

TRADUCCIÓN AUTÉNTICA

I-015/10

DAF/INV/BR(2009)28/FINAL

**Confidencial**

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico

Inglés - Or. Inglés

**DIRECCIÓN DE ASUNTOS FINANCIEROS Y EMPRESARIALES**

**COMITÉ DE INVERSIONES**

**Grupo de Trabajo sobre Cohecho en**

**Transacciones Comerciales Internacionales**

**CHILE: REVISIÓN DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA CONVENCIÓN**

**FASE 1 TER**

**Informe del Grupo de Trabajo sobre Cohecho**

**París, 7-11 de diciembre de 2009**

*El presente informe fue adoptado por el Grupo de Trabajo sobre Cohecho el 8 de diciembre de 2009.*

Para mayor información, sírvase comunicarse con: Dr. Alex Conte, Administrador Principal, División Anticorrupción [Correo electrónico: alex.conte@oecd.org; Teléfono: (+33)1 45 24 94 01; Fax: (+33)1 44 30 63 07].

Documento completo disponible en OLIS, en su formato original.

- // -

CONFIDENCIAL

DAF/INV/BR(2009)28/FINAL

**ÍNDICE**

CHILE - REVISIÓN DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA CONVENCIÓN	3
FASE 1 TER	
1. ARTÍCULO 2: RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS	4
1.1 Personas jurídicas sujetas a responsabilidad penal	5
1.2 Norma de responsabilidad	7
1.2.1 Principales infractores incluidos	9
1.2.2 Interés de las personas jurídicas	11
1.2.3 Modelos de organización para la prevención de delitos	14
1.3 Procedimientos en contra de la personas jurídicas	20
1.3.1 Vínculo entre la responsabilidad de la persona jurídica y la responsabilidad de la(s) persona(s) naturales involucrada(s)	20
1.3.2 Procedimiento penal	21
1.4 Sanciones	24
1.4.1 Prohibición de celebrar actos y contratos con organismos administrativos públicos	26
1.4.2 Pérdida de subsidios fiscales	27
1.4.3 Multas	28
1.4.4 Disolución de las asociaciones ilícitas	29
1.5 Decomiso	29
EVALUACIÓN DE CHILE	30
ANEXO 1 - LEY DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS (INGLÉS)	
ANEXO 2 - LEY DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS (ESPAÑOL)	

-----

- // -

- // -

## CHILE - REVISIÓN DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA CONVENCIÓN

### FASE 1 TER

1. Chile firmó la Convención el 17 de diciembre de 1997 y depositó su instrumento de ratificación ante el Secretario General de la OCDE el 18 de abril de 2001. La legislación de implementación, Ley N° 19.829, entró en vigor el 8 de octubre de 2002.

2. La revisión Fase 1 de Chile se efectuó en 2004 y, la revisión Fase 2, en 2007.<sup>1</sup> En 2007, el Grupo de Trabajo estaba seriamente preocupado de Chile no hubiera adoptado ninguna medida para abordar las recomendaciones de la Fase 1 del Grupo de Trabajo relativas a responsabilidad penal de las personas jurídicas, sanciones, jurisdicción, secreto bancario o al delito de cohecho internacional. Recomendó a Chile adoptar prontamente medidas para lograr el cumplimiento pleno de los Artículos 1, 2, 3, 4 y 9 de la Convención; también formuló recomendaciones específicas.

3. Considerando la gravedad de la situación, el Grupo de Trabajo decidió realizar una nueva revisión excepcional de la legislación de Chile (Fase 1 bis), la que fue analizada por el Grupo de Trabajo en octubre de 2009. Dado que el Proyecto de Ley sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas no había entrado en vigor en ese entonces, la evaluación Fase 1 bis no

---

1. La Fase 1 evalúa la implementación de la Convención en la legislación de Chile. La Fase 2 evalúa la ejecución por parte de Chile de su legislación de implementación de la Convención de la OCDE, y su aplicación en esa área, y supervisa el cumplimiento por Chile de la Recomendación Revisada de 1997.

- // -

- // -

consideró la implementación por parte de Chile del Artículo 2 de la Convención, y materias conexas. La presente revisión (Fase 1 ter) presenta la revisión efectuada por el Grupo sobre este último aspecto.

#### **1. ARTÍCULO 2: RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS**

4. El Artículo 2 de la Convención exige a cada Parte "adoptar las medidas necesarias, de acuerdo con sus principios legales, para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas en los actos de cohecho a un funcionario público extranjero". Tanto en la Fase 1 como en la Fase 2, el Grupo de Trabajo observó que Chile no había puesto en práctica esta disposición y exhortó a las autoridades chilenas a implementar pronto la Convención.

5. La Ley N° 20.393 sobre Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en los Delitos de Lavado de Activos, Financiamiento del Terrorismo y Delitos de Cohecho, entró en vigor luego de su publicación en el Diario Oficial, el 2 de diciembre de 2009 (véanse los Anexos 1 [inglés] y 2 [español]). La Ley introduce la responsabilidad penal de las personas jurídicas por una lista limitada de delitos: cohecho a funcionarios públicos chilenos y extranjeros, lavado de activos y financiamiento del terrorismo.<sup>2</sup> Esta lista corresponde a los requisitos de los tratados internacionales, incluida la Convención contra el Cohecho de la OCDE.<sup>3</sup> Aun cuando es una ley

---

2. El artículo 1 del Proyecto de Ley dispone que el artículo 58 del Código Procesal Penal (que estipula que la responsabilidad penal sólo es aplicable a las personas naturales) no se aplicará a estos delitos.

