

PARÁMETROS INTERNACIONALES PARA LA APLICACIÓN DE UN SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN CHILE

ADRIÁN FUENTES CAMPOS*

RESUMEN

El desarrollo económico de nuestra sociedad ha traído como consecuencia, no deseada, el surgimiento de nuevas formas y tipos delictuales, que ya no afectan a las personas individualmente consideradas, sino que al conjunto de la sociedad por tratarse de conductas ilícitas que afectan bienes jurídicos colectivos, y por lo tanto, poco a poco, se ha transformado en un asunto central del Derecho penal económico.

Palabras clave: Ficción de responsabilidad, tratados internacionales, lavado de activos, corrupción.

ABSTRACT

The economic development of our society has brought a negative consequence: the sprouting of new types of crimes that no longer affect the individually considered people, but also to the entire society. This new types of crimes affect collective interest protected by the law, so it has been a central subject to the discipline.

Key words: Responsibility fiction, international treaties, avado de activos, corruption.

I. INTRODUCCIÓN

El desarrollo de la economía moderna ha traído como consecuencia no solo un cambio sustantivo en la forma y modo en que se entienden los principios que regulan nuestra vida en sociedad. Es así como principios como el libre emprendimiento, libre competencia, y el carácter subsidiario del Estado se han constituido en los albores del siglo XXI, en piedras angulares del sistema económico-político en especial en nuestro país.

* Abogado. Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Master en Derecho de los Negocios (MBL) de la Universidad Adolfo Ibáñez.

Sin embargo, el desarrollo económico de nuestra sociedad tiene una consecuencia no deseada: el surgimiento de nuevas formas y tipos delictuales, que ya no afectan a las personas individualmente consideradas, sino que al conjunto de la sociedad por tratarse de conductas ilícitas que afectan bienes jurídicos colectivos, y por lo tanto el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, poco a poco, se ha transformado en “un asunto central del Derecho penal económico y concretamente en el Derecho Penal de la empresa, porque los bienes jurídicos socioeconómicos son fundamentalmente lesionados por empresas, sino, en algunos casos, lesionados prácticamente solo por ellas”¹.

Es así como conductas penales como la corrupción, nacional e internacional, el cohecho y el lavado de activos, han tomado a nivel internacional y poco a poco en nuestro país un carácter cada vez más relevante, por los efectos que este tipo de conductas tiene en nuestra sociedad, esto porque la nueva economía ha provocado entre otras cosas “un solo mercado, sin fronteras, donde todo, absolutamente todo, puede comprarse y venderse, tanto bienes como servicios, sean de producción o comercialización prohibida o permitida”².

El surgimiento de estas nuevas formas delictivas se ha debido a que “la riqueza generada fuera de los marcos regulatorios legales necesita ser aprovechada... pero no puede hacerlo sin que previamente la desconecte de su origen ilegal y pueda justificarla ante los organismos estatales...”³, si unimos a esto que los delincuentes se han valido del avance de los sistemas de comunicaciones y sobre todo de los instrumentos jurídicos y comerciales modernos, es que se ha hecho necesario, y cada vez de forma más intensa, abordar un aspecto relacionado con este tipo de delitos como es la participación de entes colectivos, sean empresas u otras organizaciones jurídicas, ya que es cada vez más común encontrarse que en la comisión y ejecución de estos ilícitos han participado o se han visto involucradas empresas o distintos tipos de personas jurídicas.

Esto no solo ha puesto en disyuntiva el sistema económico y la forma en que se puede abordar y regular este tipo de conductas en el ámbito civil comercial, sino que también la vieja dogmática penal, ya que “las respuestas sociales que corresponden a una sociedad en continua transformación, no son asumidos ni por los poderes políticos, ni por las fuerzas sociales (...) Ante este vacío de canales de participación y discusión social, los conflictos llegan *prima ratio* al derecho penal, al cual se le demanda una solución

¹ ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, 2ª edición, Navarra, Editorial Aranzadi, 2003, p. 23.

² PRAMBS JULIAN, Claudio, *El delito de blanqueo de capitales*, Santiago, Editorial LexisNexis, 2006, p. 22.

³ *Ibíd.*, p. 22.

ejemplificadota, de pedagogía social. Es decir, se le reclaman respuestas contundentes (...) en suma se le exige que cumpla fines de prevención general positiva: de estabilización de las normas...”⁴, y esto necesariamente ha puesto sobre la mesa la necesidad de revisar y replantear los antiguos principios y normas que en materia penal datan del siglo XIX que impiden perseguir penalmente a las personas jurídicas.

II. ASPECTOS GENERALES

Respecto de la capacidad penal de las personas jurídicas, en la doctrina penal se ha utilizado la alocución latina *societas delinquere non potest* (las sociedades no pueden delinquir).

Según este principio, una persona jurídica no puede cometer delitos, pues carece de una voluntad real, elemento subjetivo, que comprenda el dolo en sus actuaciones y no sería capaz de realizar acción en el sentido jurídico-penal. Conforme a este principio a las personas jurídicas no pueden imponérseles penas, entendidas como consecuencias jurídico-penales clásicas más graves que las sanciones administrativas o disciplinarias.

