Santiago, 04 de enero de 2021

Opinión del Ministerio Público sobre proyecto de ley que "sistematiza los delitos económicos y atentados contra el medio ambiente, modifica diversos cuerpos legales que tipifican delitos contra el orden socioeconómico, y adecua las penas aplicables a todos ellos" (boletín N° 13205-07)

En este documento, se concentran las opiniones del Ministerio Público sobre el proyecto de ley que "sistematiza los delitos económicos y atentados contra el medio ambiente, modifica diversos cuerpos legales que tipifican delitos contra el orden socioeconómico, y adecua las penas aplicables a todos ellos" que han sido elaboradas por las Unidades Especializadas de la Fiscalía Nacional que asesoran las investigaciones por delitos económicos y corrupción, como son la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Crimen Organizado y Delitos Medioambientales (ULDDECO) y la Unidad Especializada Anticorrupción (UNAC), los cuales realizan sus comentarios teniendo en consideración las diversas especialidades a las que apunta el citado proyecto de ley.

1. Opinión general del Ministerio Público, en relación con el Proyecto de Ley que sistematiza los delitos económicos y atentados contra el medioambiente.

La presente minuta contiene comentarios críticos que se centran en la configuración de ciertos delitos contemplados en el Proyecto de Ley contenido en el Boletín 13.205-07, proyecto que se encuentra sometido a la revisión de la H. Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados. En particular, durante las siguientes líneas, nos referiremos a los delitos de manipulación de mercado y de entrega de información falsa, de acuerdo con el diseño original que exhiben los textos de las respectivas normas de sanción a través de los cuales se plasman.

Conviene, por lo tanto, antes de explicitar las aprensiones (y desarrollar las propuestas que se ofrecerán a continuación), expresar con claridad que el proyecto sometido a tramitación legislativa implica una superación del estancamiento y una mejora en los estándares de justicia criminal, al actualizar nuestras reglas punitivas a las problemáticas y valoraciones ético jurídicas que inspiran al Derecho penal contemporáneo.

El proyecto moderniza el Derecho penal económico de manera radical, actualizando el sistema jurídico chileno. Los artículos que lo componen han sido redactados de manera cuidadosa lo que significa una mejora respecto del actual sistema, clarificando los comportamientos punibles de muchos delitos actualmente vigentes, compatibilizando de mejor manera de los enunciados jurídicos y su contenido deóntico con el principio de legalidad.

Destaca por sobre todo (al menos en su regulación abstracta) el perfeccionamiento en el sistema de penas; la idea de compatibilizar de mejor manera las sanciones administrativas de las penales; la regulación del comiso (y su nueva comprensión como consecuencia civil del hecho punible y no como pena); la mejor regulación de las medidas cautelares.

Al mismo tiempo, debe destacarse la nueva redacción de delitos tradicionales, pero especialmente relevantes como lo son la estafa y la extorsión o la agravación de ciertas hipótesis de usura, figuras que, bajo su nueva configuración, prometen hacerse cargo de ciertos vacíos de punibilidad o necesidades pragmáticas asociadas a la mejor adscripción de responsabilidad penal ante comportamientos ilícitos de frecuente ocurrencia.

En materia medioambiental, los tipos penales propuestos importan un salto cualitativo para nuestro sistema penal. El déficit normativo en la materia debe ser compensado de manera urgente, siendo ésta una necesidad acuciante: los conflictos medioambientales emergen como cuestiones especialmente incidentes en la calidad de vida de las poblaciones, las expectativas de desarrollo humano y la explotación adecuada y sostenible de los recursos naturales y territorios de nuestro país, en un contexto marcado por el cambio climático y la extinción masiva de especies. De ahí que la incorporación de delitos de contaminación, especialmente abocados a cada uno de los componentes de naturaleza o la introducción de delitos imprudentes, aparecen como soluciones a vacíos legales especialmente preocupantes que exhibe el sistema jurídico-penal chileno.

En este orden de ideas, el proyecto en análisis es bienvenido por el Ministerio Público. Nuestra institución compromete toda su colaboración con esta Honorable Comisión para elaborar una legislación que se adapte a las necesidades sociales del siglo XXI y se erija como una necesaria agenda antiabusos.

Dicho lo anterior, conviene abocarse al análisis de lo que consideramos, podrían ser mejoras relevantes a las reglas que pretenden otorgar cobertura punitiva a las reglas de comportamiento que rigen en el mercado financiero chileno. Otros déficits del proyecto (como la mantención del sistema vigente de acciones penal

previa instancia particular para delitos que protegen bienes jurídicos colectivos de carácter institucional) serán abordados pormenorizadamente, a medida que avance la tramitación legislativa.

Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Medioambientales y Crimen Organizado. Fiscalía Nacional del Ministerio Público.

MFM

2. Opinión del Ministerio Público en relación con los delitos contra el mercado de valores contemplados en el Boletín n° 13205-07).

2.1. El delito de manipulación de mercado (artículo 53 y 59 letra e de la Ley N° 18.045).

En la actualidad la Ley N° 18.045 establece (entre otros) dos importantes reglas de comportamiento, reforzadas penalmente, que tienen por objeto a proscribir y sancionar las conductas de instrumetalización del mercado de valores: nos referimos a los delitos de a) manipulación de precios y b) el delito de manipulación de mercado.

Mientras el primero castiga las operaciones que tienden a alterar de manera artificial los precios de los valores que se transan en una bolsa de comercio (manipulación operativa) el segundo establece una cláusula general antifraudes, que pretende garantizar (de la forma más amplia posible) la integridad del mercado financiero y, por esta vía, mantener la confianza (no subjetiva, sino impersonal e institucionalizada) de los inversionistas en aquel contexto negocial.

El binomio conformado por los delitos de manipulación de precios y manipulación de mercado, complementado por la regla de sanción (*i.e.* aquella que establece el castigo que merece el infractor de los respectivos estándares de conducta) queda establecido de la siguiente forma, bajo la actual regulación contenida en la Ley de Mercado de Valores:

<table>
<tr><th>Normas de comportamiento</th><th>Norma de sanción</th></tr>
<tr><td>Artículo 52.- Es contrario a la presente ley efectuar transacciones en valores con el objeto de estabilizar, fijar o hacer variar artificialmente los precios.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, podrán efectuarse actividades de estabilización de precios en valores de acuerdo a reglas de carácter general que imparta la Superintendencia y únicamente para llevar adelante una oferta pública de valores nuevos o de valores anteriormente emitidos y que no habían sido objeto de oferta pública".</td><td rowspan="2">Articulo 59.- Sufrirán las penas de presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo:

e) Las personas que infrinjan las prohibiciones consignadas en los artículos 52, 53, inciso primero del artículo 85 y letras a), d), e) y h) del artículo 162, de esta ley;</td></tr>
<tr><td>Artículo 53.- Es contrario a la presente ley efectuar cotizaciones o transacciones ficticias respecto de cualquier valor, ya sea que las transacciones se lleven a cabo en el mercado de valores o a través de negociaciones privadas.