3. Los demás tratados son: la Convención de las Naciones Unidas

- // -

- // -

independiente, su funcionamiento está vinculado al Código Penal y al Código Procesal Penal.<sup>4</sup>

#### **1.1 Personas jurídicas sujetas a responsabilidad penal**

6. La Ley N° 20.393 se aplica a las "personas jurídicas privadas y a las empresas del Estado". "Personas jurídicas privadas" abarca a sociedades civiles y comerciales, incluidas corporaciones sin fines de lucro y fundaciones.

7. Las empresas del Estado son empresas establecidas por una ley. Entre las empresas más importantes pertenecientes al Estado se encuentran Codelco, Bancoestado, Empresa Nacional de Minería (Enami), Empresa Nacional del Petróleo (ENAP) y Empresa de Ferrocarriles del Estado (EFE).<sup>5</sup>

---

contra la Corrupción; la Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional; la Convención Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo; la Resolución N° 1373 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas; y 40+9 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) sobre Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo.

4. El Artículo 1 dispone: "En lo no previsto por esta ley serán aplicables, supletoriamente, las disposiciones contenidas en el Libro I del Código Penal y el Código Procesal Penal y en las leyes especiales señaladas en el inciso anterior, en lo que resultare pertinente". En el caso de cohecho, la ley especial es el Código Penal.

5. Por ejemplo, el Decreto Ley N° 1.350 de 1976 estableció la "Corporación Nacional del Cobre de Chile (Codelco)", creada como empresa de propiedad del Estado dedicada a actividades mineras,

- // -

- // -

8. Otras empresas controladas por el Estado son las "empresas privadas del Estado"; es decir, "personas jurídicas privadas" para efectos de la Ley. Éstas son empresas que realizan actividades comerciales o industriales, en las que el Estado o sus organismos tienen aportes de capital mayoritario o en igual proporción, y se han constituido como sociedades anónimas. Conceptualmente, son empresas públicas debido a la participación en acciones del Estado o sus organismos; sin embargo, sus actividades comerciales se rigen por las normas del sector privado y su personalidad jurídica se deriva del cumplimiento de las normas de derecho privado. Por ende, la responsabilidad se aplica tanto a las empresas de propiedad del Estado como a las controladas por el Estado.

9. El Estado, las instituciones gubernamentales, las autoridades públicas regionales y locales, así como los organismos públicos sin fines de lucro quedan excluidos del ámbito de la Ley.

10. El plazo de prescripción para las personas jurídicas es el mismo que para las personas naturales; es decir, cinco años (artículo 19 de la Ley).<sup>6</sup>

---

industriales y comerciales, con personalidad jurídica y patrimonio propio. "Empresa Nacional de Minería (ENAMI)" fue creada en 1960 y constituida en virtud del Decreto con Fuerza de Ley N° 153 del mismo año. El Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 1993 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley orgánica de la Empresa de Ferrocarriles del Estado.

6. Sin embargo, en el caso de penas por delitos tales como

- // -

- // -

## 1.2 Norma de responsabilidad

11. Los siguientes tres requisitos copulativos deben cumplirse para que la persona jurídica sea considerada responsable del delito de cohecho internacional (artículo 3):<sup>7</sup>

1. El delito debe haber sido cometido por una persona que actúe como representante, director o gerente, una persona que ejerza facultades de administración o supervisión, o una persona bajo la "dirección o supervisión" de una de las personas antes mencionadas.
2. El delito debe haber sido cometido directa e inmediatamente en el interés o provecho de la persona jurídica. No se configura delito si la persona natural hubiere cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o de un tercero.
3. El delito debe haber sido posible como consecuencia de un incumplimiento por parte de la persona jurídica de sus funciones de administración y supervisión. Una persona jurídica no habrá cumplido sus funciones si violó la obligación de implementar un modelo de prevención de delitos o si, habiéndolo implementado, éste fue insuficiente.

### **Artículo 3º.- Atribución de responsabilidad penal**

Las personas jurídicas serán responsables de los delitos señalados en el artículo 1 que fueren cometidos directa e inmediatamente en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración

---

lavado de dinero, el plazo de prescripción es de diez años.

7. La norma de responsabilidad está inspirada en el sistema italiano de responsabilidad de las personas jurídicas.

- // -

- // -

y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión.

Bajo los mismos presupuestos del inciso anterior, serán también responsables las personas jurídicas por los delitos cometidos por personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los sujetos mencionados en el inciso anterior.

Se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente.

Las personas jurídicas no serán responsables en los casos que las personas naturales indicadas en los incisos anteriores, hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero.

12. La responsabilidad establecida en Chile se basa en el comportamiento de las personas naturales, así como en la falencia en el modelo organizacional de la empresa. El propósito de la Ley es, en primer lugar, impedir que se cometan delitos y, cuando ello fracasa, sancionar a las empresas culpables.

13. La Ley no condiciona la responsabilidad de la persona jurídica al uso de los medios establecidos por las personas jurídicas como instrumentos para la comisión del delito. Por consiguiente, parece posible que una persona jurídica sea sancionada en casos en que una persona natural que actúe en su

- // -



- // -

representación utilice fondos que no pertenezcan a la persona jurídica para sobornar a un funcionario público extranjero. Los inspectores jefe consideran que éste es un aspecto que deberá monitorearse a medida que se origine la práctica en la aplicación de la Ley.

### **1.2.1 Principales infractores incluidos**

14. La Ley impone responsabilidad penal a las personas jurídicas por delitos cometidos por dos categorías de infractores principales: personas naturales en cargos directivos y personas naturales sujetas a su dirección o supervisión.

