

## RELEVANCIA DEL ELEMENTO “INTERÉS O PROVECHO” EN LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN CHILE

### *RELEVANCE OF THE “INTEREST OR PROFIT” ELEMENT IN THE CORPORATE CRIMINAL LIABILITY IN CHILE*

GONZALO GARCÍA PALOMINOS\*

**RESUMEN:** Este trabajo ofrece una interpretación del elemento “interés o provecho” exigido en el art. 3 de la Ley N° 23.393 como condición de la punibilidad de las personas jurídicas, a partir de un análisis de los distintos modelos de responsabilidad penal en el derecho comparado y el análisis de la coherencia de dicha exigencia para el propio sistema. Se concluye que la función de dicho elemento en el sistema de imputación chileno es definir objetivamente, y desde una perspectiva objetiva *ex ante*, el ámbito de competencia de la persona jurídica sobre las conductas de terceros autorresponsables, de manera de limitar los deberes de dirección y control. Por su parte, la incorporación de los adverbios “directa e inmediatamente” debe ser entendida como un elemento cualificador del injusto merecido de pena.

**Palabras clave:** interés o provecho; directo e inmediato; responsabilidad penal persona jurídica.

**ABSTRACT:** This paper offers an interpretation of the “interest or profit” element required by section 3 of Statute 23.393 as a condition for the punishment of legal persons. It is based on the comparative analysis of criminal liability models for legal persons and its compatibility with Chilean regulation. It is concluded that the purpose of this element in the national law is to define from an objective *ex ante* perspective the legal person’s scope of command on the conducts of self-responsible staff, in order to limit managing duties and supervisory functions. On the other hand, the insertion of the adverbs “directly and immediately” must be interpreted as a qualifying element of the crime that determines the cases that deserve punishment.

**Keywords:** interest or profit; directly and immediately; Corporate Criminal Liability Regime.

## INTRODUCCIÓN

Que la responsabilidad penal deba surgir de procesos de imputación personal que buscan determinar la pertenencia de una conducta y sus consecuencias “significativas” a un sujeto determinado (con capacidad de manifestar con ella una deslealtad al derecho)<sup>1</sup>, resulta ser un topos político, dogmático y socialmente compartido. Tanto “lo penalmente

\* Doctor en derecho, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Alemania. Académico del Departamento de Derecho Penal, Universidad de los Andes (Chile). Código Orcid: 0000-0001-8559-4933. Dirección Postal: Monseñor Álvaro del Portillo 12455, Las Condes. Dirección electrónica: ggarcia@uandes.cl. El autor agradece a la ayudante de la cátedra de Derecho Penal en la Universidad de los Andes (Chile), Macarena Griffin C., y la profesora Teresa Aguirre por su colaboración en la revisión y corrección formal de este trabajo.

<sup>1</sup> Véase en profundidad MAÑALICH (2015) p. 102; en un sentido más clásico MIR PUIG (2003) pp. 1 y ss.

atribuido” como “el tipo de efecto jurídico consecuencia de ello (pena)” explican, entonces, que los criterios de imputación se basen en el principio de autorresponsabilidad, de manera tal que la conducta punible sea consecuencia de un proceso de atribución de responsabilidad por la intervención de un sujeto en la realización del injusto típico.

La Ley N° 20.393 de 2009 –que incorporó al ordenamiento jurídico chileno un sistema normativo que denominó “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”– constituye un estatuto extraordinario de responsabilidad penal. Lo extraordinario radica, por una parte, en que el proceso de incriminación especial se dirige a las personas jurídicas respecto de injustos penales no cometidos directamente por ellas, sino por aquellos que previamente hayan ejecutado terceros. Si bien este primer aspecto es extraordinario en el derecho penal, no es completamente extraño si se analizan los criterios de atribución de responsabilidad penal desarrollados para la coautoría, la autoría mediata o, incluso, la participación delictual<sup>2</sup>. En estos últimos casos, a diferencia de la responsabilidad de la persona jurídica, la imputación del injusto se ha podido fundar por la literatura –como señala Frisch– de manera bastante “sólida”; en caso de la participación, adicionalmente, dicha declaración lo ha sido incluso por un hecho “ajeno”<sup>3</sup>. Por otra parte, lo extraordinario –aunque esta vez absolutamente excepcional– radica en el hecho de que la superación del principio *societas delinquere non potest*<sup>4</sup> ha llevado a reconocer en las personas jurídicas un “sujeto de imputación penal” con propiedades sustantivas diferentes a las de las personas naturales, por faltar en ellas las facultades espirituales de las personas naturales sobre las cuales se ha construido el derecho penal moderno<sup>5</sup>.

En el sistema chileno de imputación a personas jurídicas, establecido en los artículos 3 y 5 de la Ley N° 20.393 de 2009, solo podrá generarse responsabilidad cuando pueda explicarse una especie de conexión o vínculo de ilicitud (antijuridicidad) entre ciertos incumplimientos normativos de la “persona jurídica” y el delito de la persona física. Sin embargo, aquello dependerá de si también la persona física ha cometido el delito “directa e inmediatamente en su interés o para su provecho” (art. 3) o, al menos, “dentro del ámbito de funciones y atribuciones propias” (art. 5). Aquella exigencia, sin embargo, es coherente con varios sistemas de responsabilidad cuyos efectos son absolutamente diferentes como se demostrará, lo que genera interrogantes sobre el alcance de lo exigido por la norma chilena. No provoca dudas en ninguno de los modelos de responsabilidad –aunque por razones diferentes– la necesidad de excluir aquellas hipótesis en que la persona hubiera cometido el delito “exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero” (exigencia de incisos 1 y 4 del art. 3). Sin perjuicio de lo anterior, los cuestionamientos importantes se producen respecto de constelaciones adicionales en que el vínculo de interés es más difuso, ya que las soluciones son diferentes según cada modelo de responsabilidad y sus exigencias adicionales: hipótesis dudosas son aquellas en que las acciones realizadas por la persona física

<sup>2</sup> Véase al respecto en FRISCH (2013a) pp. 354 y ss.; una versión aproximada en español FRISCH (2013b) pp. 816 y ss.

<sup>3</sup> FRISCH (2013b) pp. 816 y ss.

<sup>4</sup> GONZÁLEZ (2014) pp. 31 y ss.

<sup>5</sup> VAN WEEZEL (2010) pp. 114 y ss. (p. 121); véase también sobre este cuestionamiento JAKOBS (2002) p. 565; FRISCH (2013b) pp. 813 y ss.

beneficiaron a la persona jurídica, desde una perspectiva *ex post*, sin perjuicio de que aquello no haya sido perseguido como objetivo *ex ante* por la persona física; o aquella en que la persona física *ex ante* buscaba beneficiarse ella misma, aunque no exclusivamente ya que, con ello, también se podía beneficiar accesoriamente a la persona jurídica, o en que la persona física busca favorecer los intereses de la persona jurídica, pero por medio del beneficio directo propio o de un tercero.

La discusión anterior se vincula con interrogantes de dos clases: i. las primeras, referidas a la funcionalidad del elemento “interés” en el modelo adoptado (*de lege lata*), lo que determina, en parte importante, la naturaleza objetiva o subjetiva de este elemento<sup>6</sup>, y ii. las segundas, relativas a la capacidad de dicha exigencia para proveer criterios de merecimiento de pena legítimos y esenciales<sup>7</sup> o, por el contrario, innecesarios<sup>8</sup>.

Este artículo se propone, concretamente, analizar la función que el elemento “interés o provecho” cumple en la regulación chilena (*de lege lata*), lo que exige reconstruir el sistema adoptado a la luz del análisis de modelos regulatorios y la comparación funcional con sistemas regulatorios en España, Italia, Alemania y Estados Unidos. Al mismo tiempo, aquel análisis será desarrollado dogmáticamente, de manera de determinar el significado y alcance del objeto de estudio.

## I. “INTERÉS O PROVECHO DE LA PERSONA JURÍDICA”: ¿FACTOR DE CONEXIÓN O LIMITACIÓN A LA PUNIBILIDAD?

### 1. EXPLICACIÓN DEL ELEMENTO “INTERÉS O PROVECHO” SEGÚN EL MODELO DE ATRIBUCIÓN<sup>9</sup>

Determinar “qué es aquello que se atribuye” resulta ser distintivo de cada modelo de responsabilidad, de lo que se deriva que no todos los modelos de responsabilidad –penal, civil y administrativo– generan un verdadero proceso de “imputación personal” por el hecho. En otras palabras, no todo sujeto que va a soportar la sanción o va “a responder” (asumir la carga de la sanción) será a quién se le ha atribuido personalmente el hecho ilícito. Aquello podría suceder, por ejemplo, en algunos criterios de responsabilidad administrativa o civil basados en responsabilidad solidaria, alternativa o vicarial<sup>10</sup>. Aquello, como ya se ha indicado, es distinto en el derecho penal, en que el proceso de imputación de la autoría dependerá de la posibilidad de “imputación personal” del hecho a un sujeto como su obra.

Los sistemas vicariales estrictos, que consisten en la adopción, como criterio de responsabilidad penal, del principio *respondeat superior* elaborado para el derecho de daños (civil), han desarrollado un criterio de responsabilidad en virtud del cual “la persona jurídica responderá por los daños causados [delitos] por sus empleados, en la medida que

<sup>6</sup> En este sentido Oficio FN N° 440(2010) p. 7.

<sup>7</sup> Ha optado por esta calificación, por ejemplo, ORTÚZAR (2012) p. 217.

<sup>8</sup> Por ejemplo, véase HERNÁNDEZ (2010) p. 303; GARCÍA CAVERO (2012) pp. 68 y ss.

<sup>9</sup> Un análisis comparado similar en RAGUÉS (2017) pp. 105 y ss.

<sup>10</sup> Véase con profundidad CELAYA (1995) p. 101 y ss; PINO EMHART (2013) pp. 117 y ss.

haya obtenido un beneficio de los actos ilícitos desarrollados por estos”<sup>11</sup>. Su fundamento original estaba radicado en un criterio “de justicia distributiva”, según el cual se debe cargar la responsabilidad de indemnización por el daño a terceros (reparación del daño) en aquel sujeto que se ha beneficiado *ex post* del riesgo asumido (y con ello soporta el costo económico de haber obtenido un beneficio). Este criterio fue asumido en el derecho anglosajón para el derecho penal, primero adoptando una perspectiva de justicia distributiva (similar a la civil) y luego desde una perspectiva disuasiva basada en la lógica utilitarista: imponer una carga en el “principal” (y no en el agente) por ser este el más eficiente y barato “evitador” de los riesgos inherentes a la actividad (idea de control/beneficio)<sup>12</sup>. Con posterioridad a los años cuarenta, la tesis mayoritaria en materia penal tendió a derivar en una especie de responsabilidad mixta, que mezclaba en sus fundamentos el modelo de responsabilidad vicarial con el modelo de responsabilidad por culpa propia, esto es, que centraba la argumentación en ciertos deberes de vigilancia derivados del desarrollo de una actividad riesgosa, pero que generaba un enriquecimiento (véase *UNITED STATES V. A&P TRUCKING CO.*; *STANDARD OIL CO V. UNITED STATES*)<sup>13</sup>. Aquello haría variar levemente la acentuación desde la perspectiva *ex post* que caracterizaba los sistemas de responsabilidad por el daño a uno de análisis *ex ante* que ubica el beneficio o interés como fuente de deberes de cuidado<sup>14</sup>.

