

Los Modelos de Prevención de Delitos frente a la Ley de Delitos Económicos: ¿Qué esperar?

El 15 de mayo de 2023 se aprobó en el Congreso Nacional el Proyecto de Ley de Delitos Económicos, que transformará el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile y traerá numerosos desafíos a las empresas y demás organizaciones a que se aplicará. Esta alerta legislativa busca informar sobre los principales cambios que se introducen en el modelo de responsabilidad de la Ley 20.393, y el impacto esperado en la forma en que hoy se organizan las actividades de ética y cumplimiento.

Tabla de contenido

1. El régimen actual de la Ley 20.393	1
2. Cambios introducidos por la nueva Ley de Delitos Económicos	3
2.1. Ámbito de aplicación.....	4
2.2. Ampliación y sistematización del catálogo de tipos penales.....	4
2.3. Criterios de imputación de Responsabilidad Penal.....	5
2.4. Modelo de Prevención de Delitos	6
2.5. Encargado de Prevención de Delitos v/s Sujetos Responsables	6
2.6. Sanciones y determinación de la Pena.....	7
3. Impacto para las organizaciones.....	8
4. Acerca de Razor Consulting	9

1. El régimen actual de la Ley 20.393

A medida que las empresas han ido aumentando su presencia e importancia en la vida de la sociedad, se han ido elevando los riesgos y el impacto que su mala conducta genera, así como las expectativas de los ciudadanos que esos riesgos sean mitigados al interior de la propia organización. Por mucho tiempo las entidades que incurrían en malas conductas terminaban sin hacerse cargo de los daños causados y se perseguía exclusivamente a las personas naturales involucradas (normalmente los eslabones más débiles en la cadena). La paciencia con esas situaciones se terminó y se idearon sistemas para hacer responsable a la propia empresa, además de las personas directamente involucradas.

Así surge la responsabilidad penal de las personas jurídicas, régimen que se adopta en Chile a partir de 2009 mediante la Ley 20.393, y que da un impulso decisivo al cumplimiento corporativo en el país. El régimen se sostiene a partir de la premisa

que las personas jurídicas deben hacerse responsables de los riesgos que generan con su actividad. Por eso las responsabiliza por ciertos delitos que fueren cometidos, en su interés o para su provecho, por sus dueños, ejecutivos, representantes y ciertos dependientes, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia de la infracción de los deberes de dirección y supervisión de la organización.

Originalmente se incluyeron en el régimen de responsabilidad penal solo 3 delitos (cohecho de funcionario público, lavado de activos y financiamiento del terrorismo), pero con el tiempo se ha ampliado sustancialmente el catálogo, superando la docena de delitos. Aparte de la comisión de alguno de los delitos señalados por la ley, para que se genere la responsabilidad de la empresa, debe además cumplirse con una serie de requisitos copulativos señalados en la Ley:

- El delito debe ser cometido por personas que forman parte de la organización. Particularmente, por sus dueños, directores, ejecutivos principales, representantes, quienes ejecuten actividades de administración y supervisión o quienes están bajo la dirección o supervisión directa de los anteriores;
- El delito debe cometerse en interés de la persona jurídica o para el beneficio de la misma, y
- La comisión del delito debe ser resultado del incumplimiento, por parte de ésta, de sus deberes de dirección y supervisión.

Los deberes de dirección y supervisión de la empresa son lo que la obligan a velar por el cumplimiento de la ley en el ámbito de su actividad. La ley ha dispuesto que esos deberes de la persona jurídica se cumplen cuando cuenta con un Modelo de Prevención de Delitos (“MPD”), el que se aplica efectiva y eficazmente en la empresa, de manera que le permite mitigar el riesgo de verse involucrada en cualquiera de los delitos incluidos en la Ley que puedan ser relevantes dada su actividad. Si una organización ha adoptado e implementado eficazmente un MPD que contemple los elementos que la propia ley señala, se entenderá que cumplió esos deberes de dirección y supervisión, con lo cual puede reducir su responsabilidad, escapando a las sanciones más graves.