Tal ha sido el impacto del citado principio *societas delinquere non potest* que no hay tanto en la doctrina como en las normas positivas penales, mención alguna a considerar a las personas jurídicas responsables penalmente o como sujetos de derecho penal.

La noción de que las personas jurídicas son incapaces de cometer delitos o que simplemente no son capaces de dolo penal, tiene su mayor fundamento en la teoría de la ficción, en el sentido que “la persona jurídica, por lo tanto, no pudo ser sino un sujeto de Derecho ficticio que, aunque exprese por medio de sus representantes una voluntad que le es imputable como voluntad propia, no tiene voluntad real en sentido ético, sino solo ficticio (...) El derecho penal solo trata con personas pensantes y con voluntad. La persona jurídica no tiene esas cualidades y, por ello, debe quedar excluida del ámbito del derecho penal”⁵.

La teoría de la ficción, tal como la conocemos, es una expresión de la necesidad de regular el accionar de las personas y distinguir las de sus creaciones, como en este caso las personas jurídicas, y en este intento afecta hasta nuestros días el concepto de sujeto de derecho, sobre todo en materia penal, por cuanto si solo se considera la individualidad psicológica como único parámetro para definir el sujeto de derecho penal, esto solo nos lleva

⁴ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases para...*, p. 59.

⁵ BACIGALUPO, Silvina, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona, Bosch Casa editorial, 1998, p. 61.

a la conclusión de que “solo podrá ser sujeto con capacidad de acción quien posea individualidad psicológica. Pero, como la persona jurídica carece de voluntad en este sentido no es capaz de acción y solo puede ser concebida como una ficción. Solo las personas físicas pueden actuar y, por lo tanto, pueden tener capacidad para delinquir”⁶.

Es evidente, de acuerdo a esta teoría, que una persona jurídica, y más aún una empresa carente de personalidad jurídica, no puede realizar propiamente ninguno de los elementos que exige la dogmática de la teoría del delito, tal como ha sido elaborada en los países de tradición continental europea, puesto que esta teoría del delito empieza por ver en el delito una conducta humana y la persona jurídica no puede efectuar ninguna conducta humana, ello aún más si se tiene en consideración que la “idea de responsabilidad penal es personal está vinculada a la evolución de la teoría del delito (...) solo los comportamientos que hayan sido cometidos con conciencia y voluntad, o con infracción del deber objetivo de cuidado pueden ser pasibles de responsabilidad penal (...) deben tratarse de actos voluntarios”⁷.

Ni siquiera puede actuar por sí misma, por lo que no solo es incapaz de aportar los elementos subjetivos y personales del delito (desde la voluntariedad del comportamiento hasta la imputabilidad del sujeto, pasando por el dolo), sino que tampoco puede incidir efectivamente en el mundo exterior influyendo en los procesos causales de la lesión del bien jurídico típico.

La teoría de la ficción propugna que la responsabilidad penal no es posible de aplicar a las personas jurídicas se conoce como la teoría, según la cual, según lo manifiesta Savigny, las personas jurídicas constituyen entes ficticios no imputables en materia penal y conforme a tal teoría, “la imposibilidad de que las personas jurídicas asuman el papel activo en los delitos, es una consecuencia de que la responsabilidad se funda en el psiquismo de un ser humano y en su voluntad para realizar actos razonados. Por tanto, los entes morales no pueden llevar a cabo acciones, en su sentido jurídico-penal, no obstante que, por una ficción de la ley, se acepte el que tienen una voluntad para convenir en determinados actos civiles o administrativos, los que son excepcionales y taxativos, concordes con su naturaleza puramente artificial.

Sin embargo, la teoría del delito que ha elaborado nuestra dogmática no es la única posible desde un punto de vista lógico. Del mismo modo que hemos desarrollado un concepto de delito como obra del hombre, podemos construir otro concepto de delito, en el que también tengan cabida actuaciones de entes colectivos y la imputación a una persona jurídica de la actuación de determinadas personas físicas, que actúan por decisión de ese colectivo.

⁶ *Ibíd.*, p. 63.

⁷ ZÚNIGA RODRÍGUEZ, *Bases para...*, pp. 34-36.

Ello es lógicamente posible, como por ejemplo, en el caso de la comisión de actos que contravienen normas y que traen como consecuencia sanciones de distinta naturaleza. En estos casos, configurando un concepto de acción jurídico-penal supraindividual, se atribuye capacidad de infracción a las personas jurídicas y al prever sanciones para ellas, obliga a ampliar el concepto de infracción administrativa, más allá de los límites del comportamiento humano.

La necesidad de imponer sanciones a la actividad delictual, en que puedan verse involucradas personas jurídicas, hace necesario construir un modelo de responsabilidad penal frente a los conflictos que plantea la actividad delictiva de estas, ello debido a “la especial relevancia que ha alcanzado la criminalidad económica dentro de los países industrializados en cuanto a incidencia social y económica, nacional e internacional, ha puesto en el tapete que estos ilícitos se cometen normalmente dentro del seno de una empresa o sociedad y que, precisamente, esa carencia de responsabilidad penal puede ser un factor criminógeno que impida una eficaz lucha contra su prevención”⁸.