Uno de los aspectos más discutidos y relevantes en el modelo de responsabilidad vicarial dice relación con determinar si el requisito del interés “fundamenta” la responsabilidad penal o, por el contrario, simplemente la limita, la excluye (descarga o desconecta) o sirve para derrotar una especie de presunción. Esto es, determinar si la responsabilidad es consecuencia de la competencia objetiva de la persona jurídica sobre las conductas de sus órganos, lo que implica que se presume que estos se han motivado por el interés de la empresa, de manera tal que dicha responsabilidad orgánica decae si se prueba una ausencia de interés del principal. Por el contrario, también habrá que determinar si dicha responsabilidad –al igual que la responsabilidad civil– solo requiere la constatación de que el principal se ha enriquecido o aprovechado como consecuencia de la acción de alguna persona física. En este caso, el interés fundamenta la responsabilidad.

Para el primer modelo de responsabilidad vicarial, el círculo de autores del delito sirve de base para la responsabilidad de la persona jurídica ya que lo que lo caracteriza es que está limitado a agentes que cumplen labores directivas o de control que permiten justificar de mejor forma la transferencia de responsabilidad a la empresa. En este caso el elemento “interés” solo podrá desvincular o desconectar la transferencia de responsabilidad fundada en el vínculo formal (no actúa en interés), probando un ánimo subjetivo de motivación diverso. En cambio, para el segundo modelo de responsabilidad (vicarial estricto) no es relevante la calidad de sujeto activo ni su motivación, por lo que el agente puede ser un trabajador de menor importancia en la estructura organizacional (no órgano), ya que el

<sup>11</sup> Con mayores referencias UNDANGARÍN (2014) pp. 7 y ss.

<sup>12</sup> Véase ampliamente en GÓMEZ-JARA (2009) p. 45; ARTAZA (2013a) p. 85; VILLEGAS (2016) pp. 173 y ss. (en especial p. 190).

<sup>13</sup> Véase sobre estos casos, VILLEGAS (2016) p. 174.

<sup>14</sup> VILLEGAS (2016) pp. 173 y ss. (en especial p. 190).

criterio determinante es el enriquecimiento injusto en favor del principal. La motivación de actuar en interés es irrelevante, frente al resultado objetivo de haber beneficiado a la empresa; a menos que se excluya la responsabilidad objetiva y se exija como límite a la sanción, la culpa propia. En este caso, la exigencia de obrar fundado en un interés, lo es para fijar el ámbito de los deberes de cuidado del principal.

El zigzag jurídico jurisprudencial norteamericano es consecuencia precisamente de la tensión sobre los modelos, esto es, entre la adopción de la “teoría de la identificación” o del *alter ego*<sup>15</sup> o de la responsabilidad vicarial estricta. A modo de ejemplo<sup>16</sup> en el caso UNITED STATES V. EMPIRE PACKING CO.<sup>17</sup> se aceptó la tesis de transferir la responsabilidad a la empresa por las conductas del presidente de la compañía (falsificación en subsidios públicos), en tanto este lo había hecho en representación de la compañía y dentro de las competencias que como tal le correspondía. Adicionalmente, y aquí el punto central, las actividades se realizaron solo como consecuencia de la autoridad corporativa que lo investía. Dicho elemento, sin embargo, deja de ser central en el caso UNITED STATES V. ARMOUR & CO.<sup>18</sup> en que el agente resultaba ser un mero vendedor, cuestión que no fue entendida como un impedimento para imputarle el delito también a la empresa. La defensa alegó que no existía evidencia de que algún alto ejecutivo hubiera participado o tenido conocimiento de las conductas ilícitas del vendedor y, aún más, que le era imposible controlar las conductas de todos sus vendedores. Sin embargo, el tribunal –adoptando la versión más estricta de la responsabilidad vicarial– consideró que la conducta del empleado se encontraba bajo la esfera de control del empleador y, citando<sup>19</sup> la sentencia en el caso UNITED STATES V. GEORGE F. FISH, INC.<sup>20</sup>, sostuvo la tesis de que la negación de la responsabilidad de la empresa implica una especie de “inmunización al sujeto que se beneficia de los actos que, invariablemente no son realizados por ejecutivos, sino por subordinados”. Surge, entonces, nuevamente el “interés” como factor de conexión entre la conducta de la persona física y la empresa.

Por su parte, el Model Penal Code de 1962 desarrollado por el American Law Institute en los Estados Unidos<sup>21</sup>, basa su criterio de imputación esencialmente en la teoría de la identificación atenuada por la culpa propia<sup>22</sup>. Así, al fundamentar la responsabilidad en el criterio de la representación formal del órgano y no en el “actuar en interés”, este último elemento solo cumple una función de exclusión. Esto es, la falta de “actuar en interés o beneficio” (por ejemplo, no actuando en su nombre ni en el ejercicio de las funciones que tiene encomendadas) serviría como una descarga de la presunción simplemente legal construida a partir de que la conducta haya sido desarrollada dentro de la esfera orgánica de autoridad. Este sistema mixto reconoce entonces –aunque en sentido negativo– este triple

<sup>15</sup> SILVA SÁNCHEZ (2008) p. 132.

<sup>16</sup> Más ejemplos en VILLEGAS (2016) p. 143.

<sup>17</sup> UNITED STATE V. EMPIRE PACKING CO. (1949).

<sup>18</sup> UNITED STATES V. ARMOUR & CO. (1948).

<sup>19</sup> UNITED STATES V. ARMOUR & CO. (1948).

<sup>20</sup> UNITED STATES V. GEORGE F. FISH, INC. (1946)

<sup>21</sup> ROBINSON Y DUBBER (2007) p. 320; HEFENDEHL (2001) p. 421; Para una explicación sistemática véase UNDANGARIN (2014).

<sup>22</sup> NIETO (2008) p. 8.

sistema de imputación. El de la identificación orgánica como fundamento (que termina por presumir la responsabilidad) y, como criterios negativos de exclusión, el del interés y el de la culpa de la empresa.

En este contexto general, se puede observar que la exigencia de perseguir un interés en favor de la empresa (beneficiar) tiene una explicación diferenciada en los distintos sistemas modernos, pero que finalmente se decanta por uno mixto<sup>23</sup>. El paso de un criterio de justicia distributiva del derecho civil (¿quién carga con los costos de reparar el daño causado?) al derecho penal (¿quién responde por el injusto penal?) generó<sup>24</sup>, entre los años cuarenta y sesenta, una búsqueda de criterios de atribución de responsabilidad que vincularan directamente a la empresa, esto es, por su culpa propia<sup>25</sup>. Aquello permitiría superar la idea de sanción por un injusto ajeno. La pérdida de relevancia del elemento “interés o provecho”, como criterio de mera transferencia de responsabilidad, provocó que se pasara a entender la exigencia de obrar en interés como un criterio de fijación de competencia de los deberes de diligencia, desde donde construir la culpa propia. Así, como criterio negativo de competencia, si lo que perseguía subjetivamente la persona física era obtener un beneficio propio, su conducta no sería parte de la competencia de la empresa, por lo que la persona jurídica quedaría exenta de responsabilidad. Por lo mismo, por tratarse solo de un criterio de fijación de competencia, es que –como señala Villegas– se generaría responsabilidad penal incluso cuando, actuando en interés de la empresa, la conducta cause un daño a la sociedad<sup>26</sup>. La sentencia del caso *STANDARD OIL COMPANY OF TEXAS v. UNITED STATES*<sup>27</sup>, como explican correctamente Artaza<sup>28</sup> y Villegas<sup>29</sup>, representa aquella postura de que lo importante es conectar jurídicamente la competencia de la persona jurídica a la persona física, por lo que no se puede analizar solo desde una especie de “resultado” objetivo *ex post*.

En el otro extremo de los modelos comparados, el sistema alemán de atribución de responsabilidad (infraccional) “administrativa” por “defecto organizacional”<sup>30</sup>, llega a conclusiones similares. Este modelo está configurado por la relación entre el §30 (1) OWiG (Ley alemana sobre contravenciones administrativas) –norma que introdujo la responsabilidad de las corporaciones en el ámbito administrativo sancionador alemán– y el §130 (1) OWiG, norma que establece deberes directos de los empresarios y de las personas jurídicas en relación al control de sus empleados en el cumplimiento normativo. Adicionalmente, el §130 (3) OWiG establece otra norma de sanción administrativa, también vinculada con la norma de conducta del §130 (1) OWiG, aunque esta vez con la amenaza de sanción al titular o dueño de un establecimiento o una empresa, en aquellos casos en que alguno de sus

<sup>23</sup> VILLEGAS (2016) pp. 171 y ss.

<sup>24</sup> Véase en NIETO (2008) p. 8.; en la literatura chilena, ORTÚZAR (2012) p. 217.

<sup>25</sup> Véase ARTAZA (2013a) pp. 83 y ss.; GÓMEZ-JARA (2009) pp. 45 y s.; LAUFER (1999) p. 1362.

<sup>26</sup> ARLEN y KRAAKMAN (1997) p. 2.

<sup>27</sup> *STANDARD OIL COMPANY OF TEXAS v. UNITED STATES* (1962).

<sup>28</sup> ARTAZA (2013a) p. 95.

<sup>29</sup> VILLEGAS (2016) p. 174.

<sup>30</sup> KLESZCZEWSKI (2010) p. 201 (número al margen 647 y ss.); para el derecho penal, TIEDEMANN (1988) pp. 1169 y ss.; STRATENWERTH (1992) pp. 295-299; ALWART (1993) pp. 752 y ss., 755; HERNÁNDEZ (2010) p. 217.

empleados o subordinados, infringiendo ciertos deberes, cometa un delito<sup>31</sup>. La norma de conducta del (1) del §130 OWiG señala que actúa infraccionalmente quien como titular de un establecimiento o una empresa omite dolosa o imprudentemente medidas de control que son necesarias para impedir vulneraciones a deberes que afectan al titular del establecimiento o empresa y que se castigan con pena o con multa. El círculo de autores del hecho de conexión (*Anknüpfungstat*), en la norma de sanción de la persona jurídica, abarcaría solo a las personas que actúan con responsabilidad de dirección. Su fundamento no estaría radicado en la necesidad de justificar una transferencia de responsabilidad, sino de “evitar el desplazamiento de la responsabilidad desde los niveles jerárquicos máximos y superiores hacia los niveles inferiores y, de este modo, la elusión de la responsabilidad de la asociación”<sup>32</sup>. De ahí que la fórmula elegida en el § 30 (1) OWiG, establezca como su exclusivo criterio de atribución de responsabilidad la infracción a los deberes propios de la asociación gracias a los cuales esta se ha enriquecido o ha debido enriquecerse<sup>33</sup>.

La búsqueda de un enriquecimiento de la persona jurídica, en este contexto, si bien es un presupuesto tácito asociado a la sanción administrativa, pareciera no constituir un verdadero *Anknüpfungstat* (factor de conexión)<sup>34</sup>. Sin embargo, como destaca Sieber, la orientación patrimonialista se propone causar un costo disuasivo a las empresas por medio de una especial forma de comiso (efecto de confiscación en el § 17 Abs. 4 OWiG). Sin perjuicio de lo anterior, si se reconoce como elemento de “desconexión” tácito el que el tercero haya actuado exclusivamente en interés propio<sup>35</sup>.