Los elementos básicos que debe contemplar el MPD, que nunca es estándar, pues debe adaptarse a cada organización, incluyen los siguientes elementos:

- Designación de un encargado de prevención (“EPD”) por parte de la máxima autoridad de la organización, quien deberá contar con autonomía de la alta administración y/o dueños y directorio;
- El EPD debe contar con medios y facultades suficientes para el desempeño de sus funciones, lo que se traduce en tener recursos y medios necesarios y acceso directo a la administración u órgano de gobierno;
- Establecimiento de un sistema de prevención de delitos, el que tiene por finalidad detectar los procesos en que exista riesgo de comisión de delitos, establecer un levantamiento de los riesgos, fijar protocolos y reglas para prevenir dichos delitos, identificar los procedimientos de administración y

auditoría de los recursos financieros que permitan a la entidad prevenir su utilización en los delitos señalados, así como la existencia de un esquema de sanciones administrativas internas y procedimientos de denuncia, y

- Supervisión efectiva de la aplicación del MPD, pudiendo obtener la certificación de un tercero, a la que se le reconoce valor probatorio.

2. Cambios introducidos por la nueva Ley de Delitos Económicos

El Proyecto de Ley aprobado¹ por el Congreso Nacional el 15 de mayo de 2023 y que se encuentra en trámite de promulgación² (en adelante el ‘Proyecto’), introduce modificaciones sustanciales al sistema de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Aunque son muchos los cambios, creemos importante destacar que se mantiene la voluntad del legislador de fortalecer el modelo de responsabilidad consagrado en la Ley 20.393, ampliando su alcance y reforzando su sistema sancionatorio. Por ello, conserva como presupuesto de atribución de responsabilidad el que la perpetración del delito se vea favorecido o facilitado por la falta de implementación efectiva de un modelo adecuado de prevención de delitos.³

En cuanto a las innovaciones que contempla la nueva normativa, destacan los siguientes aspectos que iremos abordando en los párrafos siguientes: amplía el ámbito de aplicación de las personas jurídicas penalmente responsables; amplía y sistematiza el catálogo de delitos que generan responsabilidad penal para la persona jurídica, estableciendo un estatuto especial para los delitos económicos; define nuevas sanciones y un esquema de penas sustitutivas para los delitos económicos, e introduce nuevos delitos y modifica la Ley 20.393, así como varios otros cuerpos legales.

Las modificaciones que este Proyecto introduce a la Ley 20.393 entrarán en vigor en un año, contado desde la publicación en el Diario Oficial.

¹ Proyecto de Ley que modifica diversos cuerpos legales para ampliar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y regular el ejercicio de la acción penal, respecto de los delitos contra el orden socioeconómico que indica, Boletín N° 13.204-07, disponible en: http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=13204-07

² Dado que el Proyecto contiene disposiciones propias de Ley Orgánica Constitucional, y previo a la firma y promulgación por el Presidente de la República, debe ser enviado al tribunal Constitucional para la revisión preventiva de constitucionalidad.

³ Art. 51 del Proyecto, que sustituye el artículo 3 de la Ley 20.393.

2.1. **Ámbito de aplicación**

Uno de los principales cambios que introduce el Proyecto es el ámbito de aplicación: mientras que la Ley 20.393 es aplicable únicamente a las personas jurídicas de derecho privado, el Proyecto amplía la responsabilidad a:

- Empresas públicas creadas por ley;
- Empresas, sociedades y universidades del Estado;
- Partidos políticos, y
- Personas jurídicas religiosas de derecho público.

2.2. **Ampliación y sistematización del catálogo de tipos penales**

La Ley 20.393 define un catálogo reducido de delitos por los cuales la persona jurídica responde penalmente. El Proyecto aumenta ese catálogo a más de doscientos delitos económicos, que el legislador sistematiza y clasifica en 4 categorías diferentes.

Los delitos de primera categoría son aquellos que por su naturaleza son propios de la actividad económica, y que serán considerados en toda circunstancia como un delito económico. Esta categoría de delitos atenta contra el mercado de valores, el sector financiero y la competencia e incluye, por ejemplo, los nuevos delitos de difusión de información falsa al mercado de valores y ocultar información solicitada por la Fiscalía Nacional Económica.

Los delitos de segunda y tercera categoría no son delitos que por su naturaleza deban considerarse como delitos económicos, pero cuando está presente algún factor o vínculo con la actividad económica, serán considerados como tales. Esta categoría contiene los delitos que atentan, entre otros, contra el sistema tributario y el medio ambiente.

