

Manual de Delitos económicos y Responsabilidad penal de las personas jurídicas

Dos estatutos nuevos

Cesar Zamorano Quitral

Este texto fue escrito en Machalí (Tierra de Brujos), Región de O'Higgins. Está registrado bajo el N°2023-A-10156; con fecha 15 de septiembre de 2023.

Lo único que el Manual tiene de completamente creativo es la portada, que la diseñó Bárbara, mi hija (@barbarasofia_art).

Se trata de un estudio crítico de los nuevos estatutos propuestos por la ley 20.595, que viene a transformar el Derecho Penal y los delitos de empresa. Parece un texto procedimental pero no hay nada más sustantivo que la pena, así que es también Penal sustantivo, diferente, pero Penal.

No hay referencia en detalle a los más de 250 tipos penales que integran los catálogos pues, más que la compilación de monografías a que nos han acostumbrado las editoriales, el fin es proporcionar una mirada de conjunto, de la operatoria de los estatutos, y tratar de establecer los estándares con los cuales ha de juzgarse los programas de Compliance. Esta última perspectiva tributa a las buenas prácticas de Management.

Le debo mucho a mis amigos y Milton Parra no alcanzó a conocer el texto, dedico esta edición a su recuerdo.

*Manual de
Delitos económicos y
Responsabilidad penal
de las personas
jurídicas*

Dos estatutos nuevos

ÍNDICE

ÍNDICE DE GRÁFICAS	4
PRIMERA PARTE DELITOS ECONÓMICOS	5
INTRODUCCIÓN	7
CÓMO PERCIBIMOS Y APRECIAMOS A LAS EMPRESAS Y CÓMO ESO CAMBIÓ	10
CRIMINALIDAD DE EMPRESA	14
DERECHO PENAL ECONÓMICO	31
EL OBJETO DE PROTECCIÓN DE LA NORMA. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	38
MARCO TEÓRICO	38
BIEN JURÍDICO SUPRAINDIVIDUAL	39
CRITERIOS PARA LA CONCEPTUALIZACIÓN	45
CARACTERÍSTICAS DE LA DELINCUENCIA ECONÓMICA	52
1. Tiene un objeto económico.	53
2. Es profesional.	54
3. Es organizada.	55
4. Es internacional.	56
5. Afecta la libertad económica.	56
FORMAS DE IMPUTACIÓN	57
ANÁLISIS NORMATIVO	62
DEBERES POSITIVOS Y NEGATIVOS	63
DETERMINACIÓN DE LAS CONDUCTAS Y LEYES PENALES EN BLANCO	65
FINALIDAD DEL PROYECTO	70
PROBLEMAS DETECTADOS.	76
ESTRUCTURA DE LA LEY 20.595	78
CATEGORÍAS DE DELITOS ECONÓMICOS	83
DETERMINACIÓN DE LA PENA	90
OPERATORIA DE LA LEY	93
MODIFICATORIAS	95
PRIMER PATRÓN DE ASIGNACIÓN	96
SEGUNDO PATRÓN DE ASIGNACIÓN.	99
LA COOPERACIÓN EFICAZ	103
REGLAS TEMPORALES DE COOPERACIÓN EFICAZ	104
PRIMERA FASE: DETERMINACIÓN DEL MARCO PENAL A PARTIR DEL MARCO LEGAL	108
SEGUNDA FASE: DETERMINACIÓN DE LA PENA A PARTIR DEL MARCO PENAL.	110
PENAS SUSTITUTIVAS	114
REMISIÓN CONDICIONAL	118
RECLUSIÓN PARCIAL	123
SOBRE LA PENA DE MULTA	130