15. En el primer caso, el artículo 3 (inciso 1) dispone que las "personas jurídicas serán responsables de los delitos ... que fueren cometidos directa e inmediatamente ... por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión ..." La Ley no define estos términos. Las autoridades chilenas explican que esto permite a los jueces interpretarlos de acuerdo con las circunstancias del caso y la empresa involucrada. Sin embargo, los jueces pueden remitirse a las definiciones de dichos términos en diferentes leyes chilenas y a su "significado generalmente aceptado". En consecuencia, las autoridades chilenas indicaron que las siguientes interpretaciones son posibles:

- Dueños: las leyes positivas definen a un dueño como el poseedor de los derechos de propiedad (Código Civil, artículos 582 y siguientes; artículos 700 y siguientes). Los accionistas se considerarían dueños.
- Controlador: una persona que posee participación en la

- // -

- // -

propiedad, la dirección o influencia decisiva en una organización (significado derivado de controlador y control); personas que tienen poder para asegurar la mayoría de votos en las juntas de accionistas y para elegir a la mayoría de los directores de una sociedad; personas que tienen poder para asegurar la mayoría de votos en las reuniones de sus miembros y para designar al gerente o al representante legal o a la mayoría de ellos, en los demás casos; personas que tienen poder para desempeñar una función decisiva en la administración de la sociedad (la Ley N° 18.045 de Mercado de Valores, artículo 97, define dentro de dicho marco el término "controlador" de una sociedad).

- Persona responsable: una persona responsable de dirigir y supervisar el trabajo dentro de una organización.
- Representante: una persona que representa a la sociedad o que actúa en su representación.
- Ejecutivos principales: se definen en el artículo 1(22)(b)(ii) de la Ley 20.382 como "toda persona que tenga la capacidad de determinar los objetivos, planificar, dirigir o controlar la conducción superior de los negocios o la política estratégica de la entidad, ya sea por sí sola o junto con otros".
- Administrador: una persona que administra una sociedad, particularmente sus bienes; una persona encargada de la gestión administrativa de una sociedad o institución. Los gerentes generales y gerentes de área estarían incluidos.

16. La Ley no se refiere expresamente a los gerentes *de facto* (personas que, de hecho, desempeñan funciones gerenciales). Sin

- // -

- // -

embargo, las autoridades chilenas explican que la expresión en el artículo 3, inciso 1, de "quienes realicen actividades de administración y supervisión" incluiría a toda persona que desempeñe dichas funciones o actividades *de facto* o *de jure*. Asimismo, según las autoridades chilenas, si un director actuare más allá de sus derechos, funciones u obligaciones, pero en beneficio o provecho directo e inmediato de la sociedad, la persona jurídica será responsable si el modelo organizacional fracasare.

17. Respecto de la segunda categoría de infractores principales, el artículo 3 (inciso 2) dispone que "... serán también responsables las personas jurídicas por los delitos cometidos por personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los sujetos mencionados en el inciso anterior". Por ende, los empleados pueden provocar la responsabilidad de la persona jurídica. Los subcontratistas también pueden provocar la responsabilidad de la persona jurídica, dependiendo de los términos del contrato y de la existencia de una relación de jerarquía con una de las personas mencionadas en el inciso 1. De acuerdo con las autoridades chilenas, el cohecho cometido por una filial chilena o extranjera de una sociedad chilena también podría generar la responsabilidad de la sociedad matriz, si el fiscal puede acreditar que el gerente de la sociedad matriz le ordenó a una persona de la filial, que es su subordinado, que soborne a un funcionario público extranjero.

#### **1.2.2 Interés de las personas jurídicas**

18. Para que la persona jurídica sea considerada responsable,

- // -

- // -

el delito debe haber sido cometido directa e inmediatamente en su interés o para su provecho (artículo 3, inciso 1). Las autoridades chilenas confirman que no es necesario que la persona jurídica efectivamente reciba algún beneficio. Por ejemplo, la sociedad puede ser sancionada aunque el funcionario público haya rechazado la dádiva y/o no haya hecho nada en favor de la sociedad. En caso de que la persona jurídica efectivamente haya recibido un beneficio como resultado del delito de cohecho, este beneficio será decomisado (artículo 13(2)).

19. Por el contrario, si la persona natural cometió el delito de cohecho "exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero", la persona jurídica no será considerada responsable (Artículo 3, inciso 4). De acuerdo con las autoridades chilenas, esta situación se aplicará a los casos en que un gerente infrinja el modelo de prevención y cometa cohecho a un funcionario público extranjero con el exclusivo propósito de obtener un bono económico, y la sociedad no se beneficie del delito. Las autoridades chilenas consideran que esta situación sería más frecuente respecto de los delitos de lavado de dinero o financiamiento del terrorismo que del cohecho.

20. El cohecho en beneficio de sociedades relacionadas, tales como filiales o matrices, puede verse fuera del ámbito del artículo 3. Sin embargo, conforme a las autoridades chilenas, las personas naturales que desempeñen sus funciones en una filial estarían comprendidas en el artículo 3, incisos 1 y 2, si existiere un vínculo jerárquico directo entre ellas y los gerentes de la sociedad matriz, y el delito se cometiere en el interés de la sociedad matriz. Asimismo, las autoridades

- // -

- // -

explican que tanto la filial como la matriz podrían considerarse responsables, si el acto de cohecho hubiere sido cometido por un gerente de la matriz en el beneficio exclusivo de la filial a la que la persona natural tuviere derecho de representar. Estas interpretaciones necesitarían someterse a prueba en la práctica.