En la segunda categoría están los delitos en que el hecho es perpetrado por una persona en ejercicio de un cargo, función o posición en una empresa, o cuando el delito fuere cometido en beneficio económico o de otra naturaleza para una empresa. En la tercera categoría quedan aquellos delitos que han sido cometidos por un funcionario público con la intervención como autor o cómplice de una persona que actúa en ejercicio de un cargo, función o posición en una empresa, o cuando el hecho fue perpetrado en beneficio económico o de otra naturaleza de una empresa.

En una cuarta categoría, residual, quedan la receptación y el lavado de activos, que se consideran delitos económicos en cuanto los delitos de los que provienen las especies robadas o que son parte del lavado de activos, sean considerados como delitos económicos.

Por último, cabe mencionar que el Proyecto no solo modificó delitos ya existentes, sino que también creó nuevos delitos, entre ellos algunos para proteger el medio ambiente. Así ocurre con el delito de vertimiento, depósito o liberación de sustancias contaminantes que afectare a todo tipo de reservas de agua, el suelo o el subsuelo, el aire, o bien la salud animal o vegetal, la existencia de recursos hídricos o el abastecimiento de agua potable.

2.3. Criterios de imputación de Responsabilidad Penal

El Proyecto define que para que una empresa sea penalmente responsable deben concurrir las siguientes condiciones:

- El delito debe ser cometido por o con la intervención de alguna persona natural que ocupe un cargo o función en la persona jurídica, o un tercero intermediario.⁴
- La perpetración del hecho debe verse favorecida o facilitada por la falta de implementación de un modelo adecuado de prevención de delitos.

De esta forma, el Proyecto modifica el régimen vigente, en primer lugar, ampliando el círculo de personas al que se puede vincular la responsabilidad, incorporando a entidades que no tienen vínculo corporativo, como son los terceros intermediarios. Así, si un delito es cometido por un proveedor de la organización, ésta última puede ser responsable penalmente por los hechos de la primera.

En segundo lugar, elimina el requisito del régimen actual de la Ley 20.393, de que el delito haya sido cometido en interés o provecho económico de la organización, bastando únicamente que se cometa un delito por o con la intervención de una persona que ocupe un cargo o función en la organización, y que la perpetración del delito sea favorecida o facilitada por la falta de implementación efectiva de un modelo de prevención de delitos.

En tercer lugar, y en relación con la atribución de responsabilidad, el Proyecto desplaza el esquema actual en que el delito tiene que ser consecuencia del incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión de la organización, a uno en que basta que la comisión del delito se haya visto favorecida o facilitada por la falta de implementación efectiva de un modelo de prevención de delitos (a través del cual se ejercen esos deberes de dirección y supervisión).

Finalmente, es importante señalar que el Proyecto consagra la autonomía de la responsabilidad de la persona jurídica de la persona natural que perpetre el hecho. Es decir, si una persona natural es absuelta por el tribunal por el delito cometido

⁴ La responsabilidad para la persona jurídica puede generarse por el delito cometido por por una persona natural que le preste servicios, incluso a través de un contratista, tenga o no representación de la entidad contratante. Asimismo, por lo empleados de personas jurídicas en las que se tenga propiedad o que estén subordinadas y presten servicios a la organización o carezcan de autonomía operativa.

igualmente se podría condenar a la persona jurídica (hoy se requiere la condena de la persona natural para hacer responsable a la persona jurídica).

2.4. Modelo de Prevención de Delitos

El Proyecto es explícito en señalar que un MPD efectivamente implementado puede eximir a la organización de responsabilidad. Para ello lista los requisitos que un MPD debiese tener, modificando el artículo 4 de la Ley 20.393, y tomando en cuenta las características y contexto de la organización, incluyendo su objeto social, giro, tamaño, complejidad, recursos y a las actividades que desarrolle. De acuerdo con el Proyecto un programa de cumplimiento es efectivo cuando:

- Se identifican las actividades o procesos que impliquen riesgos de conductas delictivas;
- Se establecen protocolos y procedimientos para prevenir o detectar conductas delictivas en el contexto de las actividades o procesos riesgosos, los que deben considerar necesariamente canales de denuncia y sanciones internas para casos de incumplimiento;⁵
- Se asigna a uno o más sujetos responsables de la aplicación de esos protocolos, (se trata la materia en el punto siguiente), y
- Se establecen evaluaciones periódicas por terceros independientes, y mecanismos para la mejora continua del MPD a partir de dichas evaluaciones.

