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción de 4 de junio de 2004. El caso fue elevado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, estando su resolución todavía pendiente.

día de privación de libertad, por la quema de pastizales y bosques de pinos y eucaliptos. Nuestra ley de conductas terroristas actual (18.314) obedeció a un proceso de reforma legislativa que se dio al inicio de la transición democrática. La ley 19.029 –parte del paquete legislativo denominado “Leyes Cumplido”- reformó sustancialmente la ley de conductas terroristas, depurándola de su extremo objetivismo y exigiendo para la configuración de los tipos penales de terrorismo, la presencia de elementos subjetivos en el tipo.

Sin embargo, y a pesar de este avance (entre otros) y producto de la concepción del gobierno en ese entonces, relativa a que el terrorismo no es una ideología, sino un “método de acción criminal, al cual pueden recurrir los extremismos de derecha, izquierdas, fanáticos, religiosos”, como reza en las actas de debate parlamentario, se optó por no considerar la finalidad política, elemento crucial y que permite no convertir al terrorismo en el cajón de sastre de otras conductas delictivas. Por otra parte, y producto de esta concepción, y en lo que dice relación con el tipo objetivo, no considera a la organización terrorista como elemento integrante de lo injusto penal, sino simplemente como el delito autónomo de asociación ilícita terrorista. En circunstancias que, como se señalará, es la organización la que cualifica la violencia.

Tengo la impresión de que los delitos de terrorismo -y no “delitos terroristas”- deben seguir existiendo como delitos de *nomen iuris* propio. Porque tienen un desvalor de injusto que excede al de los delitos comunes, al atacar antes que nada, un bien jurídico colectivo, que en esta opinión, no es otro que el *orden constitucional democrático*.

Para proceder a la tipificación de delitos de terrorismo, debemos partirse por su caracterización, en el plano sociológico e histórico, para luego poder llegar al menos a los elementos relativos a un concepto jurídico. Sabemos que la tipificación de delitos exige claridad en torno al bien jurídico protegido. En nuestra interpretación, el objeto de tutela penal presenta un carácter dual: por una parte bienes jurídicos

individuales y, por otra, bienes jurídicos colectivos. Estos últimos pueden deducirse:

1. De su ubicación sistemática: “Delitos contra el orden público”. Concepto por lo demás amplísimo.
2. De los elementos subjetivos contenidos en el Art. 391. Por una parte, la finalidad de “intimidar a la población o un sector de ella” parece identificar el objeto de protección penal con la seguridad pública, similar a “tranquilidad pública” u “orden en las calles”. Por otra parte, la finalidad de “arrancar resoluciones a la autoridad o imponerle exigencias” parece revelar que el bien jurídico protegido es “la seguridad interior del Estado”.

Para determinar cuál es en definitiva el objeto de tutela penal en los delitos de terrorismo, debe partirse de los criterios trascendentalistas en los que el bien jurídico gira en torno a la persona humana como ente social, en una sociedad democrática, y en este sentido, el contenido material del bien jurídico está determinado por la presencia de relaciones sociales concretas y dialécticas o en conflicto. Contenido material que a su vez está guiado por un criterio de valoración, el que se circunscribe a los derechos humanos, entendidos como necesidades humanas, cuya determinación es social e histórica, y por tanto, sujeta a revisión. La adopción de este criterio de valoración resulta de especial importancia tratándose de los delitos de terrorismo ya que su característica esencial es precisamente la vulneración de los derechos humanos. Gran parte de ellos están positivizados en la Constitución, a través de la consagración de las garantías individuales, y dentro de estas garantías, en una sociedad democrática, se encuentra la de la participación ciudadana a través de vías o cauces legales que, en todo caso, han de ser materiales y no meramente formales. Es esto lo que en definitiva, el terrorismo no respeta, y en lugar de utilizar los cauces institucionales “materialmente” garantizados, utiliza como método de lucha política una violencia indiscriminada, pretendiendo, sobre la base del miedo o la intimidación,

que la población o un amplio sector de la misma adhiera a sus postulados políticos. Se trata de la imposición, por la fuerza, de una determinada posición ideológica, en sentido amplio, que afecta o potencialmente afectaría a personas indeterminadas. Luego, el bien jurídico de naturaleza colectiva que resulta objeto del ataque no es otro que el ordenamiento constitucional democrático originado en la manifestación de la voluntad popular. De ahí la importancia de considerar o valorar el elemento político en el injusto penal. Optamos por el ordenamiento constitucional democrático, ya que desde el punto de vista sustantivo penal, no veo otra manera de llegar a una delimitación del objeto de tutela penal más acorde con los postulados básicos de un derecho penal del hecho, y que exigen el cumplimiento de los principios de legalidad, taxatividad, certeza o determinación, seguridad jurídica y exclusiva protección de bienes jurídicos, entre otros.

Por otra parte, la referencia a un bien jurídico colectivo “determinable” (mucho más que la alteración de la paz pública o el genérico concepto de orden público) permite que se construyan tipos penales de peligro concreto en relación a ese bien jurídico y no en relación al bien jurídico individual (que llevaría a la construcción de tipos de peligro abstracto). Así las cosas, si bien el objeto material del delito, el substrato empírico del bien jurídico, aquello sobre lo cual recae directamente la conducta del agente son bienes como la vida, la integridad física, la salud o la libertad de las personas, esto no significa que el tipo penal deba agotarse en la lesión de los mismos, sino que basta que los actos realizados por el agente tengan materialmente la capacidad de alterar el ordenamiento constitucional democrático.