III. TENDENCIA INTERNACIONAL Y COMPROMISOS ASUMIDOS POR CHILE

¿Cuál es entonces la motivación para incorporar en nuestro sistema normativo, un sistema de responsabilidad penal para los entes colectivos?

En el ámbito internacional se observa una clara tendencia, tanto doctrinaria como normativa, cada vez más creciente, a establecer la responsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito penal. En el aspecto normativo se constata tanto en diversas Convenciones Internacionales adoptadas en el último tiempo, y ratificadas por Chile, como también, en el marco de otros instrumentos internacionales. Por ejemplo, cabe mencionar las siguientes:

- a. La Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción;
- b. La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional;
- c. El Convenio internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo;
- d. La Convención para combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, de la Organización de Cooperación para el Desarrollo Económico;

⁸ *Ibíd.*, p. 20.

- e. La Resolución N° 1373 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas;
- f. Las 40+9 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) para el Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo.

Los compromisos internacionales anteriormente citados disponen, en términos generales, que los Estados Partes velarán porque se impongan a las personas jurídicas sanciones penales que sean eficaces, proporcionadas y disuasivas.

La incorporación de estas normas en nuestro ordenamiento jurídico responde, en consecuencia, tanto a la necesidad de adecuar nuestra legislación interna a la mayor responsabilidad que deben asumir en la actualidad las personas jurídicas como a los compromisos en ese mismo sentido que ha adquirido nuestro país en el ámbito internacional, los cuales, como se ha manifestado, consideran expresamente el establecimiento de dicha responsabilidad penal.

III.1 Prevención y detección del delito de blanqueo de activos y persecución del delito de financiamiento del terrorismo y delitos de corrupción y cohecho.

La prevención y la detección del delito de blanqueo de activos y una permanente persecución del delito de financiamiento del terrorismo, como asimismo de los delitos de corrupción, entre ellos el de cohecho nacional e internacional, constituye una labor continua que requiere de una constante actualización de los métodos y procedimientos con que cuenta el Estado para perseguir y castigar estos delitos. Ello toma mayor relevancia cuando los bienes jurídicos colectivos que se protegen se ven afectados por personas jurídicas que actúan como agentes delictuales, lo que produce un impacto social profundo, frecuentemente mayor al que resulta del actuar de personas naturales.

De esta forma, y en cumplimiento de los distintos compromisos internacionales suscritos por nuestro país, la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas constituiría un paso significativo en la potestad sancionatoria del Estado respecto de estas cuando han participado o han sido utilizadas o involucradas como agentes criminógenos con el fin de lavar activos, financiar actividades de tipo terrorista o en actos de corrupción como el cohecho nacional e internacional, estableciendo nuevos tipos penales y creando un procedimiento claro y expedito que permita proteger y defender nuestra institucionalidad económica y financiera.

III.2. Exigencias internacionales en materia de responsabilidad de personas jurídicas.

Como consecuencia de los compromisos internacionales asumidos en las diferentes Convenciones, de las cuales Chile es Parte, este principio ha comenzado a ser revisado en nuestro país. Junto con ello un sector de la doctrina nacional considera que debe darse a las personas jurídicas el mismo trato que a las personas físicas teniendo, por tanto, capacidad de ser imputables de delitos. Ello, porque ya no es raro encontrar en la realidad delictual contemporánea que las personas naturales se oculten tras personas jurídicas para la comisión de ilícitos, como por ejemplo los casos de Aerocontinente o la llamada Operación Océano, los cuales aún están tramitándose en nuestros tribunales.

En ocasiones la voluntad criminal no es exclusiva de ciertas personas en particular, sino propia de un ente colectivo, de sus órganos. No basta perseguir a los socios o representantes, ya que el propio ente puede ser partícipe y perseguir con su conducta delictual, mediante otros agentes fácilmente sustituibles.

En este sentido, la convención de Palermo así como también la convención contra la corrupción de Naciones Unidas reconocen la necesidad de incorporar en las distintas legislaciones nacionales sanciones eficaces que permitan la persecución eficaz de este tipo de delitos. Es así como la Convención contra la corrupción de Naciones Unidas establece:

Artículo 26. Responsabilidad de las personas jurídicas.

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, en consonancia con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por su participación en delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.
2. Con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa.
3. Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan cometido los delitos.
4. Cada Estado Parte velará en particular porque se impongan sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias, a las personas jurídicas consideradas responsables con arreglo al presente artículo.

De la misma forma, en la Convención de Palermo, contra el crimen transnacional, se establece lo siguiente:

Artículo 10. Responsabilidad de las personas jurídicas.

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabi-

lidad de personas jurídicas por participación en delitos graves en que esté involucrado un grupo delictivo organizado, así como por los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención.

2. Con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa.
3. Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan perpetrado los delitos.
4. Cada Estado Parte velará en particular por que se impongan sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias, a las personas jurídicas consideradas responsables con arreglo al presente artículo.