A pesar del evidente parentesco entre el modelo alemán y el español, el elemento del “interés” ha sido interpretado para el sistema español ya no solo como un factor de conexión desarrollado para limitar el ámbito de aplicación de deberes, sino derechamente como un criterio de imputación diferenciado (art. 31 bis 1)<sup>36</sup>.

El artículo art. 31 bis 1 del CP español establece dos títulos de imputación distintos: el que en la letra a) se refiere a los delitos cometidos por los administradores; esto es, sujetos orgánicamente ubicados en la cúspide de la organización y en la letra b) los subordinados. La razón que explica la distinción radica en que, según las características del hecho de conexión, distinta debe ser la fundamentación de la imputación o, a lo menos, distintos deben ser los criterios para “generar” responsabilidad. Así, por ejemplo, Feijóo señala que la justificación de esta distinción –tras la reforma de 2015– no sería la de fundamentar la punibilidad, sino la de establecer distintos criterios que sirvan de “exclusión” de la responsabilidad penal<sup>37</sup>. Para la hipótesis que exige una calidad especial (orgánica) de la persona física, surgiría responsabilidad, si se cumple con los requisitos establecidos en el apartado

<sup>31</sup> La traducción del §130 OWiG en SIEBER (2013) p. 83.

<sup>32</sup> LOUIS y WASSMER (2006) pp. 203 y ss.

<sup>33</sup> LOUIS y WASSMER (2006) pp. 203 y ss.

<sup>34</sup> La traducción en LOUIS y WASSMER (2006) pp. 203 y ss.

<sup>35</sup> LOUIS y WASSMER (2006) p. 204.

<sup>36</sup> Véase SILVA SÁNCHEZ (2014a) p. 195; SILVA SÁNCHEZ (2014b) p. 285; SILVA SÁNCHEZ (2008) pp. 129 y ss; ROBLES (2015) pp. 136 y ss; CIGÜELA y ORTÍZ DE URBINA (2020) pp. 84 y s; GÓMEZ-JARA, Carlos (2005) pp. 163 y ss; GÓMEZ-JARA, Carlos (2018) pp. 65 y ss.; GÓMEZ-JARA, Carlos (2015) pp. 89 y ss.

<sup>37</sup> FEIJÓO (2016) p. 84.

segundo y que exige que la conducta de la persona física sea atribuible a una falta de control, supervisión y vigilancia por parte de la persona jurídica. Por lo mismo, para que la conducta del agente pueda generar responsabilidad de la persona jurídica, según señala este autor, debería acreditarse que la persona jurídica no haya creado un órgano que controle la legalidad de la actuación de los administradores o, en caso de haberse implementado, los autores individuales hayan cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención. Por su parte, tratándose de personas físicas subordinadas (letra b) del apartado 1 y 4 del art. 31 bis), se dispone que la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

En lo que aquí interesa, empero, es que en el modelo español –modificado en 2015– la posición de la persona física en la estructura de la empresa no resulta ser un elemento esencial de la conexión; lo anterior es coherente con un sistema que se basa en el reconocimiento de un marco organizativo amplio y en la culpa propia, esto es, en un déficit específico de la propia organización de la persona jurídica. Aquello es lo que explica que en la Circular 1/2016 –sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015– la referencia típica del “beneficio directo o indirecto” tenga solo una naturaleza objetiva de la acción, lo que significa que debe ser idónea para reportar una ventaja a la persona jurídica<sup>38</sup>.

En la orientación aparentemente similar a la del sistema mixto del Código Penal Modelo de 1962 de Estados Unidos, –y abiertamente más parecida a la del sistema chileno– se encuentra el modelo italiano de responsabilidad de personas jurídicas. Este desarrolla un sistema de imputación que ubica en la base del sistema el criterio del interés (y/o ventaja). Todos los demás criterios son desarrollados en forma de exclusiones negativas. En efecto, el Decreto Legislativo N° 231 del 8 de junio de 2001 italiano sobre “Disciplina de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, empresas y asociaciones sin personalidad jurídica”<sup>39</sup>, desarrolla un modo de imputación que distingue dos grupos de personas físicas, según sus distintas vinculaciones institucionales, de manera tal que los criterios de vinculación normativa entre la empresa y la persona física dependan de aquella naturaleza de vinculación objetiva (art. 5 N° 1 a y b). Dichos criterios de imputación diferenciado (art. 6 y art. 7) le dan importancia a la adopción de un modelo de gestión dirigido a impedir la comisión de infracciones penales; la conformación de un organismo dirigido a vigilar el funcionamiento y la observación de este modelo, y la estructuración de un sistema disciplinario interno cumpliría una función estructural<sup>40</sup>.

Se trata de un modo de evitar una responsabilidad exclusiva de la empresa basada en la conducta del órgano, sin considerar la propia culpabilidad de la empresa,<sup>41</sup> al punto

<sup>38</sup> Díez RIPOLLÉS (2016) p. 267; RAGUÉS (2017) pp. 105 y ss.

<sup>39</sup> Véase CARNEVALI (2010) pp. 296 y ss.; en la literatura extranjera SEMINARA (2014) pp. 127 y ss.; FIORELLA Y VALENZANO (2016) pp. 53 y ss.; VALENZANO (2015) pp. 169 y ss.; DE SIMONE (2013) pp. 263 y ss.; DE VERO (2008) pp. 1 y ss.; FIORELLA (2006) pp. 53 y ss.

<sup>40</sup> CARNEVALLI (2010) p. 301.

<sup>41</sup> SEMINARA (2014) p. 131.



de poder considerar ciertas ventajas como “meramente fortuitas”. El sistema incluiría, en palabras de Seminara, un criterio subjetivo de imputación que serviría para introducir un coeficiente de “reproche”, aunque estructurado de modo distinto a la imputación relativa a los delitos cometidos por los sujetos que no se encuentran en el vértice, refiriéndose a las personas físicas que cometen el delito dolosamente, que no se encuentran en la estructura superior. En este caso, en los sujetos del vértice, el art. 6 presumiría una responsabilidad del ente, excluyéndola únicamente en el supuesto en que se demuestre la implementación idónea de modelos de organización y gestión a los que se refiere el art. 6. La responsabilidad del ente giraría, según Seminara, en torno a la omisión de los modelos organizativos, de manera tal que su implementación cumpliría una función de garantía una vez superado el *versari in re ilícita*, y su naturaleza sería la de una “causa de exclusión de la punibilidad”<sup>42</sup>. En el caso de quienes no se encuentren en el vértice [art. 7 en relación con el art. 5 N° 1 letra b)] ya no se presenta la presunción de responsabilidad por el solo hecho de que las personas físicas hayan actuado en interés o para ventaja de la persona jurídica, sino que será necesario “adicionalmente” haber actuado en razón de aquel interés, que el delito haya sido posible por el incumplimiento de las obligaciones de gestión o supervisión de la persona jurídica. Una fórmula para probar el correcto cumplimiento de aquellos deberes resulta ser, aunque no sea el único, la implementación de un modelo de organización, gestión y control adecuado para prevenir delitos de este tipo.

Sin perjuicio de la centralidad que la regulación italiana le otorga al “interés” como elemento de la responsabilidad, la literatura italiana no es conteste sobre la forma de determinar su contenido y contornos. Como expone Salvo Ilabel, respecto a las posiciones dogmáticas, el examen del interés es realizado en clave objetiva y *ex post*, ya que entenderlo como un elemento subjetivo en la conducta, dificultaría en demasía la imputación del delito a la entidad. En lo que todos resultan coincidir, en todo caso, es que el objeto final es la determinación de que el hecho se realizó en el “ámbito” de la empresa<sup>43</sup>. Valenzano, parece dar una lectura distinta a la normativa y una explicación diferente al contenido del interés, aunque distinguiendo las dos hipótesis –interés y para su beneficio– por lo que señala que el interés, al ser lo que motiva la conducta criminal, debe ser establecido desde una perspectiva *ex ante*; mientras que el beneficio (ventaja) se establece necesariamente *ex post*<sup>44</sup>. Aquello logra su explicación, como ya se ha adelantado, en que todo el sistema está diseñado desde los distintos niveles de “pertenencia” (appartenenza) de la conducta de la persona física a la de la persona jurídica a partir del “interés o beneficio”<sup>45</sup>.

<sup>42</sup> SEMINARA (2014) p. 132.

<sup>43</sup> SALVO (2014) p. 126.

<sup>44</sup> VALENZANO (2015) pp. 169-194; una opinión extendida, en todo caso, es que la imputación a la persona jurídica no podría limitarse al hecho de la materialidad del interés, sino que se extiende también a la dolo del delito cometido por la persona en un cargo superior. DE SIMONE (2013) pp. 263 y ss., señala que se vincula con la pertenencia orgánica.

<sup>45</sup> Niveles de pertenencia del sistema: 1) “por destinación”; 2) “por la posición jerárquica”; 3) “por la derivación del hecho de un defecto de organización”; 4) “por la derivación del riesgo no permitido de la empresa”; 5) por una “elusión no fraudulenta” del modelo organizativo por parte del autor ápic del delito.

En conclusión, y como es posible observar, la búsqueda de un interés y provecho es utilizado por los distintos modelos con una funcionalidad diferenciada, siendo la principal tarea nuestra definir aquella que sea coherente con el sistema chileno.

## 2. “ACTUAR EN INTERÉS O PROVECHO” EN EL SISTEMA NORMATIVO CHILENO

### 2.1. ASPECTOS GENERALES DEL SISTEMA CHILENO

El sistema de imputación de los arts. 3 y 5 de la Ley N° 20.393 constituye un modelo mixto<sup>46</sup> de atribución de responsabilidad que se configura por la vulneración de deberes de autorregulación referidos al control de los “propios riesgos” (una especie de modelo de incumbencia) por parte de las personas jurídicas, y referidos esencialmente a “delitos corporativos” generados durante la operación del negocio. Ya que las conductas de la persona física y los procesos de relevancia social efectuados por la persona jurídica son diferentes, aun cuando se vinculen entre sí, el sistema de responsabilidad desarrolla criterios para definir en qué medida la conducta auto responsable de la persona física forma parte de los “procesos” dominados, dirigidos y controlados por la persona jurídica que, al mismo tiempo, adoptan una relevancia penal autónoma.

Estructuralmente el sistema se basa, entonces, en la vulneración de deberes de dirección y vigilancia (i), la definición de un grupo de conductas base de la responsabilidad y que constituyen el marco general de competencia por la dirección y control (ii) y la imputación del delito de la persona física al ámbito de su competencia de dirección y control de riesgos (iii).

En relación a los deberes y su vulneración (i), si bien nuestra ley solo se ha limitado a reconocer su existencia como deberes de dirección y supervigilancia, no es menos cierto que estos no son deberes positivos de “evitación” absoluta de los delitos que puedan ser desarrollados por sus empleados y directivos. No se trata de una transferencia genérica de deberes de policía. En particular, el deber se refiere solo a organizarse adecuadamente de manera tal que las actividades de la persona jurídica –en el marco de su competencia organizativa– no constituyan un catalizador de conductas delictivas. Aquello sucedería si las políticas de la empresa generaran desproporcionadamente o superaran los riesgos de comisión de delitos, como a través de políticas de negocios que impliquen tolerancia, impulso de conductas delictivas<sup>47</sup>, hasta el incentivo a las mismas. Tampoco, como ya es evidente en el art. 4 de la ley, el sistema chileno exige solo un modo de cumplimiento de aquellos deberes organizativos como sería la obligación legal de implementar un programa de cumplimiento, aun cuando el sugerido en la ley pueda servir de estándar de cumplimiento de deber<sup>48</sup>.