Ninguna persona podrá efectuar transacciones o inducir o intentar inducir a la compra o venta de valores, regidos o no por esta ley, por medio de cualquier acto, práctica, mecanismo o artificio engañoso o fraudulento</td></tr>
</table>

Para facilitar el posterior ejercicio de comparación, hemos destacado (en "negrillas") algunos elementos gramaticales contenidos en el texto del artículo 53, que cobrarán especial relevancia a la hora de elaborar el juicio crítico que se anuncia.

Bajo las reglas especificadas por el Boletín 13.205-07, el esquema descrito más arriba varía radicalmente. En la propuesta legislativa un único tipo penal que pretende "captar" (sin éxito) los injustos contenidos en los

delitos de manipulación de precios y manipulación de mercado, actualmente vigentes. El proyecto de ley (PL) consigna en la disposición pertinente, lo siguiente:

Tipo penal
Art. 59. Con pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo será sancionado: e) El que efectuare transacciones en valores con el objeto de alterar o mantener artificialmente *el precio de mercado de uno o varios valores*, así como el que efectuare transacciones ficticias, divulgare información falsa o se valiere de cualquier otra conducta engañosa semejante, de un modo que sea *idóneo para alterar o mantener el precio de mercado de uno o varios valores.*

Como se puede apreciar, el nuevo delito de manipulación (ahora, meramente bursátil) exhibe las siguientes diferencias con respecto a la legislación actual:

- Elimina a las "cotizaciones" como uno de los medios idóneos para cometer un delito manipulativo.
- Introduce al "precio de mercado" como condición necesaria para la aplicabilidad de la pena dispuesta por el encabezado del nuevo artículo 59, siendo éste un elemento que deberá constatarse judicialmente para determinar la consumación del nuevo delito (bajo todas y cada una de sus múltiples hipótesis comisivas).
- Restringe fuertemente el ámbito de aplicación del delito, al eliminar de su texto, aquellas expresiones que, bajo su actual configuración, permiten sancionar la manipulación de valores no regulados por la Ley N° 18.045 (por ejemplo, ciertos instrumentos de intermediación financiera; instrumentos derivados o futuros) o aquellos que permiten sancionar aquellos comportamientos manipulativos (transacciones ficticias o contratos simulados, por ejemplo) que tienen lugar fuera del ámbito bursátil (negociaciones privadas).

En definitiva, el efecto que posee la propuesta legislativa es el de hacer colapsar al delito de manipulación de mercado (en tanto cláusula general antifraudes) bajo el delito de manipulación de precios (de valores transados en bolsa).

La anterior constatación es importante porque implica una mayor desprotección para los intereses públicos y privados que confluyen en la institución facilitadora del flujo ahorro-inversión que denominamos mercado de valores, especialmente en el contexto chileno donde existe una necesidad enfatizada (en relación con los ordenamientos jurídicos comparados) de *garantizar la integridad* de este sistema mercantil, pues, como sabemos, aquel no sólo cumple la importantísima *función financiera* que le ha sido (trivialmente) delegada en otras latitudes, sino que además, en nuestro país, desempeña una trascendental *función previsional*.

Así las cosas, resulta criticable la reforma que se promueve a través del nuevo tipo penal de manipulación de mercado.

Al introducir el **"precio de mercado"** como condición de aplicación de la pena (sea que este elemento se interprete como resultado, sea que se interprete como un elemento de intención trascedente que transforme al delito en uno de resultado cortado en dos actos) **el delito se transforma en uno imperseguible** (tal y como lo constata la doctrina norteamericana en especial Jerry Markham; Wendy Collins Perdue; Steven Thel, etc).

Un precio de mercado no se puede manipular pues, simplemente, el precio de mercado es el resultado de una transacción comercial sobre un bien determinado (en este caso, un valor).

En términos teóricos, la regla asume como correcta la Teoría de los Mercados Eficientes (EMH bajo sus siglas en inglés) propuesta en los años 70´s del siglo pasado por el economista Eugene Fama, teoría que se encuentra consistentemente refutada por múltiples e importantes estudios contemporáneos (destacando los trabajos de los premio nobel de economía George Akerlof; Joseph Stigliz; Richard Thaler y, especialmente, los trabajos de Robert Shiller). De manera aún más importante, debemos agregar que la mencionada tesis ha sido empíricamente refutada luego de la crisis *subprime* desatada el año 2008.

En términos pragmáticos, con la norma reformulada se dejan en la desprotección a los mercados de derivados y de futuros, donde las transacciones o no se realizan (necesariamente) en una bolsa de valores (y por lo tanto, no se encuentran reguladas por la Ley N° 18.045) o sus efectos nocivos no pueden ser reconducidos (necesariamente) a una alteración del precio-de-mercado de los respectivos activos. Así, por ejemplo, instrumentos como forwards, aquellos que recaen sobre índices financieros (hoy en día el IPSA) o tasas de interés no tendrían protección penal; este artículo tampoco sería capaz de proteger operaciones de financiamiento muy utilizadas en el mercado de valores, que, por sus propias características no son capaces de marcar precios: "operaciones simultáneas" (i.e., repos o pactos de venta con retrocompra) y "ventas cortas" (algo así como contratos de "arriendo" de acciones u otros valres), simplemente no marcan precio (como indica el Manual de Precios de Cierre de la Bolsa de Comercio de Santiago), pues se trata, como dijimos, de operaciones de financiamiento.

Tampoco se comprende la exclusión de la cotizaciones como mecanismo idóneo para manipular el mercado de valores. Hoy en día, los principales ataques al mercado se dan, precisamente, por medio de órdenes de compra o de venta de valores, que son retiradas en instantes previos al "calce" o conclusión de la operación, generando distorsiones en la denominada "horquilla de precios" (*bid-ask spread*).

Finalmente, casos tan graves como Cascadas o Corfo-Inverlink (i.e. los delitos más graves que han afectado al mercado de valores local) serían completamente atípicos. Estimamos que el legislador penal no quiere asumir o tolerar ese nivel de riesgo para el mercado, teniendo en consideración, más aún, que los mayores inversionistas son los fondos de pensiones y que los casos de *Tunneling*, inciden en el valor y monto de los ahorros previsionales de los cotizantes chilenos. La administración desleal no se encuentra en condiciones de hacerse cargo de este tipo de injusto.