Finalmente, las 40+9 recomendaciones del GAFI establecen en su recomendación 2 establece: “Se debería aplicar a las personas jurídicas la responsabilidad penal, y en los casos en que no sea posible, la responsabilidad civil o administrativa. Esto no debería obstaculizar a los procedimientos penales, civiles o administrativos paralelos con respecto a personas jurídicas en aquellos países en que se apliquen esas formas de responsabilidad. Las personas jurídicas deberían estar sujetas a sanciones efectivas, proporcionadas y disuasivas. Estas medidas se aplicarían sin perjuicio de la responsabilidad penal de las personas físicas”.

IV. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES QUE PERSIGUEN EL ESTABLECIMIENTO DE UN SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Chile es parte de un conjunto de Convenciones, acuerdos e Instrumentos Internacionales que establecen entre sus requisitos de cumplimiento el establecimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, entre los más importantes se encuentran el GAFI, su grupo regional GAFISUD y la OECD

IV.1. FATF-GAFI.

El Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), formado en París, en 1989, es un organismo intergubernamental dedicado a elaborar y promover medidas para combatir el blanqueo de activos. Este ilícito consiste en el ocultamiento del origen ilegal de fondos o recursos de naturaleza delictual. Sus acciones y recomendaciones buscan impedir que estos activos se

utilicen en actividades delictivas futuras y afecten a las actividades económicas lícitas.

La totalidad de los aspectos relevantes del combate contra el blanqueo de activos se refleja en el contenido de las 40 Recomendaciones que el GAFI promueve adopten los países. Estas se redactaron en 1990; con posterioridad, sin embargo, han experimentado varias actualizaciones que buscan reflejar la experiencia adquirida y las adaptaciones que han tenido las estrategias antidelictuales para enfrentar de forma más eficaz el blanqueo de activos.

Después de los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001, en una reunión plenaria extraordinaria, realizada los días 29 y 30 de octubre del mismo año, el GAFI resolvió ampliar su mandato original e incluir entre los delitos que combate, el financiamiento del terrorismo, adoptando un nuevo conjunto de ocho Recomendaciones Especiales sobre la financiación de este fenómeno, a las cuales se sumó posteriormente una novena adicional. Esto dio lugar al instrumento conocido como las 40 + nueve Recomendaciones del GAFI.

IV.2. GAFISUD.

El Grupo de Acción Financiera del Sur (GAFISUD), es una organización intergubernamental de base regional que agrupa a los países de América del Sur para combatir el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo, a través del compromiso de mejora continua de las políticas nacionales implementadas en la prevención y combate de ambos delitos y la profundización de los distintos mecanismos de cooperación entre los países miembros.

Se creó formalmente el 8 de diciembre de 2000, en Cartagena de Indias, Colombia, mediante la firma del Memorando de Entendimiento constitutivo del grupo por los representantes de los gobiernos de diez países: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Perú y Uruguay.

El cumplimiento de los parámetros contenidos en las Cuarenta Recomendaciones, que GAFISUD ha hecho suyas, supone la vocación de conseguir los instrumentos necesarios para una política global completa, para combatir este delito. Así pues, se persigue una actuación integradora de todos los aspectos legales, financieros y operativos y de todas las instancias públicas responsables de esas áreas.

Por ello, el compromiso se dirige a las siguientes acciones:

- a. La tipificación del delito de lavado de activos, teniendo como delito subyacente no solo el de narcotráfico sino otros delitos graves,

- b. La construcción de un sistema de prevención del delito que incorpora obligaciones para el sistema financiero de identificación del cliente y comunicación de operaciones sospechosas;
- c. La incorporación en los sistemas legales de las medidas que permiten perseguir eficazmente el delito en las fases de investigación y en el proceso; y
- d. El desarrollo de los más avanzados mecanismos de cooperación entre Estados para la investigación y persecución del delito.

Los países integrantes del GAFI y sus grupos regionales están sujetos a evaluaciones periódicas, las cuales tienen como objetivo el medir el nivel de cumplimiento de los estándares internacionales exigidos en materia financiera con relación a la prevención y combate del Lavado de Activos.

Dentro de estas evaluaciones, Chile el año 2006 fue sometido a una revisión de sus procedimientos y normas, y en especial al sistema de sanciones existentes para las personas jurídicas, en dicho informe se menciona que:

“En cuanto a la responsabilidad de las personas jurídicas en casos de lavado de dinero, en Chile no existe ninguna norma que haga extensiva la responsabilidad penal de las personas físicas que actúan en nombre de alguna persona jurídica hacia esta última. Si bien es cierto que en Chile, al igual que en la mayoría de los ordenamientos jurídicos...; la referencia hacia “una responsabilidad penal por lavado de activos extensiva a las personas jurídicas tiene por sentido la necesidad de que los ordenamientos jurídicos prevean normas de carácter administrativo sancionatorio para aquellas personas jurídicas a cuyo nombre una persona natural comete un ilícito. Resulta necesario entonces que Chile contemple la necesidad de legislar expresamente la responsabilidad de las personas jurídicas en aquellos casos en que utilizando esa personería se cometa el delito de lavado de activos. Es necesario que la legislación chilena incluya normas que prevean sanciones penal-administrativas (o administrativo-sancionatorias) para las personas jurídicas cuando el delito de lavado de activos sea cometido por quienes actúan como órgano de decisión o de representación de las mismas”⁹.