21. El hecho de que el delito deba ser cometido "directa e inmediatamente" en el interés de la empresa puede actuar para excluir los casos en que la persona hubiere cometido cohecho a un funcionario público extranjero con su propio interés en mente, aun cuando, en último término, el delito hubiere beneficiado o podría haber beneficiado a la empresa. A los inspectores jefe les preocupa que las personas jurídicas puedan basarse en esto para eludir su responsabilidad. Por ejemplo, algunos gerentes de venta remunerados en gran medida conforme a sus resultados podrían tratar de sobornar a un funcionario público extranjero para aumentar sus ingresos personales. Es posible que el hecho de que la empresa pueda beneficiarse del delito no forme parte de los factores considerados por la persona natural y, por lo tanto, puede faltar el vínculo "directo e inmediato". En tales circunstancias, una sociedad procesada podría intentar elaborar una estrategia de defensa consistente en demandar a la persona natural que actuó, arguyendo que lo hizo contraviniendo sus funciones y principalmente es su propio interés. Una simple lectura del texto del artículo 3 puede resultar en la determinación de que el beneficio para la persona jurídica es sólo remoto e indirecto. En la Fase 3, se debiera hacer un seguimiento a la aplicación en la práctica de este aspecto del artículo 3.

- // -

- // -

22. Las autoridades chilenas indican que el objeto de la expresión "directa e inmediatamente" sólo es asegurar que la conducta se lleve a cabo en el interés de la persona jurídica y que las motivaciones personales de la persona natural no serán relevantes. No obstante, al mismo tiempo, reconocen que un caso que podría quedar fuera del ámbito de la Ley es el de un gerente que soborne a un funcionario público extranjero a fin de obtener un contrato público para la sociedad, con el objeto que un *subcontratista* se beneficie del contrato. En este ejemplo, el juez tendrá que verificar si la sociedad se benefició directa e inmediatamente del cohecho, dependiendo de las circunstancias. Si el beneficio fuere remoto o indirecto, la persona jurídica no será responsable del delito.

### **1.2.3 Modelos de organización para la prevención de delitos**

23. El último requisito copulativo para la responsabilidad pone de relieve que el delito debe haber sido posible como consecuencia del incumplimiento de la persona jurídica de sus deberes de administración y supervisión (artículo 3, inciso 1). La entidad no habrá cumplido sus funciones si violó la obligación de implementar un modelo de prevención de delitos, o cuando, habiéndolo implementado, éste fue insuficiente: "Se considerará que los deberes de supervisión y dirección se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente" (artículo 3, inciso 3).

24. El artículo 4 de la Ley establece los requisitos mínimos del

- // -

- // -

modelo. También apunta a introducir un sistema de autorregulación por parte de las empresas. Contar con un código de conducta en papel no será suficiente para eludir la responsabilidad penal. Si los fiscales pueden demostrar que el código no cumple con los requisitos mínimos del artículo 4, o que no se ha implementado, la sociedad puede ser responsable del delito. Los inspectores jefe instan a Chile a asegurar que, mediante un proceso de sólida certificación, y brindando capacitación y educación a las personas jurídicas, esto lleve a un cumplimiento más que sólo formal del artículo 4, y que dicho artículo se aplique de modo de exigir que se observen los requisitos mínimos del citado artículo 4. Éste será un aspecto que deberá considerarse en la Fase 3.

*a) Designación y facultades de la persona encargada del modelo de prevención*

25. Dentro de cada empresa, una persona u órgano debe asegurar la adopción de todas las medidas destinadas a prevenir la comisión de delitos, por parte de una persona responsable de la prevención. La autonomía de esta persona varía según el tamaño de la empresa. En el caso de empresas con un ingreso anual superior a aproximadamente 2,8 millones de euros, la persona responsable de la prevención deberá ser autónoma de la administración y de los dueños, socios, accionistas o controladores de la persona jurídica (artículo 4(1)). Para las personas jurídicas "pequeñas" (definidas como aquéllas cuyos ingresos son inferiores a aproximadamente 2,8 millones de euros),<sup>8</sup> los dueños mismos pueden actuar como la persona

---

8. El umbral para las personas jurídicas pequeñas es de 100.000

- // -

encargada de la prevención. Los inspectores jefe expresan su preocupación de que el umbral entre "pequeñas" y otras empresas es muy alto, de manera que, en la práctica, la mayoría de las empresas chilenas podrán disponer que sus dueños y gerentes generales actúen como la persona encargada de la prevención. Esto podría minar la independencia de tales personas y, por ende, su capacidad de implementar adecuadamente un modelo de prevención.

26. La Ley también establece los medios y facultades mínimos que la persona encargada de la prevención debiera obtener de la administración de la persona jurídica (artículo 4(2)). Esta persona debe informar a los ejecutivos de la empresa sobre sus actividades al menos en forma semestral (dos veces al año).

*b) Diseño del sistema de prevención*

27. El artículo 4(3) establece las características mínimas del sistema de prevención, el cual deberá:

- identificar las diferentes actividades o procesos de la entidad, sean habituales o esporádicos, en cuyo contexto se genere o incremente el riesgo de comisión de los delitos;
- establecer protocolos, reglas y procedimientos que permitan a las personas que intervengan en las actividades o procesos antes mencionados programar y ejecutar sus tareas o labores de una manera que prevenga la comisión de los mencionados delitos;
- identificar los procedimientos de administración y

---

Unidades de Fomento (UF). Al 16 de noviembre de 2009, 100.000 UF correspondían a Ch\$2.103 millones, lo que equivale a aproximadamente 2,8 millones de euros.