De esta forma, el MPD bajo el Proyecto tiene una regulación menos extensa y estricta que el régimen actual, otorgando más flexibilidad a la persona jurídica para su implementación, pero fijando una expectativa más alta de efectividad. Se reduce la formalidad que incentiva una mentalidad de *check-list* y se pone énfasis en la eficacia.

2.5. Encargado de Prevención de Delitos v/s Sujetos Responsables

El Proyecto define que los responsables de aplicar los protocolos y procedimientos destinados a prevenir y detectar conductas delictivas se denominan Sujetos Responsables, a diferencia del modelo actual donde el rol de EPD recaía en una sola persona. Con todo, los Sujetos Responsables bajo el nuevo régimen deben estar dotados de cualidades o características muy similares a las que se requerían anteriormente para el EPD:

- Contar con la adecuada independencia;

⁵ La 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 sus máximos ejecutivos.

- Tener acceso a la alta administración, o órgano equivalente, para informarle las medidas y planes implementados, rendir cuenta de su gestión y requerir la adopción de medidas para el adecuado cumplimiento de su cometido;
- Contar con recursos y medios materiales e inmateriales necesarios, considerando el tamaño y capacidad económica, para cumplir adecuadamente con su cometido, y
- Estar dotados de facultades efectivas de dirección y supervisión. Esto es una novedad dado que en el régimen actual la supervisión y dirección corresponde a la persona jurídica, no a una persona o grupo de personas específico.

2.6. Sanciones y determinación de la Pena

El Proyecto establece un estatuto punitivo para los delitos económicos que incrementa la severidad de las sanciones a que se ven expuestas las personas jurídicas.

Un primer aspecto de este endurecimiento de las sanciones para los delitos económicos se manifiesta en que se excluye la posibilidad de aplicar la pena sustitutiva de libertad vigilada (régimen de firma en libertad) a las personas condenadas. De esta forma, el sistema de sanciones de delitos económicos está construido sobre tres penas distintas: reclusión parcial en domicilio, reclusión parcial en establecimiento especial y cárcel efectiva. Esto implica que las personas naturales que cometan estos delitos tienen más probabilidades —en comparación con el régimen penal tradicional— de verse privados de libertad.

El Proyecto también introduce cambios significativos en la aplicación de multas, pasando de un esquema fijo de multas a uno de días-multa, en que se vinculan tramos de días-multa correlativos al reproche penal de la pena privativa de libertad. El valor del día multa es determinado por el tribunal y debe atender al nivel de ingresos del condenado en el período de un año antes de que la investigación se dirija en su contra. El máximo de la multa que puede imponer el tribunal a una persona jurídica asciende a 600 días multa (USD 230 millones).

Asimismo, el Proyecto establece circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal —agravantes y atenuantes— específicas para los delitos económicos. Destaca como agravante el hecho de que el condenado participe del delito estando en una posición jerárquica intermedia o superior dentro de una organización (esta última es una agravante muy calificada). Es decir, ser director o gerente de una empresa será una agravante del delito cometido que aumentará significativamente la posibilidad de que la persona sea condenada a una pena de cárcel efectiva.

Para la determinación de la pena, el tribunal siempre impondrá la pena de multa además de cualquier otra pena,⁶ debiendo tener en cuenta diversos factores como: i)

⁶ Las penas definidas por el Proyecto son: 1. La extinción de la persona jurídica; 2. La inhabilitación para contratar con el Estado; 3. La pérdida de beneficios fiscales y la prohibición de recibirlos. 4. La

la existencia o inexistencia de un MPD; ii) el grado de sujeción y cumplimiento a la normativa legal, reglamentaria y reglas técnicas; iii) los montos de dinero involucrados en la perpetración de delito; iv) el tamaño, naturaleza y giro de la persona jurídica; v) la extensión del mal causado; vi) la gravedad de las consecuencias sociales y económicas que pueda causar a la comunidad, y vii) las circunstancias atenuantes o agravantes aplicables.

