

COMENTARIOS AL PROYECTO DE LEY SOBRE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS (Boletín 6.423-07)

I.- Antecedente

La Comisión Constitución, Justicia y Reglamento del Senado, ha solicitado a Libertad y Desarrollo su opinión sobre el proyecto de ley que establece un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas en ciertos casos (Boletín N° 6.423-07). A continuación nos referimos a la materia consultada.

II.- Cuestiones previas

El proyecto en análisis, pretende en su formulación actual establecer una responsabilidad penal de las personas jurídicas. Este proyecto tiene un sinnúmero de problemas técnico-jurídicos, pero sólo nos referiremos a los que estimamos más importantes.

En todo caso, es importante hacer dos precisiones previas:

1.- No nos oponemos, ni sabemos de nadie que lo haya hecho, a que las personas jurídicas sean objeto de sanción con ocasión de los delitos que hayan cometido sus personeros y en beneficio de ellas. Específicamente, en los casos de cohecho y lavado de activos la persona jurídica como tal puede haber tomado la decisión de realizar ciertas conductas ilícitas para obtener un provecho económico y por lo mismo es apropiado que sea sancionada, más allá de la responsabilidad penal de los individuos. Es decir, debe existir la disuasión de una sanción en ambos niveles: persona natural y jurídica. En el caso de financiamiento de terrorismo, no se advierte con tanta claridad que la persona jurídica persiga beneficio económico –que parece ser la lógica subyacente al proyecto- al realizar un ilícito de ese tipo y el tema debiera ser objeto de un estudio más profundo.

2.- Este proyecto forma parte de conjunto que pretende acoger recomendaciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), como condición para lograr la incorporación a este organismo.

Sobre este punto, cabe precisar que la OCDE no exige necesariamente la existencia de una responsabilidad propiamente

penal, sino solamente que haya sanción una efectiva y disuasoria. En efecto, en la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Internacionales (1997), en el artículo 3.2 se expresa que *“Si, dentro del sistema jurídico de una de las Partes, la responsabilidad penal no es aplicable a las personas morales, ésta Parte deberá asegurar que éstas queden sujetas a sanciones eficaces, proporcionadas y disuasivas de carácter no penal, incluyendo sanciones pecuniarias, en casos de cohecho a servidores públicos extranjeros.”*

Por consiguiente, la pretensión de OCDE se vería satisfecha con un adecuado sistema sancionatorio a nivel administrativo o civil, sin que deba llegarse a establecer un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas

III.- Análisis del proyecto

1.- Responsabilidad penal de las personas jurídicas: concepto cuestionable y de consecuencias complejas

Establecer un régimen de responsabilidad penal para las personas jurídicas, que son entes ficticios, es jurídica y conceptualmente discutible, pero además es contrario a la práctica y realidad del sistema jurídico e institucional chileno, y puede generar consecuencias indeseadas.

En efecto, más allá de cualquier consideración teórica, nuestra legislación vigente y la práctica jurisprudencial, hacen sinónimo de responsabilidad penal, la aplicación de penas corporales (ya casi en desuso) y las privativas y restrictivas de la libertad. Todas éstas, sólo pueden tener por sujeto pasivo a las personas naturales o individuos. Ello no evita que otras penas, fundamentalmente de carácter económico (típicamente la multa), se puedan aplicar también como accesorias, pero siempre asociadas a una pena privativa o restrictiva de la libertad; sólo en este caso son consideradas sanciones penales. Siempre que las multas se aplican como sanciones principales, no asociadas a la privación de libertad, ellas adquieren el carácter de sanciones civiles y su persecución queda normalmente entregada a órganos administrativos. Asimismo, la revisión de lo resuelto o la directa aplicación a tribunales no criminales; nunca al aparato de persecución penal (hoy Ministerio Público) y a tribunales del crimen.

Ejemplos de lo anterior, son las sanciones por infracción a la legislación que protege la libre competencia, a la Ley de Valores (en que se contemplan ambos tipos de ilícitos), legislación tributaria, de salubridad pública, etc.