- // -



- // -

auditoría que permitan a la identidad impedir su utilización en los delitos señalados;

- establecer sanciones administrativas internas, así como procedimientos de denuncia o persecución de responsabilidades pecuniarias en contra de las personas que incumplan el sistema de prevención;
- incorporar las citadas obligaciones, prohibiciones y sanciones en los reglamentos internos de la persona jurídica, y asegurarse de que sean conocidas por todas las personas obligadas a aplicarlas (trabajadores, empleados y prestadores de servicios).

28. La persona encargada de la prevención, junto con la administración de la empresa, deberá establecer métodos para la supervisión y ejecución del sistema de prevención, así como para su actualización regular. Si bien el artículo 4(3)(d) exige que el modelo de prevención incluya procedimientos de comunicación, no exige que se establezca un mecanismo de protección para los delatores.

*c) supervisión y certificación de los sistemas de prevención*

29. El artículo 3 dispone que una persona jurídica no es responsable de delitos cometidos por sus gerentes o empleados, cuando ha adoptado y puesto en práctica eficientemente un modelo de organización para prevenir la comisión de delitos. En virtud del artículo 4(4), las personas jurídicas podrán someterse a un proceso de certificación respecto de la existencia y pertinencia del modelo de organización.

30. La certificación confirmará que el modelo de prevención de delitos cumple con los requisitos mínimos del artículo 4,

- // -

- // -

tomando en consideración las características de la persona jurídica (artículo 4(4)(b)). La certificación será válida mientras la empresa no se modifique, y será efectuada por instituciones privadas que hayan sido autorizadas por organismos públicos para desempeñar esta función. Al respecto, cabe señalar dos puntos. El primero es que la certificación, por sí misma, no evitará la responsabilidad, ya que sigue siendo posible condenar a una persona jurídica si se puede acreditar que, no obstante la certificación, el modelo de prevención no cumplió con los requisitos mínimos del artículo 4; y/o que el modelo no se implementó. El segundo punto es que, en conformidad con el artículo 4(4)(c), las entidades privadas que lleven a cabo certificación estarán desempeñando funciones públicas, lo que significa que serán responsables penalmente en caso de que no actuaren en forma adecuada en la ejecución de dichas funciones. La única función de los organismos públicos será autorizar a las instituciones para llevar a cabo estas funciones, y mantener un registro de las certificaciones.

*d) Carga y norma de la prueba*

31. El incumplimiento de las obligaciones de administración y supervisión es un elemento del delito más que una defensa. Por consiguiente, la carga de la prueba recaerá en los fiscales; es decir, serán los fiscales los encargados de probar que la entidad no cumplió con sus obligaciones de administración y supervisión.<sup>9</sup>

---

9. El artículo 3(1) dispone que las personas jurídicas serán responsables de los delitos cometidos por las personas mencionadas, "siempre que la comisión del delito fuere

- // -

32. Lo anterior exigirá que los fiscales demuestren que la empresa fracasó en el diseño y/o implementación del modelo de prevención de delitos, incluido el motivo por el cual, dadas las circunstancias, el modelo de prevención fue insuficiente. Esto también parecería requerir que el fiscal establezca que este fracaso hizo posible la comisión del delito. Los inspectores jefe consideran que la persona jurídica tendrá un conocimiento mucho mejor que el Poder Judicial de su propia organización interna, sus cualidades y sus defectos. Al sistema de justicia probablemente le será difícil acreditar la deficiencia de la organización, en especial, cuando la empresa forme parte de un grupo complejo, y esto podría disuadir las persecuciones. En la Fase 3, se debiera hacer un seguimiento a la aplicación de dichas disposiciones, especialmente, a la manera en que los fiscales pueden cumplir con esta carga de la prueba y cómo los tribunales interpretan tales disposiciones.

33. La Ley se aplicará tanto a las empresas chilenas como extranjeras que operan en Chile. Esto significa que, para evitar la responsabilidad, las empresas extranjeras que operen en Chile deberán adoptar un modelo de prevención que cumpla con los requisitos mínimos del artículo 4, además de ajustarse a su propia legislación nacional. Las autoridades chilenas informan que la certificación comparable efectuada en otro país podría ser relevante para los procesos en Chile, pero que, en tales casos, tendrían que satisfacerse los requisitos mínimos del artículo 4.

---

consecuencia del incumplimiento, por parte de [la persona jurídica] de los deberes de dirección y supervisión".

- // -

- // -

### **1.3 Procedimientos en contra de las personas jurídicas**

#### **1.3.1 Vínculo entre la responsabilidad de la persona jurídica y la responsabilidad de la(s) persona(s) natural(es) involucrada(s)**

34. La responsabilidad de la persona jurídica generalmente está vinculada a la responsabilidad de la o las personas naturales que hayan cometido el delito (artículo 5). Sin embargo, podrá ser autónoma en tres casos específicos. En primer lugar, la responsabilidad de la persona jurídica puede ser autónoma cuando la responsabilidad del individuo se hubiere extinguido debido a su fallecimiento o por expiración del período de prescripción (artículo 93 del Código Penal).

35. En segundo lugar, la responsabilidad de la persona jurídica puede ser autónoma cuando en el proceso penal seguido en contra de la persona natural se decretare el sobreseimiento porque la persona hubiere escapado o cuando, después de cometido el delito, la persona cayere en enajenación mental (artículo 252 del Código Procesal Penal). Conforme a los principios generales del derecho penal, la persona jurídica no será responsable si la persona natural fue considerada enajenada mental al momento del delito, o si actuó en defensa propia o bajo coacción. Sin embargo, las autoridades chilenas son de opinión que, si se permitiere a una persona enajenada mental seguir ocupando su cargo, aun cuando la administración estuviere informada de su enajenación mental, no se habría implementado adecuadamente el modelo de prevención de delitos y, en consecuencia, esto podría dar origen a la responsabilidad penal de la persona jurídica.