En cuanto a los bienes jurídicos individuales que se ven afectados por la comisión de los delitos comunes a través de los cuales se expresan los delitos de terrorismo (por eso se les llama delitos de forma libre), pienso que deben restringirse a la vida, la integridad física y la libertad, descartando el derecho de propiedad, en cuanto no afecte o ponga en

peligro esos otros bienes jurídicos de mayor entidad. Si bien la propiedad aparece consagrada en el Art. 19 n° 24 de la Constitución, lo que podría indicar que ella es un derecho humano fundamental, dejará de ser uno de aquellos derechos humanos dignos de tan agravada protección como lo es a través de la legislación antiterrorista, tan pronto como pueda comprobarse que la propiedad está ya adecuadamente protegida en la legislación penal.²⁷ En efecto, el derecho de propiedad cuenta con una amplia gama de tipos penales destinados a su protección en la legislación penal común o especial, algunos de los cuales cuentan con correlatos en la legislación antiterrorista, como los incendios. Tales delitos ya aparecen con penas suficientemente altas en la legislación penal común. A nuestro juicio, el derecho de propiedad sólo debe protegerse en estos delitos en cuanto no lesione o se ponga en peligro (concreto) otros bienes de mayor entidad, como la vida, la integridad física, la salud de las personas. De la redacción de los Arts. 391 y 392 se deduce que el concepto de terrorismo gira en torno a la existencia de tres elementos: 1. Elemento teleológico relativo a la finalidad perseguida por los autores; 2. La utilización de medios extremadamente dañosos; y 3. Para atentar contra bienes jurídicos que se presentan de manera dual: bienes jurídicos individuales y colectivos. En cuanto al elemento teleológico relativo a la finalidad perseguida por el autor, éste se configura como elemento subjetivo en los tipos penales (Art. 391). A diferencia de la legislación comparada -por ejemplo española- el elemento teleológico no es claramente político sino que se relaciona más bien con la idea de tranquilidad pública (intimidar a la población o a un sector de ella, Art. 391 n°1), aludiendo a los efectos resultados de terror o alarma pública, efectos que no son privativos de este tipo de delincuencia. En todo caso, debe tenerse presente que- como señaló el legislador en el debate que precedió a las leyes cumplido- debe

²⁷ E incluso “sobre protegida”. Compárese la pena mínima del homicidio (3 años y 1 día) con la pena del delito de robo con fuerza en las cosas (5 años y 1 día).

tratarse de una acción indiscriminada, porque precisamente esto es lo que le da su carácter de contrario a los derechos humanos.

Sin embargo, el Anteproyecto no se pregunta el para qué de la finalidad de atemorizar a la población a través de esta acción indiscriminada. El terrorismo se caracteriza por su intento de someter a un sector o toda la población para que sobre la base del miedo adhiera a determinadas concepciones políticas. Por eso, el terrorismo tiene una finalidad política, objetivo que se persigue a través de la utilización de otra finalidad provisoria, o instrumento si se quiere, que es la de causar temor en un sector o parte de la población, y que utiliza métodos de acción indiscriminados sin reparar en las eventuales víctimas. Insistimos en reconocer relevancia a la finalidad política no dificulta la comprensión de los tipos penales ni tampoco obliga a aplicar el tratamiento benigno propio de la delincuencia política, esto es, no conduce a una atenuación de las penas.

Aquí no se están sancionando ideas, sino que actos que atentan contra la convivencia democrática, que afectan a la sociedad en su conjunto, actos que se materializan en la comisión de delitos comunes que en su realización provocan un daño indiscriminado. Lo que se sanciona es un delito común que forma parte de la táctica de una organización, y cuya estrategia consiste en obligar a la comunidad a adscribir a una determinada idea política sobre la base del temor. Por el contrario, el no reconocer relevancia política al terrorismo, y crear tipos penales solo sobre la base de los medios especialmente dañosos empleados y la finalidad de causar temor, terror, o alarma pública conlleva el peligro de extender la punibilidad hacia otras formas de violencia, distintas del terrorismo, suponiendo además una infracción al principio de lesividad, que hace radicar el fundamento de los delitos en la exclusiva protección de bienes jurídicos. En los delitos de terrorismo este bien jurídico, como

se ha señalado, tiene una naturaleza colectiva: el ordenamiento constitucional democrático.

Capítulo III

Ley Chilena de Responsabilidad Penal de la Empresa

1. Antecedentes

Por causas reconocidamente políticas, el Poder Ejecutivo envió al Congreso Nacional un proyecto de Ley “express”, con el fin

de establecer por primera vez en Chile la responsabilidad legal penal de las personas jurídicas, A través de un mensaje en el que se señala como antecedente el creciente interés de la comunidad internacional por regular esta clase de responsabilidad, se expresó la voluntad de crear normas realmente eficaces para la prevención, represión y disuasión de delitos vinculados al narcotráfico, terrorismo y corrupción.²⁸ Ciertamente es que Chile había asumido compromisos de regulación en estas materias con mucha anterioridad, pero sin haberlos materializado. La verdad es que la urgencia por contar con una herramienta legal obedeció más bien a la cercanía de la fecha en que la OCDE resolvería la inclusión de Chile a este organismo en calidad de miembro pleno y a la premura con que el Ejecutivo gestionó el proyecto, más que a una sincera convicción sobre su conveniencia. Como quiera que haya sido, la ley, como se verá a continuación, significa un paso adelante en la modernización de nuestra legislación y una puesta a tono con los estándares de países desarrollados, pero siempre la impaciencia nos pasó la cuenta.