Recordemos que las Administradoras de Fondos de Pensiones son los principales inversionistas de nuestro mercado de capitales y cualquier manipulación con potencial defraudatorio o explotativo, lesiona los intereses (o derechamente las rentabilidades) de los inversionistas, entre los cuales ellas se encuentran, precisamente los cotizantes del sistema de seguridad social chileno.

En un mercado financiero como el chileno, las negociaciones ficticias, los contratos simulados o las operaciones engañosas o fraudulentas constituyen en sí mismas una grave alteración a las condiciones de integridad que son requeridas por las características estructurales y finalidades que posee el sistema local.

Manteniendo los fines que inspiran a la reforma en curso y con miras a la generación de reglas que cumplan adecuadamente la importante función que se encuentra llamado a desempeñar el derecho penal en la protección de estos ámbitos, proponemos la siguiente redacción de un nuevo art. 59 letra e):

Regla Propuesta
Art. 59. Con pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo será sancionado: *e) El que efectuare cotizaciones o transacciones ficticias en valores, regidos o no por esta ley, o se valiere de cualquier otra conducta engañosa semejante, sea en el contexto de un mercado bursátil, sea a través de negociaciones privadas, de un modo que sea idóneo para afectar indebidamente las condiciones de oferta o de demanda de aquel valor; para ocultar o alterar artificialmente registros o información sometida a deberes de transparencia; para alterar el precios de aquéllos o las condiciones de negociación o ejecución de los instrumentos derivados a los cuales éstos se encuentran vinculados.*

2.2. En cuanto al delito de entrega de información falsa al mercado.

El mercado de valores constituye un contexto especialmente sensible a las perturbaciones provenientes del comportamiento ilícito de sus participantes. La información veraz y oportuna constituye un bien público y de su flujo adecuado e ininterrumpido, depende en buena medida la eficiencia del mercado. Por tal razón, la entrega de información falsa constituye una conducta especialmente deplorable.

En términos pragmáticos, el delito de entrega de información falsa al mercado ha constituido el delito más utilizado y sancionado durante la historia de la reforma procesal penal. A través de él se resguarda tanto la transparencia e veracidad informativa que debe imperar en el mercado de capitales como el respeto a los deberes de integridad que pesan sobre los hombros de sus participantes, especialmente de aquellos que administran dineros de terceros.

No obstante, la redacción propuesta por la norma pertinente de PL parece dificultar la aplicabilidad futura del delito de entrega de información falsa. Los factores que determinan la reducción del potencial aplicativo del delito en comento salta a la vista cuando se contrastan los enunciados pertinentes: el actual artículo 59 letra a) de la Ley N° 18.045 versus el delito propuesto en el nuevo artículo 59 letra f) de PL:

Norma vigente	Regla propuesta en PL
Art. 59. Con pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo será sancionado: a) Los que maliciosamente proporcionaren antecedentes falsos o certificaren hechos falsos a la Superintendencia, a una bolsa de valores o al público en general, para los efectos de lo dispuesto en esta ley;	Art. 59. Con pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo será sancionado: f) El que fuera de los casos previstos en las letras anteriores proporcionare información falsa al mercado por cuenta de una sociedad sujeta a la fiscalización de la Comisión para el Mercado Financiero, en registros, prospectos, declaraciones o informes exigidos por ley o por la referida autoridad con carácter general, *de un modo idóneo para afectar la confianza de los inversionistas.*

No se entiende cuál es el sentido de agregar una cláusula que exige de este comportamiento una "*aptitud para afectar la confianza de los inversionistas en el mercado",* pues el simple hecho de emitir y hacer circular información falsa implica una contradicción grave con los principios (y una infracción de los deberes que asisten a ciertos participantes el mercado, sea como emisores de valores, sea como intermediarios).

A mayor abundamiento, la descripción del comportamiento típico impone serias dificultades a nivel probatorio, pues la confianza de un número indeterminado de personas (entendida desde una perspectiva

subjetiva) constituye un sentimiento colectivo imposible de acreditar en juicio (tal y como ocurre con el "terror de la población" en el delito terrorista).

Si se quiere especificar el contenido de injusto una mejor fórmula es la de reconducir la afectación a condiciones de operación objetivas y mensurables del mercado de valores, como, por ejemplo, mencionar a aquellos comportamientos que afectan: 1) la liquidez de una compañía o del mercado en general; 2) la transparencia de información relevante para los accionistas o inversionistas en general; 3) aquellas que afectan a la libre competencia; etc.

Finalmente, el círculo de destinatarios se reduce considerablemente en PL al establecer que sólo los comportamientos de ciertas sociedades podrían ser relevantes. Esto parece olvidar el hecho de que incluso personas naturales pueden operar como intermediarios de valores de conformidad con la Ley (art. 24), personas que también poseen importantes obligaciones de transparencia con el mercado.

Por tal motivo, proponemos reemplazar la redacción contenida en PL por la siguiente:

Propuesta de redacción
Art. 59. Con pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo será sancionado: f) El que fuera de los casos previstos en las letras anteriores proporcionare directa o indirectamente información falsa al mercado por cuenta de una persona natural o jurídica sujeta a la fiscalización de la Comisión para el Mercado Financiero, en registros, prospectos, declaraciones o informes exigidos por ley o por la referida autoridad con carácter general, de un modo tal que se alteren los indicadores de liquidez o solvencia patrimonial del emisor o de la persona que los proporciona; oculten negociaciones entre partes relacionadas; posean aptitud suficiente para afectar o distorsionar decisiones de inversión o desinversión del público en general o sean capaces de restringir gravemente los derechos de los accionistas

Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Medioambientales y Crimen Organizado. Fiscalía Nacional del Ministerio Público.

ASC.

3. Opinión del Ministerio Público en relación con la inclusión de los delitos de corrupción en el estatuto de delitos económicos contemplados en el Boletín n° 13205-07).

3.1. Antecedentes

Se ha presentado una moción parlamentaria fruto del trabajo conjunto entre las diputadas y los diputados firmantes y destacados penalistas, que busca abordar la "conmoción y rechazo social que generan los delitos de naturaleza económica y de su impacto en el orden público económico", para lo cual proponen una sistematización y adecuación de normas penales que permitan dar respuesta y enfrentar la "débil regulación que actualmente contiene nuestro ordenamiento jurídico, que impide sancionar de forma efectiva a quienes cometen o participan en ilícitos penales de naturaleza" precisando la idea matriz del proyecto de ley que se busca "adecuar y sistematizar los diversos delitos de naturaleza económica mediante: (a) la generación de un sistema de determinación de penas privativas de libertad adecuado al tipo de criminalidad de que se trata; (b) reforma general al sistema de consecuencias pecuniarias y de inhabilitación vinculadas a la criminalidad económica; (c) perfeccionamiento del régimen de responsabilidad penal de personas jurídicas; (d) perfeccionamiento y complementación del derecho penal económico sustantivo."[1].