Se ha dicho que la división anterior no efectiva, porque el Código Penal contempla expresamente la multa y otras sanciones no privativas o restrictas de libertad, como penas autónoma (ejs.: delito de usurpación; diversas faltas).

Quienes argumentan así, olvidan que el Código Penal fue aprobado en 1874 y que en ese tiempo se concebía al derecho penal como un sistema que agotaba básicamente la potestad sancionatoria del Estado. Desde esa época, nuestra legislación ha evolucionado importantemente y se fue creando toda una legislación que ocupa las multas y otras sanciones de carácter económico (ej. la clausura) como mecanismo de sanción no penal. Más aún, modernamente no se utiliza la multa como pena autónoma para castigar delitos y siempre que ella se emplea como sanción principal, se trata de una responsabilidad administrativa, cuya aplicación se encomienda a órganos administrativos y no al aparato de persecución penal. A éste, de hecho sólo se le encomienda la persecución de infracciones penadas con cárcel, que se entienden ser delitos. Cuando hay una multa, por el contrario, no se entiende que la infracción sea delito.

Por consiguiente, esa es la realidad hoy: la línea divisoria entre responsabilidad penal y administrativa o civil, es la existencia de una pena privativa de libertad.

El proyecto, al concebir la responsabilidad de las personas jurídicas por ciertas infracciones legales como de carácter penal y asignarles penas no privativas de libertad, puede crear un grave problema de interpretación jurídica y motivar una revisión de la constitucionalidad de las normas que han establecido multas como sanciones no penales. En efecto, al restituir la lógica que la multa es una sanción penal y no habiendo un criterio que permita “trazar la línea” diferenciadora entre multas como sanción penal y como sanción administrativa, se podría sostener que siempre debe interpretarse como penal (criterio más garantista que debiera primar) y sólo puede ser perseguida por el aparato de persecución penal, con el nivel de garantías inherente al mismo.

Sin duda que este debate será planteado ante el Tribunal Constitucional, el que se verá en dificultades para determinar un criterio. Este no podría ser que el legislador decida si la multa será penal o no, porque ello sería discrecional y el otorgamiento de garantías propias del sistema persecutorio penal quedaría entregado al arbitrio legislativo.

En suma, este proyecto puede estar introduciendo una verdadera “cuña” en las certezas jurídicas que hoy gobiernan nuestro sistema jurídico y crear inconvenientes de insospechados alcances.

2.- Penas y escala de penas

Al establecer una responsabilidad penal de las personas jurídicas por estar vinculadas con ciertos ilícitos, se genera la necesidad de crear una variedad de penas y escalas de penas, se introduce la lógica del Código Penal. Algunas de estas penas resultan ser indefinidas en su alcance y aplicación.

Al respecto, debe recordarse, que conforme los incisos penúltimo y final del artículo 19 N° 3 de la Constitución, las penas son materia de ley. Señalan éstos que:

"Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.

Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella;"

No puede caber duda que, conforme las disposiciones constitucionales transcritas, la pena en los delitos debe estar determinada en la propia ley y ser precisa conforme a ella.

Al revisar algunas de las penas que establece el proyecto, su alcance no es claro y al final queda entregado por completo al juez., lo que podría configurar un vicio de inconstitucionalidad.

En efecto, "la sanción de "prohibición de realizar actividades determinadas" (art. 11) tiene dos dimensiones:

"a) Paralización parcial de la actividad de la empresa. Ésta implica la suspensión de toda actividad, salvo aquéllas imprescindibles para mantener el giro básico de los negocios, la continuidad de la persona jurídica o el mantenimiento de las fuentes de trabajo por un plazo que no podrá exceder de tres años".

Aparte de la redacción contradictoria ("paralización parcial implica suspensión de toda actividad"), son tales las excepciones, que parece no haber espacio lógico para aplicar la pena. ¿Qué es el giro básico de una empresa? Finalmente el juez decidirá qué se paraliza, lo que dejar un ámbito demasiado amplio a la discrecionalidad judicial.