El sistema, adicionalmente, se configura de manera coherente con el tipo de “delitos corporativos”<sup>49</sup> asociado a sus deberes, adoptando un *numerus clausus* de delitos base en el

<sup>46</sup> HERNÁNDEZ (2010) p. 217.

<sup>47</sup> ORTÚZAR (2012) p. 238.

<sup>48</sup> HERNÁNDEZ (2010) p. 216, nota al pie N° 89; ARTAZA (2013a) p. 568.

<sup>49</sup> Según explica NIETO MARTÍN [(2017) p. 169.] se trata de delitos que se generan como consecuencia de una serie de dinámicas internas.

art. 1 de la ley (ii). A diferencia del sistema español que concreta un “amplio” *List-Based-Approaches*, y en que la exigencia del interés directo e indirecto puede ser entendido como incompatible con la extensión y naturaleza de los delitos base de la responsabilidad de las personas jurídicas por seleccionarse sobre la base de su “frecuencia criminológica”<sup>50</sup> (lo que ha exigido forzar “modelos de imputación diversos” según el tipo de delito)<sup>51</sup>, en Chile la situación es diferente. En efecto, el diseño del sistema chileno está basado en la infracción a deberes vinculados con la creación de riesgos delictivos que genera la propia organización (“incumbencia”)<sup>52</sup> y el control de estos; si, adicionalmente, se exige un vínculo de ilicitud entre la vulneración a dichos deberes propios y la conducta delictiva de la persona física, lo lógico sería que los delitos base fueran de aquellos susceptibles de constituir un “incentivo” organizativo (delito corporativo). En efecto, siguiendo una distinción propuesta por Ragués para el sistema español –entre delitos de aptitud para generar beneficio, delitos que constituyen objeto social de la empresa, delitos abiertos, delitos facilitadores de intereses de la empresa, delitos que contienen mensajes con contenido ideológico, delitos no aptos para generar beneficios<sup>53</sup>– es posible constatar que el sistema chileno abarca casi exclusivamente delitos que persiguen o facilitan la persecución de intereses de la empresa.

En relación a la imputación del delito de la persona física a la esfera de organización de la persona jurídica (iii), como se sabe, el sistema chileno establece dos criterios adicionales: a. que la persona física tenga una posición institucional determinada y b. que el delito de la persona física sea “consecuencia” de la infracción de la persona jurídica. Estos elementos, en principio, tienen como objetivo que este “ilícito propio” de la persona física sea expresión también del injusto y culpabilidad de la persona jurídica, lo que implica no solo que debe acreditarse una vinculación abstracta y normativa, sino esencialmente “una vinculación de sentido”. El sistema no adopta, por lo mismo, un modelo de imputación en que el defecto organizativo fuera razón suficiente para la imputación<sup>54</sup>, por lo que lo definitorio como sistema de atribución es determinar la vinculación entre el defecto de organización derivado del incumplimiento de deberes de dirección y vigilancia, y el delito de la persona física, como lo exige expresamente el art. 3: “siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento”<sup>55</sup>.

Como es posible advertir, precisamente estas características del sistema dan cuenta de que, si bien el legislador optó por un modelo de responsabilidad mixta y basado en la infracción de deberes de autorganización –descartó otros como el vicarial estricto anglosajón y, con ello también, posibles funcionalidades que se le podía proveer al elemento “interés o beneficio”–, lo hizo con características propias que también lo distinguen de aquellos sistemas jurídicos que han adoptado un modelo similar y que le han servido de referencia, como el español, alemán o italiano. Dos ejemplos:

<sup>50</sup> Véase al respecto, RAGUÉS (2017) pp. 135 y s. (véase nota al pie N° 1).

<sup>51</sup> NIETO MARTÍN (2017) pp. 167 y ss.

<sup>52</sup> Sobre el concepto de incumbencia, véase HRUSCHKA (1984) pp. 661-702.

<sup>53</sup> RAGUÉS (2017) pp. 137 y s.

<sup>54</sup> HERNÁNDEZ (2012) p. 85.

<sup>55</sup> HERNÁNDEZ (2010) p. 227; PIÑA (2012) p. 7.

Con respecto al sistema alemán [del §30 (1) y §130 OWiG], la distinción es importante, en tanto este no tiene la particularidad de exigir una “consecuencialidad” **fáctica-normativa entre la persona jurídica y la conducta de la persona física** y está basado exclusivamente en una omisión propia de deberes de control (*Aufsichtsmaßnahmen*). En dicho contexto, como se explicó más arriba, el elemento “enriquecimiento” no constituye un hecho de conexión sino solo una necesidad asociada al comiso de ganancias.

Por su parte, y sin perjuicio de la influencia del modelo de transferencia italiano en el chileno, este último, no implementa, como el italiano, una cláusula de “interés” funcionalizada para derrotar la presunción o el vínculo formal que causa ser un funcionario apical del ente (función negativa). El sistema chileno, en realidad, asume como criterio general de imputación la vulneración de los deberes de dirección y vigilancia (esto es, el criterio desarrollado en el modelo italiano exclusivamente para los empleados que no se encuentran en el vértice, pero que están sujetos a la dirección o supervisión) y su vínculo de ilicitud con el delito de la persona física. Estos deberes, al comprender ámbitos de relación externos a la empresa (proveedores, instituciones estatales, etc.) desarrollados por personas auto responsables, necesitan de criterios que determinen su contenido y limiten sus contornos.

## 2.2. LA DISCUSIÓN SOBRE LA NATURALEZA DEL ELEMENTO “INTERÉS O BENEFICIO” Y SU COHERENCIA CON EL MODELO

En relación a la regulación chilena, García Caveró ha hecho un intento –utilizando una especie de *reductio ad absurdum*<sup>56</sup>– por acentuar cierto nivel de incompatibilidad entre el “requisito del interés directo e inmediato” y el modelo adoptado, incluso calificando la exigencia aquí examinada como “un cuerpo extraño”<sup>57</sup>. Según este autor, sería incomprensible que una empresa bancaria pudiera eximirse de responsabilidad si, pudiendo hacerlo, no hubiera implementado un programa de cumplimiento ni evitado la ejecución de un delito de lavado de activo de un funcionario en su beneficio personal. Si bien aquella crítica está lejos de demostrar incompatibilidad, sobre todo en un sistema de imputación penal “por conductas de terceros”, sin embargo, da cuenta de la necesidad de determinar qué papel o función debe o puede cumplir en el sistema chileno. Por cierto, aquello exige que se beneficie y opte por aquella interpretación que provea funcionalidad:

(aa) Tanto desde una perspectiva lingüística como jurídica, el verbo “cometer” que va seguido de la preposición “en” y seguida del sustantivo “interés”, denota la finalidad de la acción que ocupa a alguien: “cometer una acción con la finalidad de beneficiar un interés o en beneficio de”. Aquello coincide con el uso habitual que, desde el derecho civil, se le otorga a la frase “en interés”: relación jurídica “en interés de *las partes*; *prestación en interés de la otra*”. Por su parte el sustantivo “interés”, tanto desde una perspectiva lingüística como jurídica, denota una tensión objetiva hacia una cosa o bien que sirve para satisfacer necesidades. Desde este punto de vista, y al no limitar el legislador el concepto de “interés” a una naturaleza concreta, solo corresponde interpretarla “funcionalmente”. Por su parte, la preposición “para”, denota el fin o término a que se encamina una acción; por lo que pre-

<sup>56</sup> Un argumento similar es proporcionado en RAGUÉS (2017) p. 101.

<sup>57</sup> GARCÍA CAVERO (2012) p. 69.

cedida del verbo “cometer” denota la finalidad de la comisión de una acción. El sustantivo “provecho”, desde esa perspectiva, tiene un significado más limitado que el de “interés”, y denota la utilidad o beneficio de carácter económico que se proporciona a alguien.

Desde esta perspectiva, solo es posible asignarle al elemento una relevancia general, pero no así una funcionalidad concreta dentro del sistema.

(bb) Entre nosotros, la discusión respecto al modelo, funcionalidad y contenido de la exigencia “interés o provecho” ha sido bastante precaria y se ha limitado a definir el elemento, sea como una exigencia objetiva o subjetiva, sin o con vagas referencias a su funcionalidad.

Así, autores como Hernández<sup>58</sup>, Segovia<sup>59</sup> y Matus<sup>60</sup> entienden este elemento como un elemento “subjetivo” presente en la conducta de la persona natural, pero requisito de la misma naturaleza subjetiva en la imputación a la persona jurídica. En este mismo sentido se orienta la opinión de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público en el oficio FN N° 440/2010<sup>61</sup>. Por cierto, dicha opinión es coherente con un sistema que busca fijar un marco de interés organizativo que quede limitado a la ejecución de delitos en el ámbito de los recursos humanos comprendidos por la organización y que no se extienda a hipótesis en que *ex post* se produjo un “provecho”, pero que no motivó originalmente la conducta. Habla en favor de esta interpretación un elemento sistemático: la imputación denominada “autónoma” en el art. 5 no exige el elemento “interés o provecho” y lo sustituye por el de que haya actuado “dentro del ámbito de funciones y atribuciones propias” (art. 5). Lo anterior puede entenderse como la opción de un elemento objetivo-orgánico, ante la imposibilidad de una definición subjetiva por falta de un sujeto concreto de imputación.

Si bien parte de la literatura especializada ha criticado la opción por configurar este factor de conexión (interés o provecho) desde una perspectiva subjetiva (como motivación)<sup>62</sup>, no hay duda de que aquella interpretación tiene la idoneidad de darle coherencia al sistema, aunque en su configuración actual tienda a limitar en exceso la punibilidad. Tres son los principales problemas de esta tesis. El primero radica en que la mayoría de estas interpretaciones subjetivizadas, terminan por proveer al elemento “interés” una funcionalidad de muy menor relevancia práctica. Se trataría de una exigencia de funcionalidad meramente negativa –similar en el sistema normativo italiano, cuya funcionalidad es derrotar las presunciones o vínculos formales– que excluye la responsabilidad en casos de actuar en “exclusivo” beneficio de la persona física<sup>63</sup>. Segundo, y asociado a lo anterior, es que dicha interpretación conduce a desconocer la diferencia dispuesta en la misma ley entre la hipótesis de “exclusividad personal en la búsqueda de interés” y la hipótesis de que, por ejemplo, objetivamente “no” estén encaminadas derechamente en interés o para provecho de la persona jurídica ni resulten exclusivamente favorables a la persona física, aun cuando objetivamente puedan favorecer a la primera. En consecuencia, limita el único

<sup>58</sup> HERNÁNDEZ (2010) p. 221.

<sup>59</sup> SEGOVIA (2016) p. 231, cita. 52 y; p. 253.

<sup>60</sup> MATUS (2009) p. 285.

<sup>61</sup> Oficio FN N° 440 (2010) p. 7.

<sup>62</sup> MATUS (2009) p. 285.