Pese a que el proyecto se referiría solamente a delitos económicos, al revisar la propuesta aparecen diversas disposiciones que afectan a los delitos de corrupción, razón por la cual, en esta minuta se aborda una posición preliminar respecto al impacto, utilidad y beneficio de estas reformas a los delitos de competencia de la UNAC.

3.2. Inclusión de los delitos de corrupción al estatuto de delitos económicos

De la revisión del boletín 13.205-07 se destacan las siguientes normas que incluyen a delitos de corrupción o de competencia de la UNAC, como parte del estatuto de delitos económicos:

- El artículo 1 N°10, que incluye como delitos económicos de primera categoría a la negociación incompatible, el cohecho a funcionario público extranjero, y la corrupción entre particulares, tal como se destaca en amarillo abajo:

> Art. 1.° *Primera categoría.* Para efectos de esta ley serán considerados como delitos económicos, en toda circunstancia, los hechos previstos en las siguientes disposiciones legales:
> 10. los números 2, 3, 4 y 7 del artículo 240, y los artículos 251 bis, 285, 286, 287 bis, 287 ter y 464 del Código Penal.

- El artículo 2 N°27, que indica que serán considerados como delitos económicos, los delitos de falsificación y uso de instrumento público cometido por particular, la revelación de secreto profesional, el soborno y la corrupción entre particulares, en la medida que sean cometidos en el seno de una empresa, tal como se destaca en amarillo.

> Art. 2.° *Segunda categoría.* Serán asimismo considerados como delitos económicos los hechos previstos en las disposiciones legales que a continuación se indican, siempre que el hecho fuere perpetrado en ejercicio de un cargo, función o posición en una empresa, o cuando lo fuere en beneficio económico o de otra naturaleza para una empresa:
> 27. los artículos 194, 196, 197 y 198, el número 6 del artículo 240, el inciso segundo del artículo 247 bis, los artículos 250, 250 bis, 273, 274, 276, 277, 280, 281, 282, 283, 284, 284 bis, 285, 286, 287, 287 bis, 287 ter, 289, 290, 291, 291 bis y 291 ter, los números 1 y 2 del artículo 296, los artículos 297, 297 bis, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 313 d, 314, 315, 316, 317, 318, 438, 459, 460, 460 bis, 461, 463, 463

[1] Las citas corresponden a la Moción que da inicio al Boletín 13.265-07.

bis, 463 ter, 463 quáter, 464 ter, 467, 468, 469 y 470, el número 2 del artículo 471, los artículos 472, 472 bis y 473, los números 2, 3, 5, 6 y 7 del artículo 485 y el artículo 486 en tanto se refiera a los mismos números, todos del Código Penal; y

- El artículo 3° en sus numerales 1° y 5°, considera como delitos económicos a los delitos de gasto electoral, la falsificación de instrumento público, malversación dolosa y culposa, distracción de caudales públicos, aplicación pública diferente, negativa a un pago o entrega, fraude al Fisco, negociación incompatible, exacción ilegal, enriquecimiento ilícito, infidelidad en la custodia de delitos, revelación de secretos, uso de información privilegiada, cohecho de los artículos 248, 248 bis y 249, en la medida que ellos sean cometidos por un empleado público y en beneficio de una empresa, tal como se destaca en amarillo.

> Art. 3. *Tercera categoría*. Serán asimismo considerados como delitos económicos los hechos perpetrados por quien tuviere la condición de empleado público u otra calidad personal especial previstos en las disposiciones legales que a continuación se indican, siempre que hubiere intervenido en alguna de las formas previstas en los artículos 15 o 16 del Código Penal alguien en ejercicio de un cargo, función o posición en una empresa, o cuando el hecho fuere perpetrado en beneficio económico o de otra naturaleza para una empresa:
> 1.° el artículo 31 del Decreto con Fuerza de Ley N° 3 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia del 2017, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 19.884 orgánica constitucional sobre transparencia, límite y control del gasto electoral; y
> 5.° los artículos 193, 233, 234, 235, 236, 237 y 239, el número 1 del artículo 240, los artículos 241, 241 bis, 242, 243, 244, 246 y 247, el inciso primero del artículo 247 bis, y los artículos 248, 248 bis y 249, todos ellos del Código Penal;

3.3. Comentarios "en general".

A nuestro juicio, toda la reforma que se propone respecto a los delitos económicos, y que pareciera ser útil y eficiente a ese fenómeno delictivo, no tiene la misma relevancia y pertinencia respecto de los delitos de corrupción. Aunque es evidente, el fenómeno de la corrupción no es idéntico a los ilícitos que se agrupan como delitos económicos, desde que los bienes jurídicos protegidos son distintos. En el caso de la corrupción hay diversos valores que son resguardados, entre ellos, la probidad, pública, la correcta administración del Estado, el patrimonio del Fisco, o la fe pública, bienes pluoriofensivos que son intereses superiores que no se encuentran presentes como valores a considerar y proteger por los delitos económicos.

Las conductas corruptas implican violación de preceptos legales, como por el hecho de que ellas representan una clara transgresión al valor de la justicia, sin embargo la corrupción no es sinónimo de ilegalidad, pues existen una serie de prácticas y actividades que no implican la violación de ninguna disposición legal, pero que llevan consigo una falla ética y de comportamiento colectivo, que tienen efectos sobre el conjunto de la economía y de la sociedad y que, por esto mismo, son parte de lo que genéricamente se denomina corrupción. Lo cual hace distinto a este fenómeno de los delitos económicos.

Por otra parte, las Convenciones internacionales en contra de la corrupción, que Chile ha firmado y ratificado, como la Convención Interamericana en contra de la Corrupción o la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, obligan a los Estados Parte a legislar para tipificar diversas conductas como delitos, pudiendo advertirse que la mayoría de ellas, con independencia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados, **se trata de casos en que aparecen infracción de deberes funcionariales con el objeto de obtener ventajas indebidas para sí o para terceros**[2] .

[2] La excepción está en algunos casos, como el del "enriquecimiento ilícito" (Art. 20), o en forma más evidente la penalización del "blanqueo del producto del delito" (art. 23) o del "encubrimiento" (art. 24) o, por último la "obstrucción a la justicia" (art. 25). Con

Es decir, cuando se habla de corrupción se estaría haciendo alusión a un concepto centrado en la infracción de tales deberes (por lo general asociados a la función pública) con el propósito de beneficiar indebidamente a quien infringe tal deber (por lo general quien tiene un poder decisorio) o a un tercero[3].