DETERMINACION DE LA PENA DE MULTA _____	135
PRIMERA FASE: DETERMINACIÓN DEL MARCO PENAL A PARTIR DEL MARCO LEGAL _____	139
SEGUNDA FASE: INDIVIDUALIZACIÓN A PARTIR DEL MARCO PENAL _____	141
EL AUMENTO DE VALOR EN CONSIDERACIÓN AL PATRIMONIO. _____	144
CONSECUENCIAS ADICIONALES A LA PENA. _____	146
INHABILITACIONES. _____	146
INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DE CARGOS U OFICIOS PÚBLICOS _____	151
INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DE CARGOS GERENCIALES _____	153
INHABILITACIÓN PARA CONTRATAR CON EL ESTADO _____	154
COMISO DE GANANCIAS _____	156
NATURALEZA DEL COMISO DE GANANCIAS _____	158
DESARROLLO DE LA INSTITUCIÓN _____	160
ANÁLISIS DE LAS HIPÓTESIS DE COMISO DE GANANCIAS SIN CONDENA PREVIA _____	163
MEDIDAS CAUTELARES PARA EL ASEGURAMIENTO DE ACTIVOS PATRIMONIALES _____	167
PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE COMISO DE GANANCIAS _____	169
PROCEDIMIENTOS CON SENTENCIA CONDENATORIA PREVIA _____	169
PROCEDIMIENTO PARA EL COMISO SIN CONDENA PREVIA _____	170
EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA QUE DISPONE EL COMISO DE GANANCIAS _____	173
ACCIÓN CIVIL _____	173
CONFLICTOS CONCURSALES _____	175
SEGUNDA PARTE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS _____	183
IMPUTACIÓN JURÍDICO PENAL EN ESTRUCTURAS EMPRESARIALES _____	190
IMPUTACIÓN “BOTTOM UP” Y “TOP DOWN”. _____	195
LA DELEGACIÓN DE FUNCIONES EN CONTEXTOS EMPRESARIALES. _____	195
MODELO DE IMPUTACIÓN ELEGIDO _____	200
GOBIERNO CORPORATIVO _____	207
PERSPECTIVA CRIMINOLÓGICA _____	210
COMPLIANCE PROGRAMS _____	212
EVOLUCIÓN DEL MODELO _____	214
CONTENIDO DEL COMPLIANCE _____	221
COMPLIANCE Y CULTURA EMPRESARIAL _____	223
COMPLIANCE COMO DELEGACIÓN DE FUNCIONES DE PREVENCIÓN _____	225
WHISTLEBLOWING _____	227
APLICACIÓN EFECTIVA DE LOS COMPLIANCE PROGRAM. _____	232
ELABORACIÓN DEL PROGRAMA DE COMPLIANCE _____	238
DISEÑO DEL MODELO DE PREVENCIÓN _____	241
GESTIÓN DE STAKEHOLDERS _____	242
IDENTIFICACIÓN Y GESTIÓN DE RIESGOS _____	243
COMUNICACIÓN, APLICACIÓN Y CAPACITACIÓN SOBRE EL PROGRAMA, PARA SU EFECTIVA IMPLEMENTACIÓN. _____	249

CALIDAD Y CAMBIOS. CONTROL Y SEGUIMIENTO DE LAS NORMAS DERIVADAS DEL PROGRAMA A EFECTOS DE REVISIÓN.	250
OFICIAL DE CUMPLIMIENTO	253
SUPERVISIÓN DEL PROGRAMA POR AGENTES EXTERNOS.	258
EFECTOS DEL PROGRAMA	261
DIRECTORIOS Y ALTA GERENCIA	268
CATÁLOGO DE DELITOS	270
SUJETOS PASIVOS	270
PRESUPUESTOS DE LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL	271
MODELO DE PREVENCIÓN DE DELITOS	273
AUTONOMÍA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA	274
CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS	279
CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES	279
LA COLABORACIÓN SUSTANCIAL	281
EL PROGRAMA DE COMPLIANCE COMO ATENUANTE	282
CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES	284
CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS	285
CATÁLOGO DE PENAS	285
ANÁLISIS Y APLICACIÓN DE LAS PENAS.	287
LA EXTINCIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA	290
INHABILITACIÓN PARA CONTRATAR CON EL ESTADO	292
LA PÉRDIDA PARCIAL O TOTAL DE BENEFICIOS FISCALES O PROHIBICIÓN ABSOLUTA DE RECEPCIÓN DE LOS MISMOS POR UN PERÍODO DETERMINADO	293
SUPERVISIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA.	296
PENA DE MULTA	300
MULTA COMO SANCIÓN SUSTITUTIVA	301
PUBLICACIÓN DE UN EXTRACTO DE LA SENTENCIA CONDENATORIA	304
COMISO DE GANANCIAS	305
REGLAS DE DETERMINACIÓN	308
EJECUCIÓN DE LA PENA Y LAS CONSECUENCIAS ADICIONALES EN CASO DE DISOLUCIÓN O TRANSFORMACIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA. DUE DILIGENCE.	310
EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA.	315
REGLAS DE PROCEDIMIENTO	317
EN LO RELATIVO A LA INVESTIGACIÓN.	317
SOBRE MEDIDAS CAUTELARES	318
SOBRE GARANTÍAS PROCESALES	320
FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	320
REPRESENTACIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA	322
IMPROCEDENCIA DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD	325
SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCEDIMIENTO	326
PROCEDIMIENTOS APLICABLES	330
SUSPENSIÓN DE LA CONDENA	332