Sí es necesario enfatizar que Chile era hasta antes de la promulgación de esta ley, un deudor internacional en materia penal, en virtud de las directrices establecidas por la Oficina de las Naciones Unidas sobre Drogas y Crimen, como el deber de tipificación de

²⁸ PROYECTO DE LEY QUE ESTABLECE LA RESPONSABILIDAD LEGAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LOS DELITOS DE LAVADO DE ACTIVOS, FINANCIAMIENTO DEL TERRORISMO Y DELITOS DE COHECHO QUE INDICA, MENSAJE N° 018-357, aprobado definitivamente como Ley que ESTABLECE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LOS DELITOS DE LAVADO DE ACTIVOS, FINANCIAMIENTO DEL TERRORISMO Y DELITOS DE COHECHO QUE INDICA, DE 02 DE DICIEMBRE DE 2009: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1008668&buscar=20393>

delitos sobre tráfico de drogas y lavado de dinero principalmente, el comiso de bienes producto de dichos delitos y de los que los sustituyan, el establecimiento de medidas para hacer efectiva la responsabilidad de las personas jurídicas por su participación en dichos delitos, y la adopción de reglas que favorezcan la delación compensada como eximente o atenuante de la responsabilidad, igualmente hay que poner énfasis en la falta de experiencia en la regulación criminal empresarial, que difiere en la forma y en el fondo de la técnica legislativa en relación con otros tipos de delitos.²⁹

Los diferentes tratados y acuerdos internacionales suscritos por Chile, y por otros tantos estados, contemplaron en sus respectivas cartas mecanismos de implementación interna, estableciendo tiempos, procedimientos y consecuencias, con el fin de fiscalizar el efectivo cumplimiento de los deberes asumidos, yendo más allá que la antigua fórmula de la autoexigencia y control sujetos a la censura o aprobación internacional.

En tal sentido, las llamadas técnicas tradicionales de control, como el deber de informar periódicamente acerca de los avances en la implementación, o la de mandar a un organismo internacional con el mismo objeto, dotándole de facultades, asesoría legal, capacitación a los operadores jurídicos, se complementan con técnicas modernas que en definitiva son la de misiones permanentes en el país de que se trate. De este modo, la técnica “presencial” busca hacer efectiva la buena voluntad de concretar los acuerdos, da celeridad, reportes directos y confiables y seguimiento.

²⁹ Véase la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003.

El proyecto recoge esta tendencia y se plantea metas posibles. En primer lugar porque declara no pretender hacer efectiva una verdadera responsabilidad penal de las empresas, sino el establecimiento de un estatuto jurídico que señale sanciones “eficaces, proporcionales y disuasivas, incluidas sanciones monetarias”.³⁰

Sumariamente se podría decir que el sistema actual de responsabilidad aplicable a los actos típicamente sancionados por leyes de responsabilidad criminal de las empresas, no es ni disuasivo, intimidatorio ni eficaz, más aún, por la existencia de penas blandas, el incentivo para cometer delitos es alto. Así, el lavado de dinero, el financiamiento de terrorismo y el cohecho, quedan en los hechos fuera del alcance la justicia, propagando su daño social de modo impune y aun precio muy bajo. Sanciones civiles, administrativas o laborales a las empresas dejan, por lo demás, a buen resguardo la responsabilidad personal de las personas naturales que materialmente cometen los ilícitos, de modo que la estructura empresarial resulta un buen corta fuego contra la ofensiva social por detener estos ilícitos.

Si las sanciones propias de una ley de responsabilidad penal, afectan el patrimonio de la organización social o la existencia misma de ésta, y con ello el patrimonio de las personas naturales propietarias de estas empresas, el incentivo por escuchar más atentamente la voz de las leyes será mayor y su fin de prevención más eficaz. En ese sentido, la iniciativa legal y el sistema jurídico que se construya alrededor de ésta, debiera comenzar por reconocer las deficiencias del sistema actual, tender a su remedio mediante penas verdaderamente intimidatorios, llegar incluso a la disolución social, sin reiniciar a

³⁰ Art. 10 de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000.

perseguir la responsabilidad personal de los autores personas naturales. La nomenclatura de “legal” o “penal”, es indiferente, lo sustancial es en qué se traducirá concretamente dicha responsabilidad.³¹

Desde luego, teniendo presente la ya antes dicha tendencia internacional a penalizar conductas corporativas, el problema derechamente se ha centrado en la forma de hacer efectiva la responsabilidad penal empresarial, tratando de responder a la pregunta de cómo hacerlo, ya no a si es conveniente o no hacerlo.

En primerísimo lugar, tanto o más que en otras materias legales, debe guardarse mucho respeto por la armonía del sistema jurídico penal general y especial. Tanto en el ámbito de los conceptos, como en relación con principios penales suficientemente afianzados, no debe haber distancia entre el estatuto en estudio y el resto del sistema penal.

De más está decir, que pese a la urgencia que tuvo la tramitación del proyecto, era esperable que se eludiera la tentación de trasvasijar el modelo comparado, cualquiera sea, en molde nacional más o menos innovador, pero en la esencia igual, aún considerando la uniformidad conceptual del derecho penal a lo largo y ancho del planeta. No sólo debe haber respeto por la tradición jurídica, es más preocupante todavía que los nuevos delitos respondan a un modelo de cultura que se corresponda con los tipos descritos, de modo de hacer

³¹ Véase ROBLES PLANAS, Ricardo, "Comentario. El "hecho propio" de las personas jurídicas y el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008", *InDret* 2/2009, pp. 1-12. Sostiene que la persona jurídica no posee libertad y por ello carece de voluntad y culpabilidad (p. 6).

más posible su interpretación, aplicación y sanción por parte de los tribunales.

El proyecto de Ley chileno y su texto definitivo, recoge un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas que responde a las actuales tendencias del derecho norteamericano y europeo, particularmente, del italiano, centrado en obtener la colaboración de las empresas en las labores de prevención del delito, mediante el establecimiento de lo que denomina modelos de organización, administración y supervisión, cuya efectiva implementación debería ser suficiente para que las personas jurídicas no se vean expuestas a sanciones de carácter penal.