Planteamiento que también se recoge por nuestra doctrina que asocia la corrupción a las diversas formas como los funcionarios públicos (en un sentido muy amplio) transgredirían, principalmente con fines lucrativos, las labores propias de su cargo[4]. Desde esta perspectiva, se podrían incluir en tal modalidad todos los delitos que han sido clasificados por la doctrina penal como delitos cometidos por funcionarios públicos en el desempeño de sus cargos y que afecten la probidad administrativa, o que consistan en una "falta de probidad"[5]. Las conductas de corrupción tendrían en común la contravención a deberes de fidelidad debido a una motivación económica o política, por tanto, podrían ser consideradas como conductas desleales en el marco de una serie de operaciones y negocios efectuados, principalmente, con el sector público[6].

Ello marca una gran diferencia con el tratamiento de los delitos económicos.

Otra diferencia con los delitos económicos son las consecuencias que genera el fenómeno de la corrupción, así, ya en el preámbulo de la Convención de Naciones Unidas en Contra de la Corrupción se destaca "la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo

todo, se trata de casos en que no se sanciona directamente los "actos de corrupción" sino que, por lo general, o conductas indiciarias (como el enriquecimiento ilícito) o conductas que pueden facilitar su comisión o impunidad (como el resto de los casos).

[3] Art. VI, 1, c.

[4] Así, por ejemplo, RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, Delitos contra la función pública, cit. nota n° 19, p. 89, aunque poniendo énfasis en el elemento de desviación del interés general o interés de la colectividad. Tales autores asumen sin problema un concepto amplio de corrupción en la medida que permitiría "englobar todas las conductas particulares de corrupción". En forma similar, BALMACEDA/CASTRO, Corrupción y delitos contra la administración pública, cit. nota n° 5, p. 24, de acuerdo a los cuales la corrupción "es la desviación del interés público, que se desarrolla a través del abuso del cargo, con el fin de obtener un beneficio extraposicional en la Administración pública". La excepción viene dada por Etcheberry, que asimila expresamente el término corrupción al tipo penal de cohecho. Al respecto, ETCHEBERRY, Alfredo, Derecho Penal Parte Especial, Tomo IV, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 3ª ed., 2010, p. 252. En la dogmática comparada se ha criticado definiciones similares a las citadas. Así por ejemplo, Kindhäuser sostiene que tales definiciones están orientadas al autor, resultando demasiado amplias para abarcar lo "específico de la corrupción penalmente relevante". Es importante destacar que el autor citado aborda este problema desde la definición de la corrupción como modalidad de ataque general a diversos bienes jurídicos y, en ningún caso, limitando su alcance a la corrupción en el sector público. Para graficar lo amplio que resulta tal definición constata que efectivamente una gran variedad de conductas delictivas debieran ser entendidas como actos de corrupción, como por ejemplo, ciertas defraudaciones en la medida que se infringen deberes con la motivación ya descrita. Incluso el mero incumplimiento de contratos podría ser catalogado como corrupción atendiendo al alcance asociado a la postura criticada, lo que demostraría la ineficacia de concepto. Véase KINDHÄUSER, "Presupuestos", cit. nota n° 9, p. 5

[5] GARRIDO MONTT, Mario, Derecho Penal Parte Especial, 4ª ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010, tomo III, pp. 442, donde incluye algunas figuras que considera especialmente relevantes como la malversación de caudales públicos, el cohecho y los fraudes. POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, Lecciones de derecho penal chileno, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2ª ed., 2004, pp. 490 y ss., incluyen en tal categoría los delitos de malversación, fraude al fisco, negociación incompatible, uso de información privilegiada y cohecho.

[6] En el ámbito comparado relaciona la corrupción con la deslealtad, por ejemplo, GREEN, Stuart, Mentir; hacer trampas y apropiarse de lo ajeno. Una teoría moral de los delitos de cuello blanco, Trad. AGUSTINA SANLLEHÍ, José Ramón; AMORÓS BAS, Miriam; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo; Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 257. Si bien el autor efectúa tales reflexiones a propósito del delito de cohecho serían plenamente aplicables al término "corrupción" en base a dos razones. En primer lugar, es el mismo autor el que asume que la ambigüedad moral del cohecho viene dada porque aquello "que distingue un soborno de un regalo legítimo es un elemento mental de intención muy difícil de probar (o, de modo aún más obscuro, un elemento de «corrupción»)". Pero en segundo lugar, como se defenderá acá, la corrupción puede ser entendida como la forma de agresión propia del delito de cohecho. Una referencia expresa a la deslealtad para entender la corrupción puede verse en JIMÉNEZ VILLAREJO, Carlos, "Corrupción y sistema político", en: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (Coords.), Fraude y Corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de Corrupción y Fraude, Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2006, p. 395. Desde la perspectiva de los "deberes fiduciarios" véase, CLARK, Kathleen, "Do we have enough ethics in government yet?: An answer from fiduciary theory", University of Illinois Law Review, 57 (1996,) pp. 73 y ss.

sostenible y el imperio de la ley". En similar sentido, el preámbulo de la Convención Interamericana en contra de la corrupción, advierte que este flagelo "socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos", y agrega que el combate en contra la corrupción "fortalece las instituciones democráticas, evita distorsiones de la economía, vicios en la gestión pública y el deterioro de la moral social". Por su parte el preámbulo de la Convención de la OCDE en contra del cohecho al funcionario público extranjero destaca en específico respecto del delito de cohecho que "es un fenómeno ampliamente difundido en las transacciones comerciales internacionales, incluido el comercio y las inversiones, que da origen a serias complicaciones de carácter moral y político, mina el buen Gobierno y desarrollo económico y distorsiona las condiciones competitivas internacionales".

Todo lo anterior da cuenta de la necesidad de prevenir, detectar, perseguir y combatir este fenómeno no limitándolo a una simple visión económica, sino considerando todas las dimensiones que puede alcanzar -tal como antes se ha mencionado- reconociéndose como una herramienta que colabora a esta tarea la existencia de normas dirigidas a brindar protección al denunciante de actos de corrupción de forma universal, al igual que la promoción de la integridad, la transparencia, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos.

Por otra parte, la última reforma efectuada en materia de delitos de corrupción, motivada por la Comisión Engel, mediante la Ley N° 21.121 que modificó el Código Penal y otras normas legales para la prevención, detección y persecución de la corrupción, vino a mejorar las herramientas para combatir este fenómeno, con la creación de nuevos delitos o hipótesis delictivas, con nuevas reglas para la determinación de penas, con la incorporación de la cooperación eficaz y una nueva agravante, entre otras medidas, así como con el sustancial aumento de las penas privativas de libertad y de las multas que realizó esa normativa. Si bien siempre es posible perfeccionar una normativa, a nuestro juicio, este nuevo estatuto anticorrupción resulta adecuado y pone en duda la necesidad de ser modificado, al incorporarse los delitos de corrupción dentro de este nuevo estatuto de delitos económicos, estimando que incluso podría ser un retroceso en la lucha en contra de la corrupción.