<sup>63</sup> HERNÁNDEZ (2010) p. 221; en esta misma línea de argumentación, SALVO (2014) p. 303.

posible aporte de relevancia de dicho elemento, generando una interpretación que le extirpa su funcionalidad en contradicción con la decisión del legislador (*contra legem*). Tercero, la tesis supone el diseño de un sistema de imputación que establece, como presupuesto de la responsabilidad propia, la subjetividad de la conducta de un tercero, lo que vulneraría el principio de culpabilidad *ad hoc* a las personas jurídicas.

En el otro extremo, parte de la literatura chilena (por ejemplo, Navas y Jaar<sup>64</sup>) ha propuesto una interpretación objetiva del elemento “interés” o “provecho”, pero desde una perspectiva *ex post*; esto es, se trataría de un elemento que se debería interpretar solo desde la consideración de si “la persona se vio beneficiada por el delito cometido”<sup>65</sup>. El problema de esta propuesta radica en que, como se analizó en la primera parte de este trabajo, solo es compatible y coherente con un sistema de imputación basado en criterios de justicia distributiva (como el de sistema vicarial en la responsabilidad civil por el daño) y no con uno que intente atribuir responsabilidad por un injusto penal (incluso si es ejecutado por un tercero) ni menos con uno basado en la propia organización defectuosa. Dichos sistemas vicariales, por el contrario, solo imponen una carga (indemnizatoria) en el “principal” (y no en el agente) por ser este el que está en mejores condiciones de responder frente al daño generado en su beneficio. Se trata abiertamente de una modalidad de responsabilidad objetiva –civil– por un injusto completamente ajeno. Por lo mismo, esta tesis –como quedó ya demostrado– ha sido abandonada incluso en el sistema anglosajón (penal) y ha mutado a uno de análisis *ex ante* que ubica el beneficio o interés como fuente de deberes de cuidado<sup>66</sup>.

Una tercera opción –que no ha sido desarrollada por la doctrina nacional, a pesar de poder evidenciarla aparentemente y sin perjuicio de su propia autocalificación contraria, en la opinión de Ortúzar<sup>67</sup>– define este elemento como un requisito objetivo *ex ante*, cuya funcionalidad está radicada en la definición del contenido de los deberes; esto es, que tiene como presupuesto que la conducta típica desde una perspectiva objetiva (tercero imparcial) y temporalmente *ex ante*, pueda expresar la orientación a privilegiar a un tercero o representar los intereses de este. Esta tercera tesis tiene la ventaja de captar las aportaciones sistemáticas de la tesis subjetivista, pero también de considerar que los elementos subjetivos ajenos al sujeto de imputación se vuelven meramente objetivos en la imputación concreta. Este aspecto resulta ser absolutamente revelador respecto a su naturaleza.

(cc) Esta opción objetiva *ex ante* es aquí favorecida, por las razones sistemáticas y normativas ya analizadas, pero que pasarán a expresarse:

a. Las posibilidades de interpretación dependen, en gran parte, de la decisión del legislador en la adopción de un modelo –dentro de él, de sus características propias– y la necesidad de dotar a sus elementos de funcionalidad. Como se ha caracterizado hasta ahora, podemos señalar que el sistema chileno exige dos tipos de presupuestos generales: i. el primero, que se refiere a que el diseño se basa en conducir las conductas y marcos generales de organización de las personas jurídicas en torno a reglas y deberes, por lo que la respo-

<sup>64</sup> NAVAS y JAAR (2018) p. 1036.

<sup>65</sup> NAVAS y JAAR (2018) p. 1036.

<sup>66</sup> VILLEGAS (2016) pp. 173 y ss. (En especial p. 190).

<sup>67</sup> ORTÚZAR (2012) p. 220.

sabilidad, primero, se configura por la infracción a dichas reglas (de dirección y control) y, segundo, presupone contenidos normativos capaces de ser seguidos; y ii. el segundo presupuesto general, se caracteriza por exigir ciertos grados o modos de “pertenencia” del acto de la persona física a la persona jurídica que dan cuenta del merecimiento de pena también sobre la persona jurídica. En este caso, por no tratarse de un sistema de imputación basado en una pertenencia por destinación o por posición jerárquica del sujeto activo, sino por la atribución del hecho del tercero a un defecto de organización,<sup>68</sup> es que la necesidad de aclarar el contenido de las reglas es radical.

b. A diferencia de otros sistemas como el alemán y, de manera mucho más cercano, el sistema español o el italiano, en el sistema chileno, la necesidad de determinar desde donde interpretar funcionalmente el elemento analizado está relacionada con el aspecto “normativo” del diseño, precisamente, elemento que presenta un problema por su generalidad de contenido: ¿a qué se refiere con dirección y control?, ¿abarca todo tipo de conductas de terceros o solo algunas?

En el análisis desarrollado más arriba, se concluyó que el sistema chileno adopta un modelo de “imputación penal al ámbito de organización propia del delito de un tercero” en que la persona jurídica es competente por los riesgos “corporativos”, del negocio u operativos<sup>69</sup>. Desde un punto de vista normativo, y como ya se analizó, no se trata de una transferencia total del Estado a la organización de asumir solidariamente “deberes de policía” (bajo coacción) que, por razones prácticas<sup>70</sup>, abarcan la prevención y evitación de todos los delitos desarrollados en su seno<sup>71</sup>, sino de asumir la autorregulación y el control de los “propios riesgos” (similar a la incumbencia), generadores de incentivos para conductas delictivas de terceros vinculados orgánica o funcionalmente con la organización. La diferencia entre un modelo y otro es relevante, ya que, mientras la referencia a deberes en el primer modelo impone una competencia formal a la persona jurídica por el solo hecho de materializarse el delito en su esfera de organización o realizarse por un órgano (lo que implica centrarse exclusivamente en el control o supervigilancia), en el segundo modelo se define por incumbencia material, esto es, por generar un nivel de riesgo que exigiría una organización, dirección y autocontrol adicional interno<sup>72</sup>. En este último modelo la referencia normativa no lo es solo al “control” de conductas de terceros –y el injusto penal solo basado en la omisión–, sino, también, a la organización y dirección de la propia persona jurídica.

Para un sistema de dichas características, como el caso chileno, la competencia sobre riesgos de las conductas delictivas de terceros (auto responsables) tendrá sentido solo si estos se encuentran en el ámbito de conductas motivables, posibilitadas y/o facilitadas por los incentivos desordenados propios de la organización (competitividad y maximización

<sup>68</sup> VALENZANO (2015) pp. 169 y ss.

<sup>69</sup> NIETO MARTÍN (2017) p. 169.

<sup>70</sup> BEDECARRATZ (2018) p. 210.

<sup>71</sup> Propuesta de Nelly Salvo en Informe de Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, en Sesión 57 de fecha 8 de octubre, 2009, Legislatura 357 (Boletín N° 6.423-07); en España, ROBLES (2009) p. 9; una crítica correcta a esta interpretación RAGUÉS (2017) pp. 93 y ss.; KUHLEN (2014) pp. 103 y ss.

<sup>72</sup> Véase el Mensaje del Presidente de la República N° 018-357 de marzo 2009.

en la búsqueda de beneficios)<sup>73</sup>; esto es, al definir si la conducta de la persona física es de aquellas sobre las que la propia organización tenga algún grado de capacidad de incentivo (por ejemplo, por orientación a la rentabilidad/optimización<sup>74</sup> o el *ethos* de la empresa)<sup>75</sup> y, por lo tanto, respecto de las cuales la organización deba asumir “excepcionalmente” competencia en el control o la vigilancia de las conductas de terceros autorresponsables. En parte, este sistema, como se ha dicho, está constituido por la referencia a deberes no solo de control, sino previamente también a deberes de dirección (organización de los riesgos).

La perspectiva objetiva *ex ante* del análisis “interés o provecho” es la que permite reconstruir precisamente tanto el ámbito de competencia como el contenido y límite de los deberes. Sin perjuicio de las diferencias con el sistema español, Ragués llega a conclusiones similares a las nuestras y que se justifican en que la adopción de un modelo estrictamente subjetivo no solo no generaría un aporte importante para el sistema –cuestión que ya hemos ratificado aquí– sino, adicionalmente, “dificultaría notablemente” la orientación de las personas jurídicas en el cumplimiento de sus deberes<sup>76</sup>. Aquella función orientadora solo la puede cumplir una perspectiva objetiva *ex ante* que facilite la definición de si un determinado modo de comportamiento ingresa en la esfera de los deberes de dirección y control de la persona jurídica.

Lo anterior implica que no se trataría de un elemento similar al del sistema de *alter ego* –esto es, un hecho real de conexión<sup>77</sup>– ni tampoco propio de la distribución de cargas reparatorias (civil) que exigiría un beneficio *ex post* o de costos disuasivos (sanción administrativa)<sup>78</sup>, sino de uno que asegura que la amenaza penal solo quede restringida a un núcleo básico de la responsabilidad de las personas jurídicas.

c. En este contexto sistemático, los elementos “interés o provecho” y “directo e inmediato”, tienen la virtud potencial de servir a cuatro tipos de objetivos: i. como un modo de fijar la competencia para efectos penales (de carácter objetivo); ii. como un factor de conexión adicional de carácter subjetivo; iii. como un elemento de “desconexión” de carácter subjetivo; y iv. como un modo de cualificación “penal” de las hipótesis merecidas de pena. La opción por una interpretación de naturaleza objetiva (*ex ante*) o subjetiva (*ex post*) del elemento “interés o beneficio” depende, entonces, en grado importante de si se va a entender como un elemento que sirve a la fundamentación de la imputación o, por el contrario, si sirve solo para configurar un criterio de desconexión frente a una previa y perentoria vinculación aceptada a base de otro elemento formal.

El rechazo a la interpretación de este elemento como subjetivo, y que sirve como “criterio de imputación” o “factor de conexión” no se basa solo en los aspectos sistemáticos, sino también en que resulta absolutamente rechazable la inclusión de aspectos subjetivos de un tercero para atribuir como “propio” de otro un determinado fenómeno normativo o

<sup>73</sup> NIETO MARTÍN (2017) p. 169.

<sup>74</sup> En un sentido similar PIÑA (2012) p. 24.

<sup>75</sup> Véase sobre este punto, ARTAZA (2013) pp. 256 y ss.

<sup>76</sup> RAGUÉS (2017) p. 110.

<sup>77</sup> También GARCÍA CAVERO (2012) pp. 68 y ss.

<sup>78</sup> No se comparte la opción de distribución de costos disuasorios en CIGÜELA (2015) p. 373.



causal, ya que vulneraría abiertamente el principio de culpabilidad. La acentuación subjetiva (*ex post*) del elemento “interés o provecho”, por lo mismo, en la conducta de la persona física solo puede servir como criterio de desconexión. Aquella posibilidad, existente en el sistema italiano y español como se ha revisado, tiene sentido, sin embargo, en aquellos sistemas en que la vinculación previa es de carácter meramente perentoria y formal, como por ejemplo en aquellos sistemas basados en factores de conexión meramente orgánicos o en los modos de transferencia de deberes de policía (absolutos). Aquello no es el caso del sistema chileno que establece un sistema de imputación normativo y consecuencial (imputación objetiva) que, afirmado, difícilmente puede luego ser desvinculado o derrotado por motivaciones subjetivas acreditadas *ex post*.