36. En tercer lugar, la responsabilidad de la persona jurídica

- // -

- // -

puede ser autónoma cuando se hubiere acreditado la existencia del delito y demostrado fehacientemente que el delito debió necesariamente ser cometido dentro del ámbito de funciones y atribuciones propias de las personas señaladas en el inciso 1 del artículo 3 (es decir, por un gerente, etc.), aun cuando no pudiere establecerse la participación del o los responsables específicos. Según las autoridades chilenas, si varias personas hubieren participado en el delito, dividiéndose entre ellas la tarea de sobornar a un funcionario público extranjero, la situación es de coautoría en el delito y todas ellas son responsables del mismo, junto con la empresa. Si, por el contrario, la conducta criminal no pudiere atribuirse a ninguna de las personas naturales que, en forma sucesiva o conjunta, contribuyeron a la comisión del delito, podrá deducirse la responsabilidad de la persona jurídica.

### **1.3.2. Procedimiento penal**

37. Los procedimientos en contra de las personas jurídicas se rigen por la Ley, complementada por el Código Procesal Penal. Las personas jurídicas gozan de los mismos derechos que las personas naturales durante todo el procedimiento penal, y son representadas por la persona de su elección (con la salvedad de que este representante legal no puede estar involucrado personalmente en el proceso). La rebeldía injustificada de un representante puede llevar a su arresto y su ausencia suspenderá el proceso hasta que la persona jurídica nombre a otro representante. Los tribunales del crimen presidirán los procedimientos en contra de personas jurídicas.

38. La investigación de delitos que involucren a personas

- // -

- // -

jurídicas serán tramitados por la Fiscalía. En el artículo 20 se señala que: "Si durante la investigación de alguno de los delitos previstos en el artículo 1, el Ministerio Público tomare conocimiento de la eventual participación de alguna de las personas indicadas en el artículo 3, ampliará dicha investigación con el fin de determinar la responsabilidad de la persona jurídica correspondiente". De acuerdo con las autoridades chilenas, los fiscales abrirán una investigación si se identifica a una persona jurídica, aun cuando no se haya identificado a ninguna persona natural. Las condiciones son más estrictas en la etapa de la formalización de la investigación. Para formalizar una investigación en contra de una persona jurídica, los fiscales deben haber solicitado antes una audiencia con miras a la formalización de la investigación contra una persona natural señalada en el artículo 3 de la Ley (o iniciado un procedimiento simplificado contra dicha persona). De lo contrario, los fiscales deberán acreditar que se cumplen las condiciones previstas en el artículo 5 para la responsabilidad autónoma de la persona jurídica.

39. Las autoridades chilenas indican que a las personas jurídicas se les aplica el principio de persecución obligatoria. De hecho, el artículo 3 indica que las personas jurídicas "serán responsables" de los delitos señalados en el artículo 1. En el futuro, podrían elaborarse instrucciones generales a los fiscales públicos.

40. Curiosamente, el principio de oportunidad, que se analizó en detalle en el Informe Fase 2 (§§ 93-98), no es aplicable a las personas jurídicas (artículo 24). Por otra parte, la

- // -

- // -

suspensión condicional de la investigación, cuyo uso respecto de las personas naturales se enmarcó estrictamente en un instructivo a los fiscales, es posible respecto de las personas jurídicas (artículo 27, véase el §99 del Informe Fase 2).<sup>10</sup> Entre las condiciones que deben cumplirse para escapar de la persecución se incluye el pago de cierto monto al Estado, y "la implementación de un programa para poner en práctica el modelo de organización, administración y supervisión señalado en el artículo 4" de la Ley. Según las autoridades chilenas, en la práctica, las condiciones se analizarán entre la empresa y el fiscal, y serán aprobadas por el juez de garantía.

41. Los procedimientos abreviados pueden aplicarse en contra de las personas jurídicas de la misma manera que en contra de personas naturales, es decir, cuando el imputado está de acuerdo con la presentación de los hechos efectuada por el fiscal. En ese caso, el juez no puede imponer una sanción superior a la propuesta por el fiscal (artículo 27). El artículo 29 de la Ley establece la suspensión de la condena. El tribunal puede, excepcionalmente, declarar la suspensión de la condena por un plazo de entre seis meses y dos años, y abstenerse de aplicar la pena de decomiso. Sin embargo, el juez que dicte sentencia podrá suspender las condenas y aplicar el decomiso al mismo tiempo. La

---

10. Además, ahora que la pena de reclusión máxima por ofrecer una dádiva se ha aumentado a 5 años, esta alternativa al procesamiento de individuos puede utilizarse sólo en casos de respuesta positiva a la solicitud (por lo cual la pena máxima de presidio es de 3 años), y ya no en casos de ofrecimiento de una dádiva.

- // -

- // -

aplicación de esta disposición depende del tamaño de la empresa y tiene por objeto favorecer a las pequeñas empresas, si bien la Ley no establece ningún umbral.

42. Las sentencias en contra de las personas jurídicas se dictarán en conformidad con el mismo procedimiento que para las personas naturales. De otro modo, se aplicarán normas de procedimiento simplificadas en caso de que los fiscales solicitaren la aplicación de sanciones en su grado mínimo; y se realizará un juicio oral si se solicitaren sanciones en su grado medio.