IV.3. Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo.

El Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, ratificado por Chile con fecha 10 de noviembre de 2001, contiene

⁹ GAFISUD, *Informe de Evaluación mutua sobre Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo de Chile*, diciembre de 2006, pp. 29-31.

en esta materia el compromiso específico de abordar la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Su artículo 5° dispone que los Estados Parte, de conformidad con sus principios jurídicos internos, adoptarán las medidas necesarias para que se pueda establecer la responsabilidad de una persona jurídica domiciliada en su territorio o constituida con arreglo a su legislación, cuando alguien responsable de su dirección o control cometa, en esa calidad, uno de los delitos establecidos en dicho Convenio.

Se añade que los Estados Parte, en particular, velarán por que las entidades jurídicas estén sujetas a sanciones penales, civiles o administrativas eficaces, proporcionadas y disuasorias. Esas sanciones pueden incluir sanciones de carácter pecuniario.

IV.4. Resolución N° 1373 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y la prevención y represión del financiamiento del terrorismo.

Con ocasión de los atentados terroristas ocurridos en Estados Unidos, en el año 2001, el Consejo de Seguridad, actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, dictó la Resolución N° 1373. En dicha Resolución se decidió que todos los Estados debían prevenir y reprimir la financiación de los actos de terrorismo.

Asimismo, se dispuso que los Estados debían prohibir a sus nacionales y a todas las personas y entidades que existan en sus territorios, la entrega de fondos, recursos financieros o económicos a las personas que cometan o intenten cometer actos de terrorismo, a las entidades que sean de la propiedad o estén bajo el control de esas personas y a las personas y entidades que actúen en nombre de esas personas o bajo sus órdenes.

La Resolución también dispuso que todos los Estados debían abstenerse de proporcionar todo tipo de apoyo, activo o pasivo, a las entidades o personas que participen en la comisión de actos de terrorismo. Adicionalmente, se estableció que debía asegurarse el enjuiciamiento de las personas que participen en la financiación, planificación, preparación o comisión de actos de terrorismo o que presten apoyo a esos actos. Asimismo obligó a asegurar otras medidas de represión de esos actos. Dichos actos, también, deben ser tipificados como delitos graves en las leyes y otros instrumentos legislativos internos y que el castigo que se imponga corresponda a la gravedad de esos actos de terrorismo.

Al respecto, el Comité del Consejo de Seguridad establecido por la Resolución N° 1373, ha consultado en los cuestionarios remitidos a Chile, si, en lo que atañe a la aplicación de los apartados a) y d) del párrafo 1 de la referida Resolución N° 1373 y del artículo 5 del Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, se han adoptado medi-

das para establecer la responsabilidad penal de una persona jurídica por los delitos que cometa, en particular respecto de los relacionados con actividades terroristas.

Es necesario destacar que las Resoluciones del Consejo de Seguridad, adoptadas en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, son obligatorias para los Estados Miembros, razón por la cual el Gobierno dispuso mediante el Decreto Supremo N° 488 del año 2001, del Ministerio de Relaciones Exteriores, que las autoridades y organismos públicos velarían para que, en la esfera de sus atribuciones, se cumpla con lo dispuesto en la mencionada resolución.

Las medidas requeridas en esa Resolución implican, entre otras cosas, la adopción de sanciones para las entidades que participan en las actividades prohibidas por ella, las cuales no pueden ser implementadas por la vía administrativa, por lo cual requieren necesariamente su consagración a través de una norma de orden legal, como la que se propone en este proyecto de ley.

IV.5. Convención para combatir el cohecho de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales.

IV.5.1. Organización de Cooperación para el Desarrollo (OCDE).

La Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), nace hace más de 30 años. En la actualidad cuenta con 30 países miembros. Su propósito es ayudar a los gobiernos a comparar las experiencias de sus políticas, buscar respuestas a problemas comunes, identificar buenas prácticas y coordinar políticas.

Entre sus objetivos están el apoyar el crecimiento económico, aumentar el empleo, mejorar la calidad de vida, mantener la estabilidad financiera, asistir a otros países en su desarrollo económico y contribuir al crecimiento de la economía mundial.

Chile, además de ser parte de la Convención de la OCDE contra el Cohecho, ha participado en varios de los comités de esa organización internacional desde hace 10 años. En mayo de 2007, recibió una invitación formal para ingresar como miembro pleno, junto a Estonia, Israel, Rusia y Eslovenia, desarrollándose en la actualidad un proceso de acceso que tiene considerada una hoja de ruta que contempla el total cumplimiento de la normas OCDE, entre ellas las normas de la Convención en comento.

IV.5.2. La Convención para Combatir el Cohecho a los Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales.

El 17 de diciembre de 1997, Chile suscribió la “Convención para Combatir el Cohecho a los Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales”, en adelante, también, la “Convención”, de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), promulgada en nuestro país, después de su correspondiente aprobación parlamentaria, mediante el Decreto Supremo de Relaciones Exteriores N° 496, de 2001, depositando su instrumento de ratificación el 18 de abril de 2001.