En consecuencia, la calificación de elemento “extraño” de García Cavero, a la que hemos hecho referencia con anterioridad, podría ser eventualmente correcta, si es que se adopta dicha interpretación subjetivista y se le atribuye a este elemento ya sea la calidad de factor de conexión (imputación) por vulneración al principio de culpabilidad o de desconexión por falta de consistencia sistemática (ilógico e innecesario). En cambio, si se adopta la perspectiva objetiva *ex ante*, rescata no solo toda la riqueza desarrollada por la tesis subjetivista en nuestro país –aunque corrigiendo el problema de la culpabilidad–, sino que refuerza aspectos normativos relativamente difusos del diseño y aspectos vinculados con el merecimiento de pena.

## II. “DIRECTO E INMEDIATO” INTERÉS O PROVECHO, COMO MODO DE LIMITACIÓN DE LA ATRIBUCIÓN

Al igual que todos los adverbios, los conceptos “directa e inmediatamente” tienen una funcionalidad según su ubicación sintáctica de modificar o complementar un verbo, un adjetivo u otro adverbio. Así, lo que hace especialmente compleja su utilización en el art. 3 de la ley, es que estos adverbios están vinculados tanto a una frase verbal antecedente “fueren cometidos” como a la alocución “en interés o para su provecho”. Así, dos potenciales interpretaciones pueden llegar a desarrollarse. Cuál es su alcance, naturaleza y función penal, resulta una interrogante necesaria de definir.

(aa) La historia de la disposición no es clara en la incorporación de los adverbios “directo” e “inmediato”, aunque sí se sabe que fue hecha a propósito de una pregunta de un senador (Espina) relativa a la extensión “más allá de lo razonable” (por indeterminación, imprecisión y ampliación) de las cualidades de las personas físicas abarcadas por la norma, en especial, el de “estar bajo la dirección o supervisión de algún sujeto”<sup>79</sup>. La discusión se desarrolló, entonces, en torno a los vínculos no solo orgánicos con la institución, sino también materiales y de la necesidad de limitarlos sustantivamente. Como propuso el mismo senador, debería limitarse a una relación “directa”, lo que hubiese exigido ubicar dicho adverbio a continuación de la expresión “supervisión”. Aquello, sin embargo, no se concretó en tanto se advirtió –por el Senador Gómez– acerca de la posibilidad de que la hipótesis

<sup>79</sup> Véase Informe de Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, en Sesión 57 de fecha 8 de octubre, 2009, Legislatura 357 (Boletín N° 6.423-07).

de externos que actúen también “por cuenta de la persona jurídica” podría considerarse suficiente para hacer surgir responsabilidad, lo que le parecía incorrecto (en el sentido de excesivo). La discusión posterior se desarrolló en torno a si se exigiría un conocimiento por parte de la primera categoría o jerarquía de sujetos (Gómez) o si se trataba de un problema normativo (abogada Salvo)<sup>80</sup>.

Dos antecedentes sirven para aclarar teleológicamente la definición final de la comisión: (i) se ejemplificó la hipótesis con el caso en que un empleado de la persona jurídica delinque, instrumentalizando la empresa (“a través de ella”), pero en su beneficio personal y directo, en cuyo caso debería excluirse la punibilidad; y (ii) no se incluyó la expresión “cometidos directa e inmediatamente” según lo propuesto por el senador Espina (después del concepto “supervisión”) –lo que hubiese solo acentuado su orientación a limitar los vínculos exclusivamente “no orgánicos”– sino al principio de todo el párrafo, lo que hizo, así aplicable la limitación a todas las hipótesis orgánicas y no orgánicas, como lo demuestra el ejemplo anterior, en tanto se trata de adverbios que quedaron relacionados con “cometerlo en interés”.

(bb) La utilización de los adverbios “directa e inmediatamente” no es exclusiva del elemento analizado, siendo incorporado, por ejemplo, en el derecho penal (en su art. 15 N° 1 Código Penal) o en el derecho civil (1558 del Código Civil), correspondiendo su ubicación sintáctica a una limitación relevante para la dogmática<sup>81</sup>.

En el caso del art. 15 N° 1 del CP, los conceptos “directa e inmediatamente” se vinculan con la frase “tomar parte en la ejecución”, por lo que su función modal es restringir la calificación de la autoría al sujeto que ha realizado actos típicos mediante su intervención material (directa) en la ejecución de la acción, sin que se encuentre mediado por la conducta de otro<sup>82</sup>. El concepto de “inmediación”, por lo mismo, tiene por objetivo aplicar la norma solo a hipótesis de que la ejecución del hecho es dominada por el autor directo e inmediato, eliminando hipótesis de lo que modernamente denominamos actuar por medio de intermediarios voluntarios (actuar indirectamente) y de actuar utilizando o instrumentalizando a otro (mediato)<sup>83</sup>.

Por su parte, el art. 1558 del Código Civil utiliza los adjetivos “inmediato y directo” para desarrollar criterios diferenciados de atribución de responsabilidad<sup>84</sup>. La función de la cláusula “inmediata y directa”, según su ubicación sintáctica, es definir los daños indemnizables por incumplimiento doloso de una obligación a “cursos causales directos”<sup>85</sup>, y temporalmente “inmediatos”. El adjetivo calificativo “inmediato” da cuenta de la hipótesis del daño que se sigue a continuación del incumplimiento, sin que exista algún hecho que se agregue entre el ilícito y el daño<sup>86</sup>. Por su parte, es “directa” la consecuencia, si de alguna

<sup>80</sup> La tesis de la abogada Nelly Salvo suponía que la empresa debía asumir un “deber social de prevenir los delitos” general.

<sup>81</sup> Sobre la relevancia de la gramática en la interpretación penal, KUNDLICH (2018) p. 41.

<sup>82</sup> CURY (2005), p. 595.

<sup>83</sup> Véase en este sentido ETCHEBERRY (2017) Tomo II, pp. 88 y s.

<sup>84</sup> Véase al respecto BARRIENTOS (2007).

<sup>85</sup> OSTERLING (1968) p. 101: “Pero en ambos casos Pothier exigía que los daños y perjuicios fueran consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación, y no consecuencia lejana o remota”.

<sup>86</sup> CORRAL (2008) pp. 144 y s.

manera “estaba llamado a desembocar en esa consecuencia”, en el sentido de que pueda explicar el daño<sup>87</sup>.

(cc) Una tercera aproximación, de carácter funcional de los conceptos “directa e inmediatamente”, puede encontrarse en el derecho comparado, como ya se ha revisado. Importante para estos efectos es resaltar que estos adverbios no son contemplados de la misma forma en los modelos comparados españoles e italianos, de manera tal que el legislador ha dispuesto para ellos una comprensión mucho más amplia que el contemplado por el legislador para el modelo chileno, y una funcionalidad, a veces, diferente. Aquello significa que los análisis –o al menos parte importante de ellos– ya no son aplicables en el ámbito nacional.

Así, por ejemplo, el art. 31 bis 1 CP español –desde la reforma del año 2015 (que eliminó el concepto “en su provecho” y lo sustituyó por “en su beneficio”)– agregó que las personas jurídicas serán penalmente responsables [letra a)] por los delitos cometidos “en su beneficio directo o indirecto” o en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas. Según explica Feijóo Sánchez, esta referencia a beneficios directos e indirectos viene a avalar una interpretación amplia y extendida, que abarca no solo los beneficios económicos directos, sino también la evitación indirecta de perjuicios, ventajas frente a competidores o el ahorro de costes (en prevención de la contaminación)<sup>88</sup>. Tampoco excluye supuestos donde el autor actúa motivado por un provecho propio, en la medida que indirectamente repercute también en un beneficio para la persona jurídica. Aquello implicaría tener que aceptar como abarcadas hipótesis en que la motivación esencial y principal no sea el beneficio de la persona jurídica, aunque la obtención de este permita conseguir promocionarse gracias a dichas consecuencias beneficiosas<sup>89</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, este autor limita los actos directos solo a aquellos que buscan generar beneficios de cualquier naturaleza, pero de carácter inmediato en sentido temporal: al menos a corto plazo<sup>90</sup>.

En un sentido similar, la literatura mayoritaria española ha sostenido que esta nueva cláusula constituye abiertamente una ampliación de las hipótesis, ya sea porque dejó de tener una connotación eminentemente económica y porque pasó a comprender hipótesis “indirectas” como una ventaja competitiva que se concrete en un beneficio patrimonial a medio o largo plazo, en un ahorro de gastos o costes, en una mejora de su posición en el mercado o en cualquier otro beneficio que se traduzca en términos económicos, etc<sup>91</sup>.

En el caso italiano, la norma señala que el ente será responsable de los crímenes cometidos en su interés o para su ventaja, sin establecer límites. Por lo anterior, se ha entendido que alcanza una amplitud que abarca los intereses directos e indirectos. El único límite lo constituye el objeto, por lo que el art. 5º, párr. 2) excluye la responsabilidad cuando la conducta fue realizada *nell'interesse esclusivo proprio o di terzi*. De ahí que el mero resultado

<sup>87</sup> CORRAL (2008) p. 144.

<sup>88</sup> FEIJÓO (2016) p. 82.

<sup>89</sup> FEIJÓO (2016) p. 83.

<sup>90</sup> FEIJÓO (2016) p. 83

<sup>91</sup> Véase con mayores antecedentes FERNÁNDEZ y CHANJAN (2016) p. 362.

objetivo beneficioso –*ex ante* (interés) y *ex post* (ventaja)– para la entidad sea insuficiente, exigiendo un vínculo subjetivo más intenso.

Si bien hay aspectos similares al modelo chileno de imputación, tanto en el sistema español como el italiano, estos comprenden hipótesis mucho más amplias de lo que expresamente exige el art. 3 de la ley chilena: relación directa e “inmediata”. Aquella diferencia se explica en la diferenciada funcionalidad que estos sistemas le proveen a los elementos “interés o provecho”.