#### **1.4 Sanciones**

43. La Convención exige la aplicación de penas eficaces, proporcionadas y disuasivas a las personas jurídicas por el delito de cohecho internacional, incluidas sanciones pecuniarias. En caso de que la ley nacional de una Parte no contemple la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la Convención exige que la Parte se asegure de que se les impongan sanciones "eficaces, proporcionadas y disuasivas de carácter no penal, incluidas sanciones pecuniarias". Al momento de la Fase 2, la ausencia de responsabilidad efectiva impedía las sanciones eficaces, y el Grupo de Trabajo recomendó a Chile "modificar la ley con el objeto de estipular que las personas jurídicas recibirán sanciones efectivas, proporcionadas y disuasivas por el delito de cohecho internacional, incluidas multas o sanciones pecuniarias y confiscación".

44. La Ley establece tres tipos de sanciones en contra de las personas jurídicas condenadas por cohecho a funcionarios públicos extranjeros: prohibición temporal o perpetua de

- // -



- // -

celebrar actos y contratos con los organismos administrativos públicos; pérdida parcial o total de beneficios fiscales, o prohibición absoluta de recepción de los mismos por un período determinado; y multa. Las sanciones pueden suspenderse. Se aplicarán automáticamente penas accesorias (es decir, la publicación de un extracto de la sentencia y confiscación).<sup>11</sup>

45. La naturaleza y cuantía de la pena deberá determinarse considerando seis factores, además de las circunstancias atenuantes y agravantes (artículo 17): los montos de dinero involucrados en la comisión del delito; el tamaño y la naturaleza de la persona jurídica; la capacidad económica de la persona jurídica; el grado de sujeción y cumplimiento de la normativa legal y reglamentaria, y de las reglas técnicas de obligatoria observancia en el ejercicio de su giro o actividad habitual; la extensión del mal causado por el delito; la gravedad de las consecuencias sociales y económicas para la comunidad de la imposición de la pena, cuando se trate de empresas del Estado o de empresas que presten un servicio de utilidad pública. La Ley rige en los casos de fusiones,

---

11. Cada una de las sanciones se describe en un artículo al respecto del Proyecto de Ley (artículos 9 a 13). Existen unas pocas sanciones adicionales por los crímenes (en lugar de simples delitos, como lo es el cohecho), tales como disolución de la entidad o cancelación de su personalidad jurídica. La disolución no se aplica a las empresas públicas o de derecho privado que presten un servicio de utilidad pública, cuya interrupción pudiere causar graves consecuencias sociales y económicas.

- // -

- // -

disolución o absorción de las personas jurídicas imputadas (artículo 19).

**1.4.1 Prohibición de celebrar actos y contratos con organismos administrativos públicos**

46. La exclusión de las compras y contratación pública (es decir, la prohibición de firmar actos<sup>12</sup> o contratos con la administración pública<sup>13</sup> - *organismos del Estado*) implica que la empresa no podrá ser proveedor de bienes o servicios de ninguna parte de la administración pública, sea a perpetuidad o por un período comprendido entre dos y cuatro años, en caso de condena por cohecho internacional. El artículo 10 estipula que el tribunal enviará una notificación a la Dirección de Compras y Contratación Pública, la cual mantendrá un registro de las personas jurídicas inhabilitadas. La prohibición se podrá aplicar respecto de todos los organismos y servicios públicos creados para desempeñar funciones del Estado, lo que significa que una empresa condenada que sea excluida de las compras y

---

12. En conformidad con el Código Civil de Chile, la referencia a "actos y contratos" se utiliza habitualmente. La expresión "actos" se utiliza para describir actos jurídicos unilaterales, tales como la participación en licitaciones (propuestas) públicas, o la adjudicación de una licitación (propuesta) que sea considerada por las autoridades chilenas un acto unilateral anterior a la firma del contrato.

13. La expresión "administración pública" debe entenderse como una referencia a toda forma de organismos administrativos públicos, incluido el Ejecutivo, el Congreso Nacional y el Poder Judicial, así como sus equivalentes regionales.

- // -

- // -

contratación pública no podrá suscribir contratos con autoridades centralizadas ni descentralizadas.

#### **1.4.2 Pérdida de subsidios fiscales**

47. La pérdida parcial o total de subsidios fiscales otorgados por el Estado se aplicará a los beneficios que el Estado otorga en forma discrecional sin obtener nada de la persona jurídica, tales como subsidios vinculados con programas especiales (artículo 11), pero no incluye la pérdida de créditos tributarios o de licencias. La pérdida parcial de subsidios fiscales corresponde a la pérdida de un determinado porcentaje del beneficio, entre el 20% y el 70%. Las autoridades chilenas señalan que esta pena puede aplicarse tanto con respecto a proyectos en curso como a futuros.<sup>14</sup> Cuando se impone esta sanción a una persona jurídica que ha recibido subsidios, dicha persona podrá solicitar nuevos subsidios plenos en el futuro, a menos que lo prohíba expresamente el tribunal que dicte la sentencia. Las autoridades explican que esto es muy poco probable; sin embargo, dado que todos los subsidios fiscales tienen requisitos adecuados para su obtención, en la práctica, una empresa condenada no volvería a recibir subsidios fiscales. A una persona jurídica condenada que no reciba subsidios fiscales se le podrá negar la recepción de subsidios futuros por un período que va de 2 a 3 años. La aplicación en la práctica de

---

14. Las autoridades chilenas observan, además, que los beneficios ya recibidos que hayan sido utilizados o que sean producto de la comisión del delito pueden ser objeto de decomiso en virtud del artículo 13(2) como pena anexa, lo cual se aplica en todos los casos.