Varias de las normas del proyecto de ley, giran en torno a que se persigue a personas de importantes e ingentes ingresos económicos y en relación a ello, se agravan sus sanciones pecuniarias o se establecen atenuantes y agravantes en consideración a ello. Sin embargo, en corrupción, los funcionarios públicos no tienen el nivel de ingresos sobre el cual está discurriendo el proyecto, de manera que incluso, con la aplicación de este estatuto, podrían resultar beneficiados y en ese contexto, ser también un retroceso respecto de la mencionada Ley N° 21.121, que por ejemplo, en el artículo 251 quinquies dispone que a una serie de autoridades y funcionarios de alto nivel que no se les puede aplicar los grados mínimos de los delitos de cohecho y exacción ilegal, o que tampoco pueden acogerse a la cooperación eficaz, lo que redunda en una aplicación rigorosa de la ley en su contra.

Estas observaciones al proyecto de ley, no son una negativa del Ministerio Público a efectuar cambios, porque ha sido de nuestro interés el mejorar ciertos aspectos de nuestra regulación en lo que atañe a los delitos de corrupción y a los delitos económicos, observando la naturaleza y contornos de tales fenómenos delictuales. Así, por ejemplo, mediante Oficio FN N°1111/2019 de 6 de diciembre del año pasado, dirigido al presidente de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del H. Senado, se presentaron diversas propuestas para mejorar la persecución penal de ambas categorías de delitos, en el contexto de la denominada agenda “antiabusos”.

Allí encontramos diversos perfeccionamientos, entre ellos, uno que este proyecto de ley no toca, como es la definición respecto a que ciertas acciones penales son de previa instancia particular, y no pueden perseguirse de oficio por el Ministerio Público, lo cual estimamos contribuiría decididamente a disminuir la sensación de impunidad y privilegio, que dichas normativas generan.

3.4. Comentarios "en particular" respecto a la aplicación del Estatuto de delitos económicos a los delitos de corrupción.

- En cuanto a la **multas** y la creación del día multa. Su determinación conforme al artículo 28 del proyecto, se realiza considerando el ingreso diario promedio líquido que el condenado haya tenido en el período de un año antes de que la investigación se dirija en su contra, considerando sus remuneraciones, rentas, réditos del capital o ingresos de cualquier otra clase. Pareciera ser un sistema adecuado para personas que tienen altísimos ingresos, más no parece que fuera más gravoso o relevante respecto de funcionarios públicos, cuya gran mayoría tiene sueldos promedio o que no tendrían un impacto para esta nueva regla, o para la regla del artículo 29 que le permite al juez doblar la multa en caso que el monto de ésta resulte desproporcionadamente bajo en relación con el patrimonio del imputado.
  Las actuales multas, aumentadas por la ley 21.121, son bastante altas. Por ejemplo, en el delito de malversación de caudales públicos la sanción pecuniaria es equivalente al doble de lo sustraído. En el fraude al Fisco y en la negociación incompatible, la multa va de la mitad al tanto del perjuicio causado. En el cohecho y soborno, las multas van del tanto al cuádruplo del valor de la coima dependiendo de la figura específica de que se trate, y si lo ofrecido o aceptado es un beneficio de una naturaleza distinta de la económica, la sanción pecuniaria va desde 50 UTM a 1.500 UTM dependiendo de la hipótesis que se trate.
  Así la vinculación de la multa no depende de la capacidad económica del imputado, sino que dice relación con los montos involucrados en los hechos investigados, con consecuencias objetivas vinculadas con el actuar del funcionario público.
- En las **Atenuantes de artículos 13 y 14**, creemos que ellas son inadecuadas respecto al sujeto activo funcionario público que comete un delito de corrupción. Por ejemplo, indicar que el condenado no buscó obtener un provecho económico para si o un tercero, ello podría ser usado como excusa en los casos de delitos funcionarios, en que la experiencia ha mostrado investigaciones en que no se pretendía obtener un lucro económico sino que solamente, por ejemplo, financiar una campaña política o apoyar a un partido político. A nuestro juicio, esas motivaciones no debieran atenuar las conductas de corrupción, en la medida que se están desviando fondos fiscales, normalmente asignados para paliar las necesidades de las personas más indigentes del país, a otros fines para lo cual no han sido diseñados esos recursos provenientes de políticas públicas de carácter social.
- Otra atenuante beneficiaria a "mandos medios" que no evitaron la comisión de delito, pero ello olvida normas del derecho administrativo como la representación de ordenes ilegales, o la obligación de denuncia por cometerse un hecho ilícito. También se considera atenuante que el perjuicio sea de "bagatela" lo que se limita en 40 UTM, lo que desconoce que en materia de probidad, la cantidad de dinero no incide en la afectación del bien jurídico, es igualmente relevante y los principales delitos funcionarios, hacen reproches diversos que ya consideran estas diferencias de montos involucrados, como es la malversación o el fraude al Fisco. Eso implica que se estaría considerando una misma circunstancia, el perjuicio, dos veces, para determinar la pena y además, para atenuarla. Por otra parte, hay delitos de corrupción que no tienen vinculación con un perjuicio como el cohecho, la negociación incompatible, la falsificación de instrumento público o la violación de secretos, por lo tanto, los condenados por esos ilícitos no podrían acceder a este tipo de atenuantes.
- En las **Agravantes de artículos 15 y 16**. También vemos que no se condicen con la naturaleza del fenómeno de la corrupción. Por ejemplo, se agrava la pena si el condenado ejerció abusivamente su autoridad o poder al perpetrar el hecho. Aquello parece presente en gran parte de los delitos funcionarios, al revisar los tipos penales hay diversas manifestaciones de ello, el abuso del oficio en la falsificación, el sustraer caudales que un funcionario tiene a su cargo en la malversación se produce con un abuso, o en el fraude al Fisco en la medida que se entiende un incumplimiento de deberes doloso, así como en el cohecho, los cuales revelan un abuso de su función pública. De algún modo, una misma circunstancia podría ser valorada dos veces, lo que no es propio del derecho penal. Lo mismo, cuando

se fija un monto de perjuicio que determina una agravación de pena, lo que ya está establecido por ejemplo en el artículo 238 del CP respecto de la malversación, o en el artículo 239 respecto al fraude al Fisco. Otra agravante refiere a la posición jerárquica, pero en materia de delitos funcionarios, el art. 251 quinquies antes mencionado, pareciera ser una buena solución para castigar rigurosamente a las altas autoridades, no siendo necesario modificar el estatuto general de atenuantes y agravantes aplicables a los delitos de corrupción.