Este es un sistema que no atribuye directamente responsabilidad penal a las personas jurídicas por los delitos cometidos por personas naturales a su servicio ("*sistema vicarial*"); ni asume la creencia de que ellas se gobiernan con total autonomía de las personas naturales que toman decisiones y las ejecutan, sino establece las condiciones en las cuales, de cometerse un delito, la persona jurídica interesada en su realización ha de responder penalmente, esto es, con sanciones efectivas, proporcionales y disuasivas. Y esas condiciones son, básicamente, la atribución de obligaciones de supervisión y dirección en orden a la prevención de las actividades delictivas y, por lo tanto, de implementación de modelos o programas de prevención, cuya ausencia o defectuosa implementación permite la imposición de sanciones de carácter penal a las personas jurídicas.³²

³² Para una síntesis de los sistemas de responsabilidad penal empresarial, véase NIETO, Adán, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid: Iustel, 2008, pp. 85-214.

Luego, el aspecto principal de esta forma de abordar el problema es la extensión de los conocidos programas de *responsabilidad social de la empresa*³³ a la prevención de los delitos que pueden favorecer las formas de organización actuales -muchas veces organizadas en función únicamente de la obtención de resultados, sin atención a los medios empleados-,³⁴ pero que no son necesarias ni propias de la actividad empresarial, ni mucho menos un "mal" que se deba "tolerar" para obtener buenos resultados. Estos programas de *responsabilidad social* ya existen en muchas empresas nacionales y, en lo que respecta a los *programas éticos de prevención de delitos*, son impuestos por la regulación norteamericana a todos los empleados de las más importantes empresas multinacionales.

Al respecto, el Mensaje establece no sólo la *imposibilidad* de perseguir criminalmente a una empresa que haya "adoptado e implementado eficientemente modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos" (art. 3º, inc. final); sino que, *aáemás, facilita* la adopción de tales "modelos" mediante la dictación de un Reglamento que determine sus aspectos básicos (art. 4º).

Luego, sin perjuicio de las propuestas de perfeccionamiento, debe considerarse este sistema de atribución de responsabilidad, que

³³ Véase al respecto las informaciones disponibles en BALTERA, Pablo y DÍAZ, Estrella, "Responsabilidad social empresarial: Alcances y Potencialidades en Materia Laboral ", *Cuaderno de Investigación N° 25 (División de Estudios de la Dirección del Trabajo de Chile)*, 2005.

³⁴ El carácter "estructural" del delito de empresa, favorecido directa e indirectamente por determinadas prácticas y formas de organización (división del trabajo, compartimentabilización de la información, subordinación y jerarquía, etc.) cuando se omite todo control ético o legal del actuar de los miembros de la empresa, se encuentra suficientemente documentado en la experiencia internacional, como puede verse en NIETO, *La responsabilidad penal*, cit. en nota 29, pp. 38 a 42, con numerosas referencias bibliográficas a autores alemanes, españoles y norteamericanos.

permite eximirse de la misma mediante la adopción e implementación efectiva de "modelos de organización" o planes de prevención, el núcleo de la propuesta del Ejecutivo y la mayor fortaleza de la misma. En efecto, ella permite al mismo tiempo, por una parte, responsabilizar a las organizaciones empresariales en la prevención del delito; y por otra, reservar las medidas penales como auténtica *ultima ratio*, sólo para aquellas organizaciones que no están dispuestas a colaborar en esta tarea común, o que sólo "aparentan" colaborar con ella, mediante la adopción formal de documentos escritos, sin su implementación efectiva.

2. Análisis.

El siguiente análisis se construye sobre la base del articulado definitivo de la Ley, y respecto de sus normas más relevantes, casi todas las sustantivas, dejando para un estudio de carácter procesal penal las que tienen relación con, precisamente, el procedimiento aplicable y que establece la propia ley en cuestión. Se seguirá el orden del texto legal y seguidamente a cada artículo se insertaran las observaciones correspondientes.

“Artículo 1°.- Contenido de la ley. La presente ley regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto de los delitos previstos en el artículo 27 de la ley N° 19.913, en el artículo 8° de la ley N°18.314 y en los artículos 250 y 251 bis del Código Penal; el procedimiento para la investigación y establecimiento de dicha responsabilidad penal, la determinación de las sanciones procedentes y la ejecución de éstas.

En lo no previsto por esta ley serán aplicables, supletoriamente, las disposiciones contenidas en el Libro I del Código Penal y el Código

Procesal Penal y en las leyes especiales señaladas en el inciso anterior, en lo que resultare pertinente.”

Para los efectos de esta ley, no será aplicable lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 58 del Código Procesal Penal.”

OBS.: En cuanto al ámbito de aplicación, no se ve razón para haber excluido otros delitos vinculados, como las falsificaciones y los del Título VI, L. II Código penal, comprendidos en los párrafos 3 (*rotura de sellos*), y 10 (*asociaciones ilícitas*), pues forman parte del ámbito económico y comercial, y buscan proteger el orden público económico.

Igualmente los *delitos ecológicos y de contaminación* comprendidos en los Arts. 135 a 139 del Código de Aguas, 138 de la Ley General de Urbanismo y 38 de la Ley de Monumentos Nacionales, y arts. 30 y 31 de la Ley de Caza, pues forman parte de un sistema de protección internacional, que establecen a su vez deberes de implementación eficaz en el ámbito interno de los países miembros, donde el estatuto de protección civil y administrativo, como se ha dicho más arriba, no es suficiente.

Por razones similares, los delitos tipificados en la Ley Antimonopolios, de Bancos, AFP, Valores y Seguros, y de Cuentas corrientes, por contar con herramientas débiles tanto en la sanción de los ilícitos, y con ello en la disuasión, como en la proporcionalidad.

Los delitos tributarios son típicamente cometidos por personas jurídicas, que violan la fé pública y al mismo tiempo dañan el patrimonio fiscal.

“Artículo 2º.- Alcances. *Las disposiciones de esta ley serán aplicables a las personas jurídicas de derecho privado y a las empresas del Estado.”*

OBS.: Da la impresión de que se optó por el camino más sencillo, atendido los tiempos de tramitación que impuso el Ejecutivo al proyecto. Pero quedan preguntas pendientes, por ejemplo, ¿porqué excluir a las personas jurídicas de derecho público, como universidades, fundaciones o corporaciones? No se ve razón para ello y la ley debiera ampliar su ámbito de aplicación a ellas en el futuro.