BIBLIOGRAFÍA	337
Anexo 1 Delitos Económicos de Primera Categoría	343
Anexo 2 Delitos Económicos de Segunda Categoría	344
Anexo 3 Delitos Económicos de Tercera y Cuarta Categoría	348

ÍNDICE DE GRÁFICAS

TABLA 1 ESTRUCTURA DE LA LEY	78
TABLA 2 CATEGORÍAS DE DELITOS	78
TABLA 3 CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS	108
TABLA 4 DETERMINACIÓN DEL MARCO PENAL	108
TABLA 5 INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA	113
TABLA 6 MARCO LEGAL DE LAS PENAS DE MULTA	136
TABLA 7 DETERMINACIÓN DEL MARCO PENAL	139
TABLA 8 INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA DE MULTA	142
TABLA 9 CONSECUENCIAS ADICIONALES A LA PENA	155
TABLA 10 GESTIÓN DE STAKEHOLDERS	242
GRÁFICA 1: MATRIZ DE PODER/INTERÉS DE STAKEHOLDERS	243
GRÁFICA 2: ACTIVIDADES PARA GESTIÓN DE LOS RIESGOS	244
GRÁFICA 3: PLAN DE GESTIÓN DE LOS RIESGOS	246
GRÁFICA 4: MATRIZ DE NIVELES DE RIESGO	247
TABLA 11: MATRIZ DE COMUNICACIONES	250
GRÁFICA 5: CICLO DE VIDA DEL COMPLIANCE PROGRAM	260
TABLA 12: ESCALA DE PENAS	287
TABLA 13: EXTENSIÓN DE LAS PENAS	288
TABLA 14: ESCALA DE PENAS	288
TABLA 15: CIRCUNSTANCIAS RELEVANTES	308

PRIMERA PARTE
DELITOS
ECONÓMICOS

“No es la vida la que debe plegarse a los principios, sino éstos modelarse sobre aquélla.”

Rudolph von Jhering

INTRODUCCIÓN

En nuestro país, siempre tan reacio a extender el largo brazo de la ley a los delitos económicos, los “*White collar Crime*” o “*Corporate Crime*”, ésta fue materia reservada a iniciados, con una legislación dispersa y altamente técnica.

Pero la extrema funcionalización del Derecho penal, de la que hemos renegado en cada lugar que ha sido posible, tratándose del denominado Derecho penal nuclear, y el cumplimiento de obligaciones internacionales derivadas de manera directa de nuestra incorporación al club de la OCDE y de manera más remota al estatuto de Derechos Humanos y Empresa^{1 2}, derivó en un giro radical.

Porque por más que la hiperactividad penal del Congreso Nacional haya producido en muy breve plazo, una serie de normas destinadas a combatir la delincuencia, ella siempre se centró en el núcleo duro de la criminalidad

¹ Los Principios Rectores para empresas multinacionales de 2011 imponen a los Estados la obligación de establecer sanciones penales para este tipo de violaciones. El moderno Derecho de los derechos humanos está construido sobre una doble base: los Estados no sólo están obligados a no violar los derechos humanos, sino además deben impedir que las personas naturales o jurídicas creadas conforme a su Derecho interno y por tanto sometidas a su control los violen, eso determina la obligación de investigar y sancionar los atentados ejecutados por ellos.