- **Penas sustitutivas**. El proyecto de ley establece un régimen de penas sustitutivas diferente del contemplado en la Ley 18.216, y que podría ser apreciado como una falta de igualdad ante la ley pues este tipo de imputados no podrían ser sometidos a una supervisión especial del Estado como es el régimen de la libertad vigilada, y por permitir la reclusión parcial en un establecimiento especial de Gendarmería de Chile, lo cual ha sido arduamente discutido en nuestro país, y que en este caso sería aplicable a personas con un gran patrimonio o bien a altos funcionarios públicos, lo cual sería una señala contradictoria con los objetivos buscados en el proyecto de ley.
- **Inhabilitaciones**. Al ser aplicables a los delitos de corrupción las reglas del estatuto de delitos económicos, no queda claro que rol jugarían las penas privativas de derecho del Código Penal, que en lo delitos de corrupción son penas principales (no accesorias) y son copulativas a las penas privativas de libertad. Podría producirse una duplicidad y obligar al juez a elegir un sistema que fuera más beneficio al reo, que pareciera ser el del proyecto de ley. Lo anterior desde que la Ley 21.121 hizo una revisión de las penas de los delitos de corrupción, elevando las penas privativas de libertad, las penas pecuniarias y respecto de las inhabilidades, mantuvo su vigencia con inhabilidades normalmente de tipo absoluto (que impiden desempeñar cualquier cargo o función pública), sean temporales y perpetuas, lo cual es un régimen más exigente que el establecido en el proyecto de ley. Esta norma también deja ver que no es lo mismo sancionar a quien comete un delito económico que a un funcionario público por delitos de corrupción, desde que se crean inhabilitaciones para ejercer cargos gerenciales, lo cual no se condice con el perfil de los investigados por delitos funcionarios.
- El **comiso de ganancias.** El proyecto establece normas para regular el comiso de las ganancias de un delito económico, lo cual parece compatible con normas internacionales, como las de la Convención de Naciones Unidas en contra de la Corrupción (artículos 31, 34 o 53 y siguientes) y por lo tanto se valora su inclusión en nuestro ordenamiento jurídico. Ahora bien, nos parece que ello podría ser una regla de general aplicación, independiente de la categoría de delito que se cometa, por lo que se sugeriría, que fuera incorporada al Código Penal como una norma aplicable a todos los delitos.
- En el **delito de corrupción entre particulares**, el proyecto sustituye las expresiones "empleado o mandatario" por "director, administrador, mandatario o empleado de una empresa", lo cual implica una clarificación de la norma en cuanto amplia expresamente su aplicación a una mayor cantidad de sujetos activos, lo cual va en línea con las propuesta realizada por el Fiscal Nacional en su Oficio N°1.111 antes mencionado, en cuanto a incorporar un mayor número de destinatarios en consonancia con lo dispuesto en el artículo 21 de la Convención UNCAC. Todavía sería posible incluir a otros sujetos relevantes, como el controlador de una empresa.

En resumen, desde la perspectiva de la lucha en contra de la corrupción, la fiscalía de Chile ve con preocupación, que estas reglas definidas para un tipo de delincuencia, como la económica, cometida al interior de empresas y por personas que tienen altos ingresos y patrimonios, se hagan extensivas además, a los delitos de corrupción, sin considerar los diferentes bienes jurídicos protegidos, los compromisos internacionales que obligan a Chile en esa materia, ni valorar los avances que introdujo en este tipo de delitos, las modificaciones realizadas por la Ley N°21.121, que modificó el Código Penal y otras normas legales para la prevención, detección y persecución de la corrupción.

4. Opinión del Ministerio Público acerca de las modificaciones a la Ley 20.393

Sobre el particular tenemos los siguientes comentarios "en particular":

- **Delitos base:** Se sustituye el art. 1ro ampliándose el catálogo de delitos que dan lugar a esta responsabilidad. De esta forma se incorporan como delitos bases todos aquellos denominados delitos económicos por el PL, es decir, aquellos contemplados en sus artículos 1 a 4, al igual que el delito de financiamiento del terrorismo, que ya recogía la actual legislación sobre la materia. Modificación que se estima adecuada ya que permite perseguir la posible responsabilidad penal de las personas jurídicas en todo el espectro en el que puede participar y generar una desviación con su actuar.
- **Aplicación a universidades estatales, iglesias y partidos políticos.** En lo relativo al ámbito de aplicación de la ley, la modificación que se introduce, explicita la responsabilidad penal de todas las personas jurídicas de derecho privado, de las empresas públicas creadas por ley, de las empresas, sociedades, Universidades estatales, los partidos políticos, y personas jurídicas religiosas de derecho público; destinatarios de la ley que si bien ya se entendían considerados, con esta nueva redacción que se propone resulta más completa que la original y evita posibles problemas interpretativos y de exclusión de sujetos activos.
- **Presupuestos de imputación:** se sustituye el actual artículo 3ro para incorporar un nuevo artículo que reducirá los requisitos de imputación de responsabilidad penal, al considerar como presupuestos de imputación:
  i. la concurrencia de alguno de los delitos económicos incorporados en el artículo 1 de la Ley 20.393.

  ii. la concurrencia de un círculo de sujetos relacionados, que "deben ocupar un cargo, función o posición en la persona jurídica, o bien prestar servicios para ésta, gestionando asuntos suyos ante terceros, con o sin su representación." Nueva redacción que si bien en una primera mirada parece extender el círculo de posibles autores, al incorporar a personas naturales que si bien prestan servicios para la persona jurídica, gestionan sus asuntos ante terceros "con o sin su representación"; en realidad reduce éste al exigir que se trate de personas que gestionen asuntos ante terceros. Al efecto parece mejor la actual redacción que incorpora no solo a los dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, sino también a quienes estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los sujetos antes mencionados.

  ii. la falta de implementación efectiva de un modelo adecuado de prevención de delitos. La nueva redacción elimina la exigencia vinculada a la actuación directa e inmediata en interés o para el provecho de la persona jurídica, por lo que aun cuando la actuación del sujeto involucrado resulte indiferente para la persona jurídica -por no reportarle beneficio alguno- responderá igual conforme a la nueva redacción propuesta. La persona jurídica se exime de responsabilidad únicamente cuando el hecho punible se perpetrare exclusivamente en contra de la propia persona jurídica. En ello consideramos que hay un avance.

  El nuevo artículo 3ro. incorpora una suerte de Responsabilidad penal extendida —en la medida que concurran los requisitos del circulo de autores e inexistencia de un adecuado modelo de prevención de delitos— al sancionar la actuación que se realiza por una persona jurídica distinta, que presta servicios para una empresa gestionando sus asuntos ante terceros, con o sin su representación, o en el caso que careciere de autonomía operativa a su respecto, al existir entre ellas relaciones de propiedad o participación. Extensión de responsabilidad que se cree un avance al contemplar también de manera explícita la sanción de las personas jurídicas relacionadas.