“Artículo 3°.- Atribución de responsabilidad penal. Las personas jurídicas serán responsables de los delitos señalados en el artículo 1° que fueren cometidos directa e inmediatamente en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión.

Bajo los mismos presupuestos del inciso anterior, serán también responsables las personas jurídicas por los delitos cometidos por personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los sujetos mencionados en el inciso anterior.

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, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente.

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.”

Al hacer depender la configuración del delito a un elemento subjetivo, no se logra independizar la conducta empresarial, de la persona

jurídica, de la conducta individual, de la persona natural. Porque entonces deberá probarse, y antes dirigirse, en contra de la persona natural su grado de culpabilidad y responsabilidad, y luego la de la persona jurídica, lo que en la práctica dificultará la sanción.

OBS.: La actuación ilícita de una empresa a través de de filiales o coligadas, o testaferreros corporativos, o a través de acuerdos entre empresas, es un punto que no se aborda en el proyecto, pero que puede quedar inscrito en el tipo penal a través de la figura del controlador, en el caso de estructuras de holding, o a través de la institución del mandato o la asociación para el delito, extendiendo el ámbito de aplicación de esta última.

“Artículo 4°.- Modelo de prevención de los delitos. Para los efectos previstos en el inciso tercero del artículo anterior, las personas jurídicas podrán adoptar el modelo de prevención a que allí se hace referencia, el que deberá contener a lo menos los siguientes elementos:

1) Designación de un encargado de prevención.

a) 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, en adelante la "Administración de la Persona Jurídica", deberá designar un encargado de prevención, quien durará en su cargo hasta tres años, el que podrá prorrogarse por períodos de igual duración.

b) El encargado de prevención deberá contar con autonomía respecto de la Administración de la Persona Jurídica, de sus dueños, de sus socios, de sus accionistas o de sus controladores. No obstante, podrá ejercer labores de contraloría o auditoría interna.

En el caso de las personas jurídicas cuyos ingresos anuales no excedan de cien mil unidades de fomento, el dueño, el socio o el accionista controlador podrán asumir personalmente las tareas del encargado de prevención.

2) 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, entre los que se considerarán a lo menos:

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

b) 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.

3) 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 para la persona jurídica, que deberá contemplar a lo menos lo siguiente:

a) 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°.

b) El establecimiento de protocolos, reglas y procedimientos específicos que permitan a las personas que intervengan en las actividades o procesos indicados en el literal anterior, programar y ejecutar sus tareas o labores de una manera que prevenga la comisión de los mencionados delitos.

c) 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.

d) 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 que la persona jurídica dicte al efecto y deberán comunicarse a todos los trabajadores. 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.

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

a) El encargado de prevención, en conjunto con la Administración de la Persona Jurídica, deberá establecer métodos para la aplicación efectiva del modelo de prevención de los delitos y su supervisión a fin de detectar y corregir sus fallas, así como actualizarlo de acuerdo al cambio de circunstancias de la respectiva entidad.

b) Las personas jurídicas podrán obtener la certificación de la adopción e implementación de su modelo de prevención de delitos. En el certificado constará que dicho modelo contempla todos los requisitos establecidos en los numerales 1), 2) y 3) anteriores, en relación a la situación, tamaño, giro, nivel de ingresos y complejidad de la persona jurídica.

Los certificados podrán ser expedidos por empresas de auditoría externa, sociedades clasificadoras de riesgo u otras entidades registradas ante la Superintendencia de Valores y Seguros que puedan cumplir esta labor, de conformidad a la normativa que, para estos efectos, establezca el mencionado organismo fiscalizador.

c) Se entenderá que las personas naturales que participan en las actividades de certificación realizadas por las entidades señaladas en la

letra anterior cumplen una función pública en los términos del artículo 260 del Código Penal.”

OBS.: Este artículo constituye el centro del sistema de regulación penal de la conducta corporativa chileno. El modelo de autorregulación tiene la virtud de trasladar la carga de la prevención desde el Estado al mundo privado, reservándose la facultad de fiscalización dentro del procedimiento penal. En relación a esto último, que la fiscalización quede circunscrita al procedimiento penal puede ser a primera vista contraproducente, en tanto, fuera de él el Estado no se reserva atribuciones de fiscalización. Pero si se piensa que las instituciones públicas vinculadas a la actividad económica, como el Servicio de Impuestos Internos, La Tesorería General de la República, Aduanas, Contraloría General de la República, las Municipalidades, entre otros, mantienen en permanente funcionamiento un sistema complejo de control del que puede decirse que contribuye, en el contexto de esta ley y del sistema penal empresarial que se construye alrededor de él, a su eficacia.

Implementar, además, una obligación de entregar periódicamente información relevante, si parece eficiente, debe considerarse además el costo de administración que implica, considerando que las empresas obligadas por esta ley son todas sin distinción de tamaño.

“Artículo 5º.- Responsabilidad penal autónoma de la persona jurídica.
La responsabilidad de la persona jurídica será autónoma de la responsabilidad penal de las personas naturales y subsistirá cuando, concurriendo los demás requisitos previstos en el artículo 3º, se presente alguna de las siguientes situaciones:

1) *La responsabilidad penal individual se hubiere extinguido conforme a lo dispuesto en los numerales 1° y 6° del artículo 93 del Código Penal.*

2) *En el proceso penal seguido en contra de las personas naturales indicadas en los incisos primero y segundo del artículo 3° se decretare el sobreseimiento temporal de el o los imputados, conforme a las causales de las letras b) y c) del artículo 252 del Código Procesal Penal.*

También podrá perseguirse dicha responsabilidad cuando, habiéndose acreditado la existencia de alguno de los delitos del artículo 1° y concurriendo los demás requisitos previstos en el artículo 3°, no haya sido posible establecer la participación de el o los responsables individuales, 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°.