En la actualidad, son Partes de la Convención: Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Brasil, Bulgaria, Canadá, Chile, República Checa, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Islandia, Irlanda, Italia, Japón, Corea, Luxemburgo, México, Países Bajos, Nueva Zelanda, Noruega, Polonia, Portugal, República Eslovaca, Eslovenia, España, Suecia, Sudáfrica, Suiza, Turquía, Reino Unido y Estados Unidos.

El 8 de octubre de 2002, se publicó en el *Diario Oficial* la Ley N° 19.829, la que, con el objeto de cumplir con las obligaciones de la misma, modificó el Código Penal incorporando el artículo 250 bis A, que sanciona el delito de cohecho a un funcionario público extranjero en transacciones comerciales internacionales, y el artículo 250 bis B, que define al funcionario público extranjero.

a. Origen y objetivo de la convención.

La OCDE desarrolló esta Convención en el convencimiento que el cohecho a los funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, es un fenómeno ampliamente difundido en esta clase de transacciones. Ello da origen a serios conflictos de carácter moral y político, y es una grave amenaza al desarrollo y preservación de las instituciones democráticas, lo que no solo socava el desarrollo económico, sino que también distorsiona la competencia por el mal direccionamiento de los recursos.

b. Finalidad de la convención.

La Convención establece diversas medidas destinadas a establecer y mejorar la conducta de los Estados Parte, para que se produzcan los efectos necesarios para la consecución del objetivo de combatir el delito de cohecho antes referido.

c. Tipificación del delito.

La Convención, primeramente, procura que los Estados Parte adopten las medidas que sean necesarias para tipificar como delito, lo que se conoce como cohecho a un funcionario público extranjero en transacciones internacionales. Chile, en este aspecto, se encuentra en proceso de dar una adecuada implementación a esta medida solicitada por la Convención.

d. Responsabilidad de las personas jurídicas.

La Convención contempla, enseguida, que se sancione a las personas jurídicas que intervienen en el delito de cohecho a funcionario público extranjero en transacciones internacionales. Lo anterior, por cuanto los principales delitos en los cuales se ven involucradas las personas jurídicas, entre otros, dicen relación con la corrupción pública, lo que produce un impacto social profundo, frecuentemente, mayor al que resulta del actuar de personas naturales.

Para cumplir dicho objetivo, los Estados Parte deben tomar las medidas necesarias para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas, con la finalidad que sean sujetas a sanciones efectivas, proporcionales y disuasivas, incluyendo sanciones pecuniarias.

En la actualidad, la OCDE solicita a los Estados Parte que establezcan la responsabilidad de las personas jurídicas, como la medida más eficaz y uniforme para combatir el delito. Esta medida se encuentra pendiente de implementar en nuestro país.

Los países firmantes de la Convención se comprometieron a castigar el delito de cohecho al funcionario público extranjero, con penas eficaces, proporcionadas y disuasivas, ya sea que el partícipe sea una persona natural o jurídica, de modo de tratar de prevenir la comisión de este tipo de delitos, impedir su reincidencia, permitir la cooperación internacional y la extradición.

Como anteriormente se señaló, la OCDE, solicita a los países miembros, de manera necesaria y apremiante, en sus recomendaciones, el establecimiento de la responsabilidad de las personas jurídicas.

IV.5.5. Evaluación de Chile.

El proceso de evaluación a Chile, en la Primera Fase, para verificar el cumplimiento de las normas de la Convención, se inició en el mes de febrero de 2003, concluyendo durante los días 21 al 24 de octubre del mismo año, en la sede de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), en París, Francia.

En esa oportunidad, el Grupo de Trabajo de la OCDE sobre Cohecho en Transacciones Comerciales Internacionales, emitió un Informe a nuestro país estimando que, si bien se había dado cumplimiento a la exigencia general de la Convención para combatir el Cohecho a los Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, al establecer Chile en su legislación interna el delito de cohecho al funcionario público extranjero, existían ciertas deficiencias y vacíos en la legislación relativas a los elementos del delito, la responsabilidad de las personas jurídicas, el grado de las penas aplicables, la jurisdicción en razón del territorio y de la nacionalidad, elementos todos que serían revisados durante la Segunda Fase de la Evaluación.

El proceso de la Segunda Fase se inició en noviembre de 2006, constituyéndose en nuestro país una delegación evaluadora, en visita *in situ*, que tuvo lugar entre el 26 al 30 de marzo de 2007.

La culminación del proceso de evaluación a Chile, en la Segunda Fase, se realizó en octubre de 2007, en la sede de la OCDE, en París, Francia. En dicha oportunidad, el Grupo de Trabajo expresó su seria preocupación porque Chile no ha adoptado medidas para tratar las recomendaciones de la Primera Fase, relativas al delito de cohecho extranjero, responsabilidad de las personas jurídicas, sanciones, jurisdicción y secreto bancario. En tal sentido, recomendó que Chile tomara prontas medidas para lograr la total conformidad de su normativa con los artículos 1º, 2º, 3º, 4º y 9º de la Convención, referidos a las materias señaladas.