- **El proyecto reconoce expresamente al MPD como eximente de responsabilidad.** El PL incorpora una eximente de responsabilidad, vinculada a la implementación de un adecuado modelo de prevención de delitos.

La nueva redacción que se da al art. 4to. se acota únicamente a precisar, en términos generales, los requisitos que debería considerar el modelo, atendido el tamaño, complejidad, recursos y las actividades que desarrolla la persona jurídica; requisitos similares a los que mencionaba el número 3 del artículo sustituido.

Actualmente, en la Ley 20.393 se reconoce que el MPD podría servir para operar como una presunción simplemente legal del cumplimiento por parte de la empresa de sus deberes de dirección y supervisión con la finalidad de evitar la comisión de delitos al interior de la empresa, lo que permitía discutir en juicio la efectividad y eficiencia del MPD, dado que por ser una presunción legal se admite prueba en contrario. Ahora, con este cambio, de transformar al modelo en una eximente, se podría estar beneficiando a las empresas, entregando una señal incorrecta, respecto a que por el solo hecho de tener un modelo de prevención, se exime de responsabilidad, sin vincularlo a su correcta y efectiva implementación.

- **Elimina la certificación.** La nueva redacción del art 4to elimina las menciones al encargado de prevención, a sus medios y facultades cómo también todo lo relativo a la supervisión y certificación de los modelos de prevención. El proceso de certificación creado por la Ley 20393 ha sufrido diversas críticas, entre ellas de la OCDE, respecto que no se empoderó a la CMF con las facultades para supervigilar a las empresas certificadoras a fin de imponer algún estándar mínimo del trabajo a realizar por estas entidades, de modo que no estaba claro el aporte que hace la certificación a la prevención de delitos al interior de la empresa. En ese sentido, apoyamos esta modificación. En cambio, sería mejor a nuestro juicio dejar aquellas normas que regulaban al encargado de prevención, a sus medios y facultades.
- **Agravante de persona natural que se comunica a la PJ .** El PL sustituye el art. 7 de la Ley e incorpora 2 circunstancias agravantes, la primera -que ya reconocía la Ley- relativa a la reincidencia, que se extiende a los delitos perpetrados 10 años previos a la comisión del nuevo delito. Agregando una nueva agravante que se vincula a la persona natural que cometiere el delito -se trata de circunstancias que le afectan- y a la falta de implementación efectiva de un modelo de prevención de delitos, que permitió su intervención. Esta última modificatoria de responsabilidad, parece querer consagrar una posible comunicabilidad de circunstancias agravantes de responsabilidad, de la persona natural a la persona jurídica, no obstante su redacción alambicada o poco clara.
  El PL en este aspecto olvida que nuestro legislador penal al momento de introducir la responsabilidad de la persona jurídica optó por un modelo atenuado de responsabilidad derivada, que, además de la conexión entre individuo responsable y su hecho con la persona jurídica, requiere que ésta haya contribuido al hecho por la vía de haberse organizado de un modo que favorece o en todo caso no impide ni dificulta la realización de ese tipo de hechos, esto es, la llamada responsabilidad por "defecto de organización" . De esta manera la responsabilidad de la entidad se construye al modo de una forma especial de intervención en el delito cometido por el sujeto relacionado, razón por la cual responde precisamente por ese título delictivo. Desde un punto de vista político criminal más amplio, el modelo de responsabilidad por defecto de organización se inscribe en la estrategia de control del delito vía autorregulación forzada (enforced self-regulation), esto es, imponiéndole a las empresas en cuyo seno se produce la actividad delictiva el deber de organizarse y regularse de modo que sirvan también como instancias de prevención y detección de la misma, concretamente mediante la adopción e implementación de programas de cumplimiento (compliance programs). Desde luego ese es un efecto de cualquier modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero la conexión es mucho más clara y consciente, en particular en lo que concierne a la forma específica de organización, cuando dicha responsabilidad se funda precisamente en el hecho de no haberse organizado y regulado del modo debido.

  Conforme a lo anterior una agravante que introduce elementos subjetivos o personales, desconoce esa especial forma de intervención.

- **La pena de interventor.** El artículo 11 bis del proyecto establece la pena de intervención de la persona jurídica. La norma establece que el tribunal podrá establecer la figura de un "interventor" si debido a la inexistencia o grave insuficiencia de un sistema efectivo de prevención de delitos ello resultare necesario para prevenir la perpetración de nuevos delitos en su seno. Nos surgen dudas respecto de las atribuciones que se le otorgarían al juez y no al Ministerio Público en relación con las instrucciones que se le darían al "interventor" para lograr un sistema efectivo de prevención de delitos. La normativa planteada no contempla regulación y sugerimos la incorporación del Ministerio Público a través del Fiscal que esté viendo el caso concreto para proponer instrucciones a realizar por el "interventor".
- **Pena de multa.** Se propone como modificación a la Ley 20.393 en su artículo 12, que el juez debe establecer la multa al valor día. Esto en ningún modo viene a mejorar la situación de los delitos de corrupción, ya que, la última iniciativa que modificó el Código Penal, esto es, la Ley 21.121 se hizo cargo del aumento de las penas, en particular, las penas de las personas jurídicas y el aumento de las multas que hoy llegan hasta 300.000 UTM.
  Además, tampoco se hace mención al procedimiento o forma en la cual el juez determinará el valor del día-multa. Esta queda sujeta a la discrecionalidad del juez quien determinará el valor del día-multa sólo con la limitación de que no podrá ser inferior a 5 ni superior a 5.000 Unidades Tributarias Mensuales. No existe regla expresa para su determinación en la Ley 20.393. Se prefiere mantener el actual sistema de multas.
- **Comiso por ganancias.** Luego, el nuevo artículo 19 bis incorpora la figura del comiso, explica esta figura y se pone en el caso en que no se pueda decomisar las especies. En dicho caso se podrá aplicar el comiso a una suma de dinero equivalente a su valor. La forma en cómo se determinará esa equivalencia, ¿quedará a criterio del juez?, ¿Se presentarán documentos con el avalúo de la especia y con ello se determinará su valor presente? Surgen dudas, en definitiva, de si la regla general aplicada terminará siendo el comiso por ganancias o el comiso por valor equivalente. ¿Si las ganancias no pueden ser decomisadas, se determinará por su valor equivalente también? Consideramos oportuna la nueva institución del comiso de ganancias pero sugerimos que este tenga carácter general en el Código Penal.

Unidad Especializada Anticorrupción. Fiscalía Nacional del Ministerio Público.

HFA