2.- De las circunstancias que atenúan la responsabilidad penal de la persona jurídica.”

OBS.: El objeto de esta norma es separar la responsabilidad penal de la empresa y la de las personas naturales, lo que en principio queda suficientemente aclarado. Pero parece, nuestro juicio, innecesario hacer depender la subsistencia de dicha responsabilidad en los numerales siguientes, pues su autonomía queda supeditada a determinadas circunstancias, entonces, ¿es autónoma o no lo es?

“Artículo 6°.- Circunstancias atenuantes. *Serán circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de la persona jurídica, las siguientes:*

1) *La prevista en el número 7° del artículo 11 del Código Penal.*

2) *La prevista en el número 9° del artículo 11 del Código Penal. Se entenderá especialmente que la persona jurídica colabora*

sustancialmente 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.

3) 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.”

OBS.: No se explica suficientemente el valor de estas atenuantes respecto de la responsabilidad penal individual o de las personas naturales. En la práctica creemos que podrá hacer valerse, pero su objeción podría tener fundamentos serios, por ejemplo, al sostener que estas atenuantes persiguen beneficiar la suerte procesal de quien posea la calidad de autor, cómplice o encubridor.

“Artículo 7°.- Circunstancia agravante. 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.”

OBS.: Esta redacción es curiosa, y talvez descuidada. En materia de responsabilidad penal general, la irreprochable conducta anterior se configura respecto de cualquier tipo penal establecido en contra del imputado. A la luz de esta norma, si el delito por el cual se le persigue es diferente al delito por el cual obtuvo condena dentro de los 5 años anteriores, la empresa mantendría muy viva la atenuante de irreprochable conducta, lo que no es coherente con el sistema penal en su conjunto ni con sus principios informadores.

“Artículo 8°.- Penas. Serán aplicables a las personas jurídicas una o más de las siguientes penas:

1) Disolución de la persona jurídica o cancelación de la personalidad jurídica.

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

2) Prohibición temporal o perpetua de celebrar actos y contratos con los organismos del Estado.

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

4) Multa a beneficio fiscal.

5) Las penas accesorias previstas en el artículo 13.”

OBS.: Como en otras naciones, esta norma viene a dar principio a un concepto distinto de “pena” en nuestro país. Porque si hasta la dictación de la ley la pena consistía casi exclusivamente en penas privativas de libertad, o al menos la asociación conceptual así lo establecía, este artículo abre el concepto a nuevas formas de penas distintas. Si bien siempre han existido en el sistema penal penas de multas, y eran penas propiamente, también es cierto que se les consideró penas residuales o menores en relación a la pena que estimaba propiamente la pena por antonomasia. Y lo que cambia definitivamente entonces es el concepto mismo de “lo penal” en el ámbito de las sanciones.

“Artículo 9°.- Disolución de la persona jurídica o cancelación de la personalidad jurídica. La disolución o cancelación producirá la pérdida definitiva de la personalidad jurídica.

La sentencia que declare la disolución o cancelación designará, de acuerdo a su tipo y naturaleza jurídica y a falta de disposición legal expresa que la regule, al o a los liquidadores encargados de la

liquidación de la persona jurídica. Asimismo, y en iguales condiciones, les encomendará la realización de los actos o contratos necesarios para:

1) Concluir toda actividad de la persona jurídica, salvo aquellas que fueren indispensables para el éxito de la liquidación;

2) Pagar los pasivos de la persona jurídica, incluidos los derivados de la comisión del delito. Los plazos de todas esas deudas se entenderán caducados de pleno derecho, haciéndolas inmediatamente exigibles, y su pago deberá realizarse respetando plenamente las preferencias y la prelación de créditos establecidas en el Título XLI del Libro IV del Código Civil, particularmente los derechos de los trabajadores de la persona jurídica, y

3) Repartir los bienes remanentes entre los accionistas, socios, dueños o propietarios, a prorrata de sus respectivas participaciones. Lo anterior se entenderá sin perjuicio del derecho de los afectados para perseguir el resarcimiento de los perjuicios sufridos contra los responsables del delito. En el caso de las sociedades anónimas se aplicará lo establecido en el artículo 133 bis de la ley N°18.046.

Sin embargo, cuando así lo aconseje el interés social, el juez, mediante resolución fundada, podrá ordenar la enajenación de todo o parte del activo de la persona jurídica disuelta como un conjunto o unidad económica, en subasta pública y al mejor postor. Ésta deberá efectuarse ante el propio juez.

Esta pena se podrá imponer únicamente en los casos de crímenes en que concurra la circunstancia agravante establecida en el artículo 7°. Asimismo, se podrá aplicar cuando se condene por crímenes cometidos en carácter de reiterados, de conformidad a lo establecido en el artículo 351 del Código Procesal Penal.”

OBS.: La disolución es la pena más dura y a nuestro juicio la demás dudosa aplicación por parte de los tribunales de justicia, y por ello la puede hacer perder credibilidad al sistema penal especial en esta materia.

Las consecuencias sociales y comerciales de disolver una empresa pueden ser enormes, dependiendo del tamaño, y esta circunstancia puede intimidar a los jueces, de modo que prefieran establecer otras aún cuando esta fuera procedente. Quizás la arista más seria en la disolución de una empresa sea la situación de terceros acreedores, en una mirada civil digamos, y más en general respecto de los llamados Stakeholders, es decir, todos los interesados en la suerte de la empresa, y que son mucho más que los acreedores, como el propio Fisco, accionistas, trabajadores, bancos, consumidores.

”Artículo 10.- Prohibición 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.

Para determinar esta pena, el tribunal se ceñirá a la siguiente escala:

1) Prohibición perpetua de celebrar actos y contratos con los organismos del Estado.

2) Prohibición temporal de celebrar actos y contratos con los organismos del Estado. Su duración 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. Dicha Dirección mantendrá un registro actualizado de las personas jurídicas a las que se les haya impuesto esta pena.”