Sobre la base de dichas recomendaciones, el 17 de marzo de 2008, se envió al Congreso Nacional el Mensaje Presidencial Nº 22-356, con el cual se dio inicio a la tramitación de un proyecto de ley que “Adecua la legislación interna a las observaciones y sugerencias efectuadas a Chile por la OCDE, para implementar la Convención para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales”, en actual primer trámite constitucional en la Cámara, para informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia (Boletín Legislativo Nº 5782-07), que contiene modificaciones del delito de cohecho extranjero, sus sanciones y normas sobre jurisdicción.

Observaciones y recomendaciones específicas de la OCDE respecto de la responsabilidad de las personas jurídicas.

La Convención de la OCDE establece, en su artículo 2º, que “cada Parte adoptará las medidas necesarias, de acuerdo con sus principios legales, para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas en los actos de cohecho a un funcionario público extranjero”.

Además, el artículo 3º, Párrafo 2º, estipula lo siguiente: “Si, dentro del ordenamiento jurídico de una Parte, la responsabilidad penal no fuere aplicable a las personas jurídicas, esa Parte deberá proceder de modo que se les

apliquen sanciones eficaces, proporcionadas y disuasivas de carácter no penal, incluidas sanciones pecuniarias, en caso de cohecho a funcionarios públicos extranjeros”.

Durante la citada Primera Fase, se estimó, por parte del Grupo de Trabajo, que Chile no estaba dando adecuado cumplimiento a la responsabilidad de las personas jurídicas, conforme a lo que dispone la Convención en el citado artículo 3º, Párrafo 2º, que establece que si no es posible conforme al ordenamiento jurídico del país imponer responsabilidad penal para las mismas, sí se les deben aplicar sanciones “eficaces, proporcionadas y disuasivas”.

Al culminar la Segunda Fase de evaluación, se recomendó a nuestro país lo siguiente: “El Grupo de Trabajo está profundamente preocupado de que a la fecha de visita en terreno de la Fase 2, realizada en marzo de 2007, Chile no hubiera adoptado ninguna medida para aplicar las recomendaciones hechas por el Grupo de Trabajo en la Fase 1 en materia de responsabilidad legal de las personas jurídicas, sanciones, jurisdicción, secreto bancario o el delito de cohecho internacional. Si bien el Grupo de Trabajo observa que Chile ha realizado esfuerzos por implementar la Convención, recomienda, como se indica más adelante, que Chile adopte a la brevedad medidas para lograr el pleno cumplimiento de los Artículos 1, 2, 3, 4 y 9 de la Convención.

“Como se analizara en el cuerpo de este informe, el Grupo de Trabajo considera que el propósito expresado por Chile en el informe de la Fase 1 de subsanar varios de los problemas de incumplimiento de la Convención como parte del proceso general de reforma del Código Penal no se ha cumplido. El Grupo de Trabajo observa la naturaleza aún muy preliminar del proyecto de reforma del Código Penal y su incierto calendario y resultado.

“En este contexto, el Grupo de Trabajo observa con interés los esfuerzos realizados por Chile desde la visita en terreno realizada en marzo de 2007 por redactar leyes sobre las sanciones aplicables a las personas jurídicas por cohecho internacional, fuera del contexto de la reforma del Código Penal. Insta a Chile a adoptar con urgencia leyes que estipulen la responsabilidad legal y sanciones a las personas jurídicas que cumplan a cabalidad con la Convención. Respecto del delito de cohecho internacional, las sanciones en general y jurisdicción, el Grupo de Trabajo también observa que la labor preliminar del Grupo Nacional de Expertos contra la Corrupción (GNECC) con miras a elaborar proyectos de leyes empezó luego de la visita en terreno. El Grupo de Trabajo insta a adoptar prontamente leyes en estas materias, así como en el ámbito del secreto bancario”¹⁰.

¹⁰ OCDE, “Informe sobre la aplicación de la Convención contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales y Recomendación de 1997 sobre la lucha contra el cohecho en las transacciones comerciales internacionales”, Chile Fase 2, octubre de 2007, pp. 130-131.

VI. CUMPLIMIENTO DE LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN CHILE

Tal como se expuso en los párrafos anteriores, en nuestro país no existe un sistema armonizado de sanciones penales-administrativas que afecten a las personas jurídicas. Sí existen en Chile sanciones administrativas asociadas a la responsabilidad de cierta categoría de personas jurídicas, pero carecen de la uniformidad y generalidad necesarias, así como también, de las características que las hagan eficaces, proporcionales y disuasivas.

En consecuencia, no cumplen con los estándares de los compromisos internacionales antes mencionados.

VI.1. Necesidad de implementar la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Las razones anotadas en los párrafos anteriores han llevado a la necesidad de plantear derechamente la implementación de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en delitos especialmente graves que afectan bienes jurídicos colectivos trascendentes, como el lavado de activos y cohecho, en cuya comisión participan, en numerosas oportunidades, las empresas en sentido lato.