"b) Prohibición de realizar actividades u operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquéllos en cuyo ejercicio se haya cometido el delito del cual deriva la responsabilidad penal de la persona

jurídica, por un mínimo de uno y un máximo de cinco años”.

No es nítido qué son “operaciones de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido el delito”. Por ejemplo, cuando una empresa acepta un aporte de capital que proviene de lavado de dinero, ¿significa que no podrá aumentar su capital durante el lapso de la condena; es el aporte de capital una actividad? Nuevamente la discrecionalidad del juez es amplia, por la indefinición en el alcance de las penas.

En la pérdida de beneficios fiscales, se considera la privación de subsidios. Pero ello puede afectar a otros, como por ejemplo el subsidio por contratación de mano de obra, que lo que pretende es que haya empleo. Se habla de privación de “créditos fiscales”: ¿podría afectar el crédito fiscal del IVA?

Además, cuando se prohíbe realizar actividades económicas en las cuales ha incidido el delito, ello entra en contradicción con el sistema que ocupa nuestra legislación de establecer inhabilidades para participar en ciertos rubros (bancos, corredores de bolsa, AFP). ¿Cesan ellas cuando vence el plazo de la pena; hay doble “sanción”? Esto último es dudoso desde el punto de vista constitucional, pues la pena tendría un alcance más allá de su vigencia

Finalmente, el proyecto no se hace cargo de la realidad que las personas jurídicas pueden ser fácilmente sustituidas por otras, dado que se pueden hacer sociedades que operan en forma paralela. El proyecto entonces debiera tener normas que permita identificar esta “duplicación” (criterio de los mismos dueños, administradores, etc.).

Si se meditan esas penas, queda claro que ellas tiene el efecto de causar desmedro económico a la empresa: entonces es más nítido y simple concentrar las penas en la “multa”, que produce ese mismo efecto, pero en forma más precisa, simple, objetiva y consistente con la norma constitucional, pues la multa y su monto determinado o determinable, estará en la ley.

3.- Modelo de prevención

De la lectura de los artículos 3° y 7°, letra c (que establece una atenuante), parece fluir que el modelo de prevención es voluntario: la persona jurídica que lo adopta asegura la exclusión de la responsabilidad penal o la atenúa. Este predicamento resulta razonable, en atención a los costos y rigideces que puede suponer dicho modelo. El empresario o administrador de la persona jurídica, bien puede decidir no incurrir en aquéllos al evaluar que el riesgo de incurrir en responsabilidad es bajo o nulo. En la gran mayoría de las

entidades, basta una instrucción superior prohibiendo –por ejemplo- el cohecho para que sea debidamente cumplida.

Sin embargo, según está formulado el artículo 4°, que regula el detalle del modelo de prevención, éste es obligatorio para todas las personas jurídicas que están en el ámbito de la ley (art. 2°). Hacen excepción parcial, las personas jurídicas con fines de lucro que tengan ingresos anuales que no excedan de 25.000 UF (\$ 525 millones) - nótese que esta cifra es el límite para postular al “FOGAPE”- que pueden designar al propio dueño de encargado de prevención (“oficial de cumplimiento”).

De esta manera, toda persona jurídica privada sin fines de lucro y con fines de lucro que tenga ingresos superiores a \$ 525 millones, deberá tener un oficial de cumplimiento, con amplias atribuciones. ¿Se ha pensado el costo que esto puede tener para las pequeñas y medianas empresas; o bien para los sindicatos, clubes deportivos, etc.?

Esta exigencia no tiene sentido y debiera contemplarse que efectivamente la existencia de un modelo de prevención, según está regulado en el proyecto, como una forma de precaver una eventual responsabilidad penal, pero cuya adopción sea voluntaria. El empresario o administrador estudiará los costos versus las probabilidades de incurrir en una infracción a la ley y tomará la decisión que estime más adecuadas y, por cierto, asumirá los riesgos que ella supone. Naturalmente tendría que haber ciertas excepciones, relativas a determinadas actividades, en que sea obligatoria la existencia de un modelo de prevención, tales como bancos, grandes exportadores, grandes contratistas del sector público, etc.