OBS.: Se pierde derechamente parte de la libertad económica de desarrollar una actividad comercial, pero no queda muy clara la justificación de restringirlo al ámbito público, porque si la conducta

sancionada es de tal entidad que aconseja sancionarla por medio de una pena penal, qué hace que sea más grave que la empresa conserve su calidad de proveedor del Estado que de proveedor de un ente privado, si el costo o riesgo social es el mismo.

“Artículo 11.- De la pérdida parcial o total de beneficios fiscales o prohibición absoluta de recepción de los mismos por un período determinado. Se entenderá, para efectos de esta ley, por beneficios fiscales 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.

Esta pena se graduará del siguiente modo:

1) En su grado mínimo: pérdida del veinte al cuarenta por ciento del beneficio fiscal.

2) En su grado medio: pérdida del cuarenta y uno al setenta por ciento del beneficio fiscal.

3) En su grado máximo: pérdida del setenta y uno al cien por ciento del beneficio fiscal.

En caso 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. 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.”

OBS.: Como en definitiva los delitos son cometidos por personas naturales, pudo ser buena idea incluir en esta norma la exigencia de que para la época en que la empresa sancionada recupere sus plenas facultades y derechos, esto estuviera condicionado a la no permanencia de las personas involucradas en la comisión de los delitos.

“Artículo 12.- Multa a beneficio fiscal. Esta pena se graduará del siguiente modo:

1) En su grado mínimo: desde doscientas a dos mil unidades tributarias mensuales.

2) En su grado medio: desde dos mil una a diez mil unidades tributarias mensuales.

3) 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.”

OBS.: Creemos que se perdió la ocasión de dar efectividad mayor a la ley, estableciendo penas del tipo multas realmente enormes y gravosas, tanto por su calidad de sanción penal, que debe ser dura, pues el bien jurídico protegido se estima altamente valioso, como por sus efectos disuasivos. Si la empresa recibe penas bajas, lo que ocurrirá será una

paradoja inaceptable: que los servicios o productos comercializados por ella serán castigados con alza de precios en perjuicio de los consumidores, quienes serán los que paguen definitivamente la pena.

“Artículo 13.- Penas accesorias. Se aplicarán, accesoriamente a las penas señaladas en los artículos anteriores, las siguientes:

1) 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.

La persona jurídica sancionada asumirá los costos de esa publicación.

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

3) 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.”

OBS.: La dificultad que tiene en general las penas pecuniarias, es la de poder hacerlas efectivas, siendo la efectividad uno de los fines de la pena. En el caso de empresas industriales con activos fijos cuantiosos y de alto valor, será menos problemático que la de empresas de inversión, inmobiliarias o sociedades “de paso”, donde la actividad económica en términos más duros la realiza la empresa que se encuentra aguas arriba y aguas debajo de esta que cumple un rol de puente o tránsito, como podría ser el caso de una importadora.

“Artículo 14.- Escala general. La pena que se imponga a la persona jurídica se determinará en relación a la prevista para el delito correspondiente señalado en el artículo 1º, de conformidad a la siguiente escala:

Escala General de Penas para Personas Jurídicas

1.- Penas de crímenes.

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.

En estos casos siempre se aplicarán como accesorias las penas mencionadas en el artículo 13.

2.- Penas de simples delitos.

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.

En estos casos siempre se aplicarán como accesorias las penas mencionadas en el artículo 13.”

OBS.: Parece más apropiada esta técnica, pues facilita el trabajo de todos los operadores jurídicos, evitando discusiones sobre la escala en cuestión, lo que si siempre puede establecerse finalmente, siempre puede objetarse, lo que esta norma no permitirá.

“Artículo 18.- Transmisión de la responsabilidad penal de la persona jurídica. *En el caso de transformación, fusión, absorción, división o disolución de común acuerdo o voluntaria de la persona jurídica responsable de uno o más de los delitos a que se refiere el artículo 1º, su responsabilidad derivada de los delitos cometidos con anterioridad a la ocurrencia de alguno de dichos actos se transmitirá a la o las personas*

jurídicas resultantes de los mismos, si las hubiere, de acuerdo a las reglas siguientes, todo ello sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

1) 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.

2) 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.

3) Si se trata de cualquiera otra pena, el juez valorará, atendiendo a las finalidades que en cada caso se persiguen, su conveniencia.

Para adoptar esta decisión deberá atender sobre todo a la continuidad sustancial de los medios materiales y humanos y a la actividad desarrollada.

4) 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 Civil.”

OBS.: Se haría necesario o al menos conveniente que existiera un registro público, abierto (sin claves especiales), para hacer más eficiente el estudio de operaciones de compra, fusiones, transformaciones o divisiones de empresas. El llamado due dilligence, el abc del proceso de adquisiciones de una empresa, deberá considerar la investigación de la existencia de sanciones de este tipo, que podrían hacerla sujeto de una pena penal, con el consiguiente perjuicio económico y desprestigio comercial.

“Artículo 19.- Extinción de la responsabilidad penal. La responsabilidad penal de la persona jurídica se extingue por las mismas causales señaladas en el artículo 93 del Código Penal, salvo la prevista en su número 1°.”

OBS.: Finalmente resultó buena idea, a diferencia del proyecto original, que la prescripción de la acción penal y de la pena sigan las reglas generales.