Si atiende además el hecho que la complejidad de establecer un sistema de sanciones civiles-administrativas implica crear una institucionalidad nacional, que regule y se encargue de la supervisión de todas las personas jurídicas que existen en el país, y que conjuntamente con ello esté capacitada para llevar a cabo los procedimientos sancionatorios e imponer las sanciones que de ellos puedan emanar. Ello no solo significa un enorme costo financiero, sino que también identificar aquellas normas e instituciones que ya cuentan con esta potestad y transferir dicha facultad a esta nueva institución. Junto con ello deben considerarse todos los inconvenientes de índole administrativos que podría contener una iniciativa de este tipo, como por ejemplo el tema del contencioso administrativo.

A modo de ejemplo, basta solo citar la debilidad de la fiscalización administrativa que ejerce el Ministerio de Justicia, con sus actuales recursos, respecto de un solo segmento de las Personas Jurídicas, como son las corporaciones y fundaciones.

Por ello, la posibilidad de abordar un sistema de responsabilidad penal es una alternativa razonable por cuanto:

- a) No hay limitaciones constitucionales ni legales, ya que como se ha mencionado en los párrafos anteriores la oposición jurídica es esencialmente

de un sector de la doctrina nacional que estima que no puede aplicarse responsabilidad penal a los entes jurídicos.

- b) El costo financiero de una reforma de este tipo es significativamente menor, pues si bien requiere de ajustes de índole institucional, esto se puede implementar aprovechando la institucionalidad existente en materia penal: Tribunales, Ministerio Público, Defensoría Penal Pública.

Esto complementado aún más si se considera que “la inmunidad penal de las empresas se ha fomentado con el fin de fomentar su desarrollo económico, en tanto pieza clave del sistema económico moderno (...) el principio *societas delinquere non potest* no tiene valor ontológico, mas es expresión de la fuerza de las leyes del poder económico. El riesgo del patrimonio que se afecta dentro del juego de las actividades económicas es protegido por las limitaciones de responsabilidad (...) De esta manera se ha asentado en el derecho penal eurocontinental un dogma, *societas delinquere non potest*, esto es que la responsabilidad penal es siempre de personas físicas, no de entes colectivos, con todas las consecuencias que ello tiene en la teoría del delito”¹¹.

La decisión de abordar la materia de la manera antes señalada, se reflejó en una indicación sustitutiva al proyecto de ley que autoriza el levantamiento del secreto bancario en materia de lavado de activos (Boletín N° 4426-07), en actual tramitación legislativa, que planteó entre otras materias el establecimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos referidos, así lo manifiestan los fundamentos del referido proyecto al plantear: “por ello, y concordante con la política del Estado de Chile de dotar a sus instituciones de un marco jurídico adecuado en el combate de estos flagelos, es que el presente proyecto de ley contiene normas que permiten, entre otros aspectos, y como se detallará más adelante, adecuar el actual tipo penal de lavado de activos, ajustar los delitos base que contempla la Ley N° 19.913, dar un paso significativo en la potestad sancionatoria del estado respecto de las personas jurídicas cuando estas han sido utilizadas con el fin de lavar activos o financiar actividades de tipo terrorista”¹².

Por ello, nuestro país debe abordar prontamente esta discusión, no solo con el fin de dar cumplimiento a los diferentes compromisos que ha asumido, sino que también para poder contar con instrumentos, procedimientos y sanciones eficaces que permitan prevenir y combatir los nuevos delitos y fenómenos criminales que nacen y se ejecutan al interior de las personas jurídicas.

¹¹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases para...*, p. 38.

¹² Mensaje 136-355 de abril de 2007 que formula indicación sustitutiva al proyecto de ley que autoriza el levantamiento del secreto bancario en investigaciones de Lavado de Activos, Boletín legislativo N° 4426-07.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BACIGALUPO SAGESSE, Silvina, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona, Bosch Casa editorial, 1998, 445 pp.
- GAFISUD, *Informe de Evaluación mutua sobre Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo de Chile*, Buenos Aires, 2006, 153 pp.
- Grupo de Acción Financiera Internacional (FATF-GAFI), *40+9 recomendaciones*, texto actualizado, 2003, 27 pp.
- Mensaje 136-355 que formula indicación sustitutiva al proyecto de ley que autoriza el levantamiento del secreto bancario en investigaciones de Lavado de Activos, Boletín Legislativo Nº 4426-07, Valparaíso, 2007, 21 pp.
- OCDE, "Informe sobre la aplicación de la Convención contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales y Recomendación de 1997 sobre la lucha contra el cohecho en las transacciones comerciales internacionales", Chile Fase 2, París, octubre de 2007, 151 pp.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, ONU, *Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, Palermo, 2003, 53 pp.
- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN ECONÓMICA Y EL DESARROLLO, OECD, *Convención para combatir el cohecho de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales*, París, 1997, 24 pp.
- PRAMBS JULIÁN, Claudio, *El delito de blanqueo de capitales*, Santiago, LexisNexis, 2006, 585 pp.
- ZÚNIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, 2ª edición, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2003, 273 pp.