- // -

- // -

esta sanción podría justificar un seguimiento posterior en la Fase 3. Los registros de personas jurídicas inhabilitadas serán mantenidos por el Ministerio de Hacienda y el Ministerio del Interior (en el caso de subsidios regionales), sobre la base de notificaciones de los tribunales. Los inspectores jefe observan que la pérdida de beneficios fiscales, prevista en el artículo 11 de la Ley, no incluye la posibilidad de que la persona jurídica pierda beneficios tributarios o el respaldo de créditos a las exportaciones.

#### **1.4.3 Multas**

48. Las multas se basan en una unidad monetaria variable. El monto de la multa por el delito de cohecho internacional puede fluctuar entre aproximadamente 10.000 euros y 465.000 euros.<sup>15</sup> Si bien ésta es una pena máxima relativamente baja en sí misma, los tribunales pueden imponer a las personas jurídicas una o más sanciones, de severidad variable, dependiendo del número de circunstancias atenuantes y agravantes. La única circunstancia agravante es la reincidencia (artículo 7). El artículo 6 establece tres circunstancias atenuantes. Primero, que la persona jurídica haya colaborado sustancialmente en la investigación y el establecimiento de los hechos. Segundo, que la entidad haya reparado con celo el mal causado o impedido sus ulteriores perniciosas consecuencias, incluido, por ejemplo, el caso de que la empresa misma presente una demanda en contra de un gerente, u otra persona natural, que haya cometido el acto de

---

15. Es decir, entre 200 y 10.000 UTM, o entre Ch\$7,33 millones y Ch\$366,45 millones. El valor de la UTM cambia todos los meses. En septiembre de 2009, su valor es de Ch\$36.645.

- // -

- // -

cohecho internacional. Tercero, que la persona jurídica haya establecido (después del delito, pero antes del comienzo del juicio) medidas eficaces para detectar y prevenir la reiteración de la misma clase de delitos objeto de la investigación. Las dos primeras circunstancias atenuantes también se aplican a las personas naturales.

#### **1.4.4 Disolución de asociaciones ilícitas**

49. Finalmente, la disolución se aplica a las "asociaciones ilícitas", es decir, cuando el único propósito de la persona jurídica sea cometer delitos (nuevo inciso 2 del artículo 294 bis del Código Penal). El tribunal ordenará la disolución de la entidad, como consecuencia accesoria de la pena impuesta a los responsables individuales. Las autoridades chilenas explican que esta medida, que no es una sanción *per se* contra la persona jurídica, busca penalizar a las entidades que sirven de fachada a asociaciones ilícitas de criminales y que no están destinadas a cumplir un propósito productivo para la economía de Chile.

#### **1.5 Decomiso**

50. El decomiso es una sanción automática anexa (junto con la publicación de la sentencia en el Diario Oficial y un diario de circulación nacional), ya que el artículo 13(2) dispone que: "El producto del delito y demás bienes, efectos, objetos, documentos e instrumentos del mismo serán decomisados". Además, el artículo 13(3) dispone que "En los casos que el delito cometido suponga la inversión de recursos de la persona jurídica superiores a los ingresos que ella genera, se impondrá como pena accesoria el entero en arcas fiscales de una cantidad equivalente a la inversión realizada". Las autoridades chilenas explican que los

- // -

- // -

"instrumentos" del delito son los medios materiales con los cuales los autores perpetraron el delito, tales como armas o herramientas. Asimismo, explican que los "efectos" del delito son los objetos materiales en los que tuvo lugar la acción criminal o que son producto de la misma, tales como el dinero falsificado o medicamentos adulterados.

-----  
**EVALUACIÓN DE CHILE**

**Comentarios Generales**

51. El Grupo de Trabajo sobre Cohecho elogia a las autoridades chilenas por el alto nivel de cooperación y apertura durante el proceso de inspección.

52. La Ley N° 20.393 sobre Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en los Delitos de Lavado de Activos, Financiamiento del Terrorismo y Delitos de Cohecho, introduce la responsabilidad penal de las personas jurídicas por un número limitado de delitos, incluido el cohecho a funcionarios públicos chilenos y extranjeros. Para que una persona jurídica sea responsable de dichos delitos, deben cumplirse 3 requisitos copulativos establecidos en el artículo 3 de la Ley. El Grupo de Trabajo considera que, en general, la legislación de Chile cumple con las normas del Artículo 2 de la Convención; sin embargo, tiene algunas inquietudes, que se exponen a continuación.

**Aspectos específicos**

**1. Delito cometido en el interés de la persona jurídica**

53. Uno de los elementos copulativos en virtud del artículo 3 de la Ley exige que el delito sea cometido directa e

- // -

- // -

inmediatamente en el interés de la persona jurídica. Esto significa que, si la persona natural cometió el delito de cohecho exclusivamente en su propio interés o en el de un tercero, la persona jurídica no será considerada responsable. Al Grupo le preocupa que las personas jurídicas puedan basarse en la necesidad de que el delito sea cometido "directa e inmediatamente" en el interés de la sociedad para eludir la responsabilidad penal en ciertas circunstancias, incluso en caso de que la sociedad sometida a proceso intentare desarrollar una estrategia de defensa demandando a la persona natural que actuó, arguyendo que la persona lo hizo en incumplimiento de sus funciones y principalmente en favor de su propio interés. En la fase 3, se debiera hacer un seguimiento a la aplicación