Por último, se crea la figura de la Supervisión de la persona jurídica, la que puede ser determinada por el tribunal debido a la inexistencia o grave insuficiencia de un sistema efectivo de prevención de delitos. El o la Supervisora, tendrán por objetivo prevenir la perpetración de nuevos delitos y la responsabilidad de que la persona jurídica elabore, implemente o mejore efectivamente un sistema adecuado de prevención de delitos, así como la facultad de imponer condiciones de funcionamiento exclusivamente en lo que concierna al MPD.

3. Impacto para las organizaciones

Como se ve de las secciones anteriores, el Proyecto generará varios impactos para las organizaciones y sus actuales sistemas de cumplimiento, en particular sus modelos de prevención de delitos. Aún es pronto para evaluar la magnitud de los cambios, pero ya se vislumbran importantes áreas a tener presente. De ellas destacamos tres.

El cambio más evidente es el aumento de los tipos penales que generan responsabilidad penal de la persona jurídica, que obligará a las organizaciones a levantar los procesos y actividades riesgosas según el giro del negocio, más que — como incentiva el sistema actual— siguiendo un listado formal de delitos específicos a los cuales deba aparejar controles para su prevención. Con una docena de delitos, eso es posible, con cerca de doscientos deja de serlo y no tiene sentido. El mapeo de riesgos ahora será diferente.

Un segundo aspecto, vinculado al anterior, es que la reducción de los requisitos formales del MPD en la versión modificada de la Ley 20.393, provocará, a nuestro juicio, un cambio de enfoque en los sistemas de cumplimiento. Muchas organizaciones hoy toman la ley como un listado a cumplir, muchas veces formalmente y no en la operatoria. Eso va a tener que cambiar, y de la formalidad en el cumplimiento será necesario avanzar hacia la ética y la cultura de integridad. Ello representa un desafío mayor y que requerirá nuevas estrategias y herramientas.

Tercero, anticipamos que habrá un impacto relevante por las penas más severas que trae aparejado el estatuto de delitos económicos. Para las personas jurídicas, arriesgan penas de mayor costo económico y se crea la nueva figura de la supervisión, que pasa a intervenir el negocio para promover la adopción de un modelo de prevención. Para las personas naturales, se quitan atenuantes, se agregan agravantes

supervisión de la persona jurídica; 5. La multa, y; 6. La publicación de un extracto de la sentencia condenatoria.

(como el solo hecho de ejercer una posición jerárquica superior en la organización) y se introducen limitaciones a las penas alternativas, lo que hace cada vez más probable la aplicación de penas efectivamente privativas de libertad. Esto pone a gerentes y directores en la mira del nuevo régimen.

Esta alerta legislativa ha sido preparada con el objetivo de informar el Proyecto, de acuerdo a la información vigente a esta fecha. Les invitamos a contactarnos si tienen dudas o comentarios, o si requieren de ayuda enfrentando los desafíos aquí descritos.

4. Acerca de Razor Consulting

RAZOR Consulting es una consultora boutique dedicada a asesorar a organizaciones del sector público y privado, en el desarrollo de soluciones para abordar los desafíos de gobierno corporativo, ética y cumplimiento, y sostenibilidad. Nuestro enfoque busca promover la adopción de mejores prácticas y estándares internacionales, complementados por nuestra probada experiencia práctica, con lo que construimos soluciones a la medida de cada caso, teniendo en cuenta variables internas y ambientales, considerando el rol de los grupos de interés y con una mirada atenta a los desarrollos futuros. Trabajamos en equipo con nuestros clientes, sus directorios, y equipos internos, en alianza con firmas expertas especializadas.

Nuestros servicios:



Gobierno Corporativo

Revisión, diseño e implementación de estructuras de gobierno corporativo



Evaluación de Directorios

Asesoría para la evaluación del desempeño de directorios



Ética y Cumplimiento

Diagnóstico, diseño e implementación de programas de ética y cumplimiento



Protección de Datos

Asesoría en protección de datos personales



ESG

Revisión y apoyo en la incorporación de criterios y estrategias de ESG



Educación Ejecutiva

Preparación, desarrollo y entrega de presentaciones y talleres ejecutivos

Contacto:

Martín Aylwin
maylwin@razorconsulting.cl
+56 9 9888 8392

Héctor J. Lehuedé
hlehuede@razorconsulting.cl
+56 9 5359 2400