BIBLIOGRAFÍA

1. Achenbach, Hans, "Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y las personas que actúan en su nombre en el derecho alemán" en: J. Silva Sánchez (Edición española) - B. Schünemann - J. De Figueiredo Díaz (coordinadores), Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal, J. M Bosch Editor, Barcelona, 1995.
2. Aftalión, Enrique R., "Acerca de la responsabilidad de las personas jurídicas", en AA. VV., Derecho penal administrativo, Bs.As., Ediciones Arayú, 1955.
3. Bacigalupo, Enrique, Delitos impropios de omisión, Bogotá, Temis, 1983. Derecho penal. Parte general, Bs. As., Hammurabi, 1987.
4. Bacigalupo, Silvina, La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Editorial Bosch, Barcelona, 1998.
5. Baigún, David, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: polémica conocida pero no resuelta", en AA. VV., homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1995.
6. Bajo Fernández, Miguel, "De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas", Anuario de derecho penal y ciencias penales, Madrid, 1981.
7. Barbero Santos, Marino, "¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas?", Doctrina Penal, año 9, 1986.
8. Barreira, Carlos - Vidal Albarracín, Héctor, "Responsabilidad de las personas jurídicas en materia de contrabando", LL, 1988-B.
9. Baumann, Jürgen, Derecho penal. Fundamentos y sistema. Introducción a la sistemática sobre la base de casos, Bs. As., Depalma, 1981.
10. Bergel, Darío - Baigún, David, El fraude en la administración societaria, Bs. As., Depalma, 1988.

11. Beristain, Antonio, Medidas penales en derecho contemporáneo. Teoría, legislación positiva y realización práctica, Madrid Reus, 1974.
12. Bustos Ramírez, Juan, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", en AA. VV., El derecho penal hoy, homenaje al Profesor David Baigún, Bs. As., Editores del Puerto, 1995.
13. Bustos Ramírez, Juan - Valenzuela Bejas, Manuel, Derecho penal latinoamericano comparado, t. III (Apéndice: Parte General de los Códigos y Proyectos), Bs. As., Depalma, 1981 y 1983.
14. Caballero, José Severo, "La responsabilidad penal de los directores y administradores y la llamada responsabilidad penal de la sociedades anónimas y otras personas colectivas",
15. Cuadernos de los Institutos, N° 120, 1973 (N° XXII del Instituto de Derecho Penal), Dirección General de Publicaciones, Córdoba.
16. Cabral, Luis C., Compendio de derecho penal. Parte general, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1987.
17. Cerezo Mir, José, "Límites entre el derecho penal y el derecho administrativo", Anuario de derecho penal y ciencias penales, t. XXVIII, fasc. II, mayo - agosto de 1975.
18. Cervini, Raúl, "Macrocriminalidad económica. Apuntes para una aproximación metodológica", Revista de Ciencias Penales, N° 2, 1996, estudios en homenaje a Adela Reta, Montevideo, Carlos - Álvarez Editor.
19. Cesano, José Daniel, La multa como sanción del derecho penal común: realidades y perspectivas, Alveroni Ediciones, Córdoba, 1995.
20. En torno a la denominada responsabilidad penal de la persona jurídica, Alveroni Ediciones, Córdoba, 1998.
21. Creus, Carlos, Derecho penal. Parte general, Bs. As., Astrea, 1988.

22. De Faría Costa, José, "La responsabilidad jurídico penal de la empresa y de sus órganos", en: J. M Silva Sánchez (Edición española) B. Schünemann - J.
23. De Figueiredo Días (coordinadores), Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal, J.M Bosch Editor, Barcelona, 1995.
24. De la Cuesta Aguado, Paz Mercedes, Tipicidad e imputación objetiva, Mendoza, Ediciones jurídicas Cuyo, 1998.
25. De la Rúa, Jorge, "Delitos económicos", Doctrina Penal, año 3,1980.
26. Delitos societarios, de la receptación y contra la hacienda pública, Edit. Bosch, Barcelona, 1998 Escuti (h.), Ignacio, "Aproximación a la nulidad absoluta en el derecho societario", en AA. VV., Anomalías societarias, Córdoba, Advocatus, 1996.
27. Fargosi, Horacio P., "Sociedad y actividad ilícita", LL, t. 153.
28. Fargosi, Hracio P. - Romanello, Eduardo R., "Facultades gestorias de la asamblea y responsabilidad de los directores", LL, 1986-E.
29. Fernández, Gonzalo D., "El derecho penal orientado a las consecuencias: la quiebra del modelo", Revista de Ciencias Penales, N° 2, 1996, estudios en homenaje a Adela Reta, Montevideo, Carlos Álvarez Editor.
30. García-Vitor, Enrique, "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", en AA. VV., De las penas, homenaje al Profesor Isidoro de Benedetti, Bs. As., Depalma, 1997.
31. Giudicelli-Delage, Geneviève, Droit pénal des affaires, París. Dalloz. 1994.
32. Gracia Martín, Luis, "La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas" en: S. Mir Puig - D. M. Luzón Peña (coordinadores) Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto, J.M. Bosch editor, Barcelona 1996.

33. Herzog, Félix; "Límites al control penal de los riesgos sociales (una perspectiva crítica ante el derecho penal en peligro)" Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, Enero – Abril 1993 pág. 317 y ss.
34. Lo Presti, Roberto P., Constituciones del Mercosur, Ediciones UNILAT, Bs. As., 1997.
35. Novoa Monreal, Eduardo, "Los delitos de omisión", Doctrina Penal, año 6, 1983.
36. Núñez, Ricardo C., "Observaciones al Proyecto de Código Penal del Poder Ejecutivo", Revista de Derecho Penal, año VII, N° 3, tercer trimestre de 1951, Bs. As., Ediar.
37. Roxin, Claus, "Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados", Doctrina Penal, año 8, 1985.
38. Spinka, Roberto Emilio, "Las personas jurídicas ante la ley penal tributaria y previsional", Foro de Córdoba, año II, N° 13, 1992, Córdoba, Advocatus.
39. Spolansky, Norberto E., "Culpabilidad, la responsabilidad solidaria de las sociedades anónimas y la de sus directivos en el régimen penal cambiario (El caso del Banco Santander)", LL, 1978-D.
40. Zaffaroni, Eugenio Raúl, Tratado de derecho penal. Parte general, vols. I y III, Bs. As., Ediar, 1980 y 1983.