² En la Unión Europea, la Directiva (UE 2014/95) sobre información no financiera por parte de las empresas obliga a las empresas matrices de un grupo de más de 500 empleados a publicar cuentas anuales (estados) no financieras (art. 29 bis). A través de un “estado no financiero consolidado” deben proporcionar información “en la medida que resulte necesaria para comprender la evolución, los resultados y la situación del grupo, y el impacto de su actividad relativa, como mínimo, a cuestiones medioambientales y sociales, así como relativas al personal, al respeto a los derechos humanos y a la lucha contra la corrupción y el soborno”. En febrero de 2017 el Parlamento francés, en cumplimiento de las obligaciones que se desprenden de los Principios Rectores de Naciones Unidas, ha aprobado la Ley de vigilancia empresarial que constituye un hito importante en esta materia que sanciona con multas de hasta 10 millones de euros a las personas jurídicas francesas que no cuenten con su programa de cumplimiento en materia de derechos humanos, abarcando a sus empresas filiales y proveedores.

tradicional. Así se aumentaron las penas y se restringió la discrecionalidad judicial en la determinación, se anticipó la tutela, se ampliaron los tipos penales y las facultades intrusivas, todo aquello que Jesús María Silva Sánchez describió tan bien en su Expansión del Derecho Penal³.

Y con ello la mesa se encontraba servida.

Por más que se tratara de un reclamo urgente, pues nuestra ley sobre Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas era más simbólica que efectiva, progresivamente se fue ampliando su ámbito de cobertura, de 3 delitos a una veintena, hasta que llegó la ley 21.595 a cambiarlo todo.

Incluso el modo en que pensamos el Derecho Penal, pues es (era) frecuente escuchar en el foro, en círculos de abogados operadores del sistema penal, que la Teoría de la Imputación Objetiva era cuestión de académicos, pero sin recepción en los Tribunales, que se mantienen finalistas. Ahora se vuelve un insumo indispensable. La imputación *“no debe ser entendida como aquel proceso de atribución de un injusto típico a una conducta que se fundamenta en criterios individuales; es decir, por las características inmanentes de la persona (por ejemplo, la previsibilidad), sino desde la realidad social”*⁴, es decir, desde el ámbito de organización de cada persona a propósito de la posición que ocupa en un sector de la sociedad, en una empresa, entes donde prevalecen la delegación, la especialización y la externalización.

Según veremos, la única forma de entender de manera sistemática el nuevo estatuto de delitos económicos y su proyección a las empresas es

³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús. (2001)

⁴ VALDEZ, Francisco. p. 45.

prescindiendo del causalismo naturalista e imputando a quien no obra dentro de los parámetros establecidos por el rol que la sociedad le asigna, es decir, asumiendo una verificación meramente normativa acerca de la adecuada implementación de un Programa de Prevención, como política general de fidelidad con el derecho, con la vigencia de la norma⁵.

“Societas delinquere non potest” la frase atribuida malamente a los legisladores romanos, pues parece haber sido acuñada por Feuerbach, se mantiene vigente en el inciso segundo del artículo 58 del Código Procesal Penal.

Pero del mismo modo que el artículo 10 número 2 del Código Penal declara que los menores de 18 años están exentos de responsabilidad criminal y sin embargo hay Responsabilidad Penal Adolescente; con las Empresas, las organizaciones, y respecto de los delitos económicos, en un sentido amplio según se verá, se crea un estatuto nuevo, en realidad dos.

⁵ En nuestro país Navas, Parte General, p. 28-29; niega que se trate de un nuevo Derecho penal: “Por el contrario, se debe recurrir a los principios y a los mismos criterios de imputación que ha desarrollado la dogmática por más de ciento cincuenta años. Entender lo contrario, implicaría que cada rama del derecho penal tendría que ser comprendida y analizada como un nuevo sistema con reglas distintas.”