(dd) La única funcionalidad posible de los adverbios “directa e inmediatamente” incorporados y vinculados al elemento “interés y provecho” del art. 3 de la Ley N° 20.393 –considerando los aspectos lingüísticos y sistemáticos antes analizados– es eliminar hipótesis de representación o persecución de intereses de la empresa que son secundarias o accesorias. Con estos elementos se persigue diferenciar de otras hipótesis que pueden motivar con seguridad la conducta de la persona física y/o eliminar objetivos, cuyo beneficio solo se obtiene con el paso del tiempo, o mediando otra acción o proceso. En algunos casos, tales exigencias pueden entenderse como una definición del ámbito de competencia (directo), mientras que en otros casos cumplen la función de definir el ámbito de merecimiento de pena (inmediato). Para efectos de observar los efectos de la incorporación de los adverbios, se exponen las siguientes combinaciones utilizando su significación lingüística desde el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española y la jurídica antes analizada. De acuerdo con las combinaciones podemos llegar a las siguientes conclusiones:

Adverbio		Exigencia típica, Art. 3 : conexión adverbial (Demarcada en gris la constelación típica)
<b>Directamente:</b> Que se encamina derechamente a un objetivo.	<b>Inmediatamente:</b> Contiguo o muy cercano a algo o alguien; que sucede enseguida, sin tardanza. Se sigue a continuación, sin que exista algún hecho que se agregue entre una circunstancia y otra	<b>Directa e inmediatamente:</b> Conducta encaminada derechamente en interés o para provecho de la persona jurídica, que se obtiene como consecuencia de esta, sin intervención de otras acciones, decisiones, procesos o ideas.
	<b>Mediato:</b> Que en tiempo, lugar o grado está próximo a una cosa, mediando “otra” entre las dos.	<b>Directa y mediatamente:</b> Conducta encaminada derechamente en interés o para provecho de la persona jurídica, pero que se obtiene mediando otras acciones, decisiones, procesos o ideas.
<b>Indirectamente:</b> Que no va rectamente a un fin, aunque se pueda también encaminar a él.	<b>Inmediatamente:</b> Contiguo o muy cercano a algo o alguien; que sucede enseguida, sin tardanza.	<b>Indirecta e inmediatamente:</b> Conducta NO encaminada derechamente en interés o para provecho de la persona jurídica, que se obtiene enseguida, sin intervención de otras acciones, decisiones, procesos o ideas.
	<b>Mediatamente:</b> Que en tiempo, lugar o grado está próximo a una cosa, mediando otra entre las dos.	<b>Indirecta y mediatamente:</b> Conducta NO encaminada derechamente en interés o para provecho de la persona jurídica, aun cuando objetivamente pueda favorecerle, cuestión que se obtiene si median otras acciones, decisiones, procesos o ideas.
<b>Excluyente:</b> Solo en interés individual de la persona física y/o de un tercero (ni directo ni indirecto)		<b>Excluyente:</b> Solo en interés individual de la persona física y/o de un tercero (ni directo ni indirecto)

### III. CONCLUSIÓN Y EFECTOS

1º) A las interrogantes formuladas en la introducción, es posible, responder como sigue: al tratarse de un modelo en que el legislador no ha transferido a la persona jurídica un deber genérico de controlar y evitar “todos” los delitos al interior de la organización, sino solo uno limitado a la creación de riesgos organizativos, es que el sistema exige un límite material. Precisamente en ese contexto, la función del elemento objetivo “interés y provecho” (que no se limita a aspectos económicos) en su modelo de referencia y concretamente en el sistema de imputación chileno, solo puede consistir –desde una perspectiva objetiva y *ex ante*– en ayudar a definir el ámbito de conductas motivables, posibilitadas y/o facilitadas por los incentivos propios de la organización; a partir de aquello, definir si las potenciales conductas de la persona física es de aquellas que la propia organización tiene algún grado de capacidad de incentivo y, por lo tanto, respecto de las cuales la organización deba asumir “excepcionalmente” competencia en el control o la vigilancia de las conductas de dicha persona física autorresponsable. Por su parte, la exigencia de ser “cometidos directa e inmedia-

tamente” en interés o provecho de la persona jurídica no debe ser entendida solo como una mera fijación de aquella competencia normativa, sino también como un elemento cualificador del injusto que define las hipótesis “merecidas de pena”. Lo anterior, debido a que se trata de un exigencia que supera la intensidad necesaria y justificada por su funcionalidad.

2°) De aquella conclusión, los efectos concretos respecto de las hipótesis dudosas serían los siguientes:

a. Hipótesis 1, “resultados beneficiosos *ex post*”: casos como el famoso *STANDARD OIL COMPANY OF TEXAS V. UNITED STATES*<sup>92</sup>, en que las acciones realizadas por la persona física beneficiaron a la persona jurídica, desde una perspectiva *ex post*, sin perjuicio de que aquello no haya sido perseguido como objetivo *ex ante* por la persona física, no resultan ser necesariamente punibles en el sistema chileno. Al igual que en el caso norteamericano, si lo que se persigue con el análisis del “interés o beneficio” en el art. 3, es vincular los deberes objetivos (perspectiva *ex ante*) de la persona jurídica con la conducta de la persona física, no se puede tener por acreditado el factor de conexión solo desde una perspectiva objetiva *ex post*. Aunque, tampoco correspondería –como la hace la tesis subjetivista *ex ante*– la exclusión de la imputación por la sola razón subjetiva de que la “intención” de la persona física no haya sido la de beneficiar a la persona jurídica; aquello solo podría apoyar una desvinculación normativa posterior (“imputación objetiva”). Para resolver esta hipótesis, lo relevante es saber si objetivamente se trata de una conducta idónea para perseguir un interés del principal (y que, este a su vez, sea directo e inmediato), de manera que se trate de conductas de terceros que entren en la competencia normativa de la persona jurídica.

b. Hipótesis 2 “persecución de beneficios en interés mutuo”: de acuerdo con la tesis propuesta, hipótesis como la del caso *UNITED STATES V. AUTOMATED MEDICAL LABORATORIES INC.*<sup>93</sup>, que se caracterizan porque las acciones realizadas por la persona física buscaban el beneficio de ella misma (desde una perspectiva *ex ante*, pero subjetiva), aunque no exclusivamente ya que, con ello, también se podía beneficiar accesoria y objetivamente a la persona jurídica, resultan ser problemáticas.

Como ya se ha señalado, los presupuestos y requisitos de la punibilidad en el art. 3 de la Ley N° 20.393 están establecidos para determinar el ámbito de competencia de los deberes de dirección y vigilancia de la empresa, que deberían cubrir las hipótesis en que los empleados se pueden motivar por la ilicitud a consecuencia de privilegiar los intereses de la persona jurídica y, por otro, fijar condiciones cualificadas de punibilidad de la persona jurídica (según los criterios del legislador). Lo lógico sería, entonces, que el sistema pretenda cubrir solo aquellas hipótesis en que el sujeto se motiva a realizar el delito en orden a intereses de la empresa, en tanto solo aquello puede encontrarse en el ámbito de los “riesgos permitidos o no permitidos de la empresa”; por lo que será punible, solo cuando la conducta de la persona física se explique por beneficiar a la empresa, sin intervención de otras acciones, decisiones, procesos o ideas (interés directo). No lo será, en cambio, cuando solo se pueda prever indirectamente (inmediata o mediatamente) una determinada consecuencia

<sup>92</sup> *STANDARD OIL COMPANY OF TEXAS V. UNITED STATES* (1962).

<sup>93</sup> *UNITED STATES V. AUTOMATED MEDICAL LABORATORIES INC.* (1985)

en favor de la persona jurídica. Eso sucedería, por ejemplo, en las hipótesis abstracta en que el sujeto compra cables de cobre robados (receptación), para luego poder ofrecérselos a mejor precio a la empresa en que él es empleado, ya que conoce que se está en proceso de adquisición de cobre. Se trata de un beneficio que, si bien está dirigido en última instancia a beneficiar a la empresa con un mejor precio, aquello está mediado por la potencial aceptación de la persona jurídica de comprar cables robados por parte de otro funcionario.

Lo que aquí interesa, empero, es que los delitos realizados en interés de la persona física, con previsión *ex ante* de interés adyacente (indirecto) para la persona jurídica, que, aunque pueden ser abarcados por los deberes de previsibilidad de esta, no se encontrarán necesariamente abarcados por los presupuestos de punibilidad del art. 3 de la Ley N° 20.393. Aquello puede ser criticado *de lege ferenda*, pero resulta ser una valoración desarrollada concretamente por el legislador (*de lege lata*), que parece ubicar el reproche penal exclusivamente en los delitos que el agente directamente podría intentar ejecutar en favor de la persona jurídica, evitando sancionar penalmente casos dudosos.

c. Hipótesis 3, “persona jurídica como víctima”: menos complejos para el modelo chileno, cuestión que se refleja en cierta postura mayoritaria de la literatura, son los casos en que la persona jurídica resulta ser víctima del delito de la persona física<sup>94</sup>, principalmente porque difícilmente se puede hablar de formar parte del campo motivacional del riesgo desarrollado por la empresa en torno a sus intereses. Distintos son los casos –como el UNITED STATES V. SUN-DIAMOND GROWERS OF CALIFORNIA<sup>95</sup>– en que la persona física con el objetivo de beneficiar a la persona jurídica realiza un delito –ej. pago de sobornos– utilizando indebidamente recursos de la compañía, con lo que generó un daño pecuniario o reputacional. Sin perjuicio de lo anterior, se trata de una conducta –“cultivar este tipo de relaciones”<sup>96</sup>– que se encuentra cubiertas por la competencia y deber de control la empresa. Aquí, adicionalmente, existe una vinculación directa, sea como medio o como fin, que relaciona a la empresa con la conducta del tercero.

d. Hipótesis 4, “exclusivo interés de la persona física o un tercero”: esta constelación nada tiene que ver con las anteriores, como lo ha sostenido tesis subjetivista (*ex ante*) que la ha calificado como una “sobrerreacción”, “mera acentuación” o “redundancia” del legislador al incorporarla en el del inciso final del artículo 3. Existen lecturas alternativas, perfectamente plausibles y razonables en la medida que solo regula y excluye la responsabilidad en casos caracterizados por la mera vinculación formal entre persona física y jurídica. Todas las hipótesis anteriores, en cambio, corresponden a constelaciones en que existe *ex ante* o *ex post*, algún grado de beneficio (directo/indirecto y mediato/inmediato) para la persona jurídica, y deben ser resueltas en torno a los criterios del “interés o provecho” y “directo e inmediato” del inciso 1° del artículo 3.

<sup>94</sup> Por todos HERNÁNDEZ (2010) p. 220 y ss.

<sup>95</sup> UNITED STATES V. SUN-DIAMOND GROWERS OF CALIFORNIA (1998).

<sup>96</sup> VILLEGAS (2016) p. 158.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALWART, Heiner (1993): “Strafrechtliche Haftung des Unternehmens -vom Unternehmens-täter zum Täterunternehmen”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, vol. 105, Issue 4: pp. 752-773.
- ARLEN, Jennifer y KRAAKMAN, Reinier (1997): “Controlling Corporate Misconduct: An Analysis of Corporate Liability Regimes”, *New York University Law Review*, vol. 72, N° 1: pp. 687-779.
- ARTAZA, Osvaldo (2013): “Sistemas de prevención de delitos o programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad en sede jurídico penal”, *Política criminal*, vol. 8, N° 16: pp. 544-573.
- ARTAZA, Osvaldo (2013): *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal* (Madrid, Editorial Marcial Pons).
- BARRIENTOS, Marcelo (2007): “Los daños extrapatrimoniales que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, N° 1: pp. 7-22.
- BEDECARRATZ, Francisco (2018): “La indeterminación del criminal compliance y el principio de legalidad”, *Política criminal*, vol. 13, N° 25, Art. 6: pp. 208-232.
- CARNEVALI, Raúl (2010): “La criminalidad organizada. Una aproximación al derecho penal italiano, en particular la responsabilidad de las personas jurídicas y la confiscación”, *Revista Ius et Praxis*, Año 16, N° 2: pp. 273-330.
- CELAYA, Pedro (1995): “La responsabilidad civil del empresario por el hecho de su dependiente. (Un intento por sistematizar la jurisprudencia chilena)”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 197, año LXIII: pp. 101-145.
- CIGÜELA, Javier (2015): *La Culpabilidad colectiva en el derecho penal. Crítica y Propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa* (Madrid, Editorial Marcial Pons).
- CIGÜELA, Javier y ORTÍZ DE URBINA, Íñigo (2020): “Tema 3. La responsabilidad penal de las Personas Jurídicas: Fundamentos y Sistema de Atribución”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús y otros (eds.), *Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa, parte general y especial* (Barcelona, Atelier) pp. 73-94.
- CORRAL, Hernán (2008): “Causalidad y Previsibilidad en la Responsabilidad Contractual”, en BARAHONA, Jorge y otros (eds.), *La relación de causalidad. Análisis de su relevancia en la responsabilidad civil y penal, Cuadernos de Extensión Jurídica 15* (Santiago, U. de los Andes) pp. 115-179.
- CURY, Enrique (2011): *Derecho Penal, Parte General* (Santiago, Ediciones UC, décima edición).
- DE SIMONE, Giulio (2013): “La responsabilità da reato della società nell’ottica dei principi costituzionali”, en MONGILLO, Vincenzo, STILE, Alfonso Maria y STILE, Giovanni (eds.), *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. N° 231/2001. Problemi applicativi e prospettive di riforma* (Nápoles, Jovene Editore) pp. 261-320.
- DE VERO, Giancarlo (2008): *La responsabilità penale delle persone giuridiche* (Milano, Giuffrè Editore).
- ETCHEBERRY, Alfredo (2017): *Derecho Penal, Parte General, Tomo II* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición).



- FEIJÓO, Bernardo (2016): “Capítulo IV, Los requisitos del art. 31 bis 1”, en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y otros (edits.), *Tratado de Responsabilidad de las personas jurídicas*, (Pamplona, Civitas – Thomson Reuters, segunda edición) pp. 55-67.
- FERNÁNDEZ, Carmen y CHANJAN DOCUMET, Rafael (2016): “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un estudio comparado entre España y el Perú”, *Revista Facultad de Derecho PUCP*, N° 77: pp. 349-379.
- FIGIELLA, Antonio (2006): “Responsabilità da reato degli enti collettivi”, en CASSESE, Sabino (dir.), *Dizionario di diritto pubblico* (Milano, Giuffrè) pp. 5101-5109.
- FIGIELLA, Antonio y VALENZANO, Anna (2016): *Colpa dell'ente e accertamento, Sviluppi attuali in una prospettiva di diritto comparato* (Roma, Sapienza Università Editrice).
- FRISCH, Wolfgang (2013): “Strafbarkeit juristischer Personen und Zurechnung”, en ZÖLLER, Mark y otros (edit.), *Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013, “Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension”* (Berlin, Duncker & Humblot) pp. 349-373.
- FRISCH, Wolfgang (2013): “Sobre la punibilidad de personas jurídicas”, en VAN WEEZEL, Alex (edit.), *Humanizar y Renovar el Derecho Penal, Estudios en memoria de Enrique Cury* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 805-839.
- GARCÍA CAVERO, Percy (2012): “Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 16: pp. 55-74.
- GÓMEZ-JARA, Carlos (2005): “¿Imputabilidad de las personas jurídicas?”, en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, BARREIRO, Jorge y SUAREZ, Carlos (edits.), *Libro Homenaje a D. Gonzalo Rodríguez Mourullo* (Madrid, Civitas) pp. 163-182.
- GÓMEZ-JARA, Carlos (2009): *La Responsabilidad de las empresas en los EE.UU.* (Madrid, Editorial Universitaria).
- GÓMEZ-JARA, Carlos (2015): “Capítulo V. Fundamentos de la responsabilidad de las personas jurídicas”, en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJÓO, Bernardo y GÓMEZ-JARA, Carlos (coord.), *Tratado de responsabilidad de las personas jurídicas* (Madrid, Civitas Aranzadi) pp. 89-115.
- GÓMEZ-JARA, Carlos (2018): “Tomarse la responsabilidad penal de las personas jurídicas en serio: La culpabilidad de las personas jurídicas”, en CANCINA, Aldo (edit.), *Responsabilidad penal de las empresas y compliance program* (Santiago de Chile, Olejnik) pp. 65-89.
- GONZÁLEZ SIERRA, Pablo (2014): *La imputación penal de las personas jurídicas. Análisis del artículo 31 bis del CP* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- HEFENDEHL, Roland (2002): *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht* (Köln, Berlin, Bonn, München, Heymann).
- HEINE, Günter (1998): “Plädoyer für ein Verbandsstrafrecht als „zweite Spur“”, en ALWART, Heiner (hrsg.), *Verantwortung und Steuerung von Unternehmen in der Marktwirtschaft*, (München, Hampp) pp. 90-112.
- HERNÁNDEZ, Héctor (2010): “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”, *Política criminal*, vol. 5, N° 9, Art. 5: pp. 207-236.
- HRUSCHKA, Joachim (1984): “Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf. Zur Geschichte und zur Bedeutung der Differenz von actio libera in se und actio

- libera in sua causa”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW), vol. 96: pp. 661-702.
- JAKOBS, Günter (2002): “Strafbarkeit juristischer Personen?”, en PRITZWITZ, Cornelius y otros (edits.), *Festschrift für Klaus Lüderssen* (Baden-Baden, Nomos Verlag) pp. 539-561.
- KLESZCZEWSKI, Diethelm (2010): *Ordnungswidrigkeitenrecht* (München, Valen Verlag).
- KUHLEN, Lothar (2014): “Compliance y Derecho Penal en Alemania”, en MIR PUIG, Santiago y otros (edits.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal* (Madrid, Edisofer S. L.) pp. 89-125.
- KUNDLICH, Hans (2018): *Cuestiones fundamentales de la aplicación del Derecho Penal* (Madrid, Marcial Pons).
- LAUFER, William (1999): “Corporate liability, risk shifting and the paradox of compliance”, *Vanderbilt Law Review*, vol. 52, N° 5: pp. 1343-1420.
- LOUIS, Jürgen y WASSMER, Martin Paul (2006): “Responsabilidad penal de las personas jurídicas, Sistemas Penales comparados”, *Revista Penal*, N° 17: pp. 203-207.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2005): “La negociación incompatible como delito de corrupción: estructura típica y criterios de imputación”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 23: pp. 93-105.
- MATUS, Jean Pierre (2009): “Informe sobre el proyecto de ley que establece la responsabilidad legal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica, Mensaje N° 018-3571”, *Revista Ius et Pax*, vol. 15, N° 2: pp. 285-306.
- MIR PUIG, Santiago (2003): “Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 5: pp. 05:1-05:19.
- NAVAS, Iván y JAAR, Antonia (2018): “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia chilena”, *Política criminal*, vol. 13, N° 26: pp. 1027-1054.
- NIETO MARTÍN, Adán (2008): *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal* (Madrid, Iustel).
- NIETO MARTÍN, Adán (2017): “La autorregulación preventiva de la empresa como objeto de la política criminal”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. y otros (edits.), *Estudios de Derecho Penal, Homenaje al Profesor Mir Puig* (Montevideo, Buenos Aires, Editorial BdeF) pp. 167-177.
- ORTÚZAR, Andrés (2012): “Modelo de atribución de responsabilidad penal en la Ley N° 20.393 que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿Culpabilidad de la empresa, heterorresponsabilidad o delito de infracción de deber?”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 16: pp. 195-257.
- OSTERLING PARODI, Felipe (1968): “La valuación judicial de los daños y perjuicios”, *Revista de la Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú*, N° 26: pp. 93-102.
- PINO EMHART, Alberto (2013): “Entre reparación y distribución: la responsabilidad civil extracontractual como mecanismo de distribución de infortunios”, *Revista chilena de Derecho Privado*, N° 21: pp. 89-135.
- PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio (2012): *Modelos de Prevención de delitos en la empresa* (Santiago, Thomson Reuters).

- RAGUÉS, Ramón (2017): *La actuación en beneficio de la persona jurídica como presupuesto para su responsabilidad penal* (Madrid, Marcial Pons).
- ROBINSON, Paul H. y DUBBER, Markus D. (2007): “The American Model Code: A brief Overview”, *New Criminal Law Review*, vol. 1: pp. 319-341.
- ROBLES PLANAS, Ricardo (2009): “El hecho propio de las personas jurídicas y el informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008”, *Revista para el Análisis del Derecho* (InDret), N° 2: pp. 2:1-2:12.
- ROBLES PLANAS, Ricardo (2015): *Estudios de dogmática jurídico-penal* (Montevideo, editorial BdeF).
- SALVO, Nelly (2014): *Modelos de imputación penal a personas jurídicas: estudio comparado de los sistemas español y chileno*, Tesis Doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, ISBN: 9788449048982.
- SEMINARA, Sergio (2014): “Compliance y Derecho Penal: la experiencia italiana”, en MIR PUIG, Santiago (edit.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance, programas de prevención, detección y reacción penal* (Buenos Aires, BdeF) pp. 127-160.
- SIEBER, Ulrich (2013): “Programas de Compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica”, en NIETO, Martín, ARROYO, Adán (coord.), *El derecho penal económico en la era compliance* (Valencia, Tirant lo Blanch) pp. 63-110.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2008): “La evolución ideológica de la discusión sobre la ‘responsabilidad penal de las personas jurídicas. Evolución’”, *Revista de Derecho Penal y Criminología, Memorias XXX Jornadas Internacionales de Derecho Penal. Treinta años de evolución del derecho penal* (Colombia, Universidad de Externado de Colombia) pp. 129-148.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2014a): “Deberes de vigilancia y compliance empresarial”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús (edit.), *Fundamentos del derecho penal de la empresa* (Montevideo, BdeF) pp. 193-245.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2014b): “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho español”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús (edit.), *Fundamentos del derecho penal de la empresa* (Montevideo, BdeF) pp. 285-305.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2008) “La evolución ideológica de la discusión sobre la ‘responsabilidad penal de las personas jurídicas Evolución’”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología, Memorias XXX Jornadas Internacionales de Derecho Penal. Treinta años de evolución del derecho penal* (Colombia, Universidad de Externado de Colombia) pp. 129-148.
- STRATENWERTH, Günter (1992): “Strafrechtliche Unternehmenshaftung?”, *Festschrift für R. Schmitt zum 70. Geburtstag*: pp. 295-310.
- TIEDEMANN, Klaus (1988): “Die ‘Bebußung’ von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität”, *Neue Juristische Wochenschrift*: pp. 1169-1178.
- UNDANGARIN, Jaime (2014): *La responsabilidad penal de la persona jurídica como modelo basado en el deber de cuidado y la previsibilidad a priori del nivel de probabilidad del riesgo*, Tesis de Grado de Magister, Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile.

VALENZANO, Anna S. (2015): “Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en Italia”, *Revista Derecho Penal*, N° 53: pp. 169-194.

VAN WEEZEL, Alex (2010): “Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Política criminal*, vol. 5, N° 9: pp. 114-142.

VILLEGAS G., María de los Ángeles (2016): *La Responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La experiencia de Estados Unidos* (Pamplona, Thomson Reuters, Aranzadi).

#### JURISPRUDENCIA CITADA

*UNITED STATES V. GEORGE F. FISH, INC.*, 154 F.2d 798, U.S. 869 (1946).

*UNITED STATES V. ARMOU & CO.*, 168 F.2d 342 (1948).

*UNITED STATES V. EMPIRE PACKING CO.*, 174 F.2d 16, 337 U.S. 959 (1949).

*ESTÁNDAR OIL COMPANY OF TEXAS V. UNITED STATES*, 307 F.2d 120 (1962).

*UNITES STATES V. AUTOMATED MEDICAL LABORATORIES INC.*, 770 F.2d 399 (1985).

*UNITED STATES V. SUN-DIAMOND GROWERS OF CALIFORNIA*, 138 F.3d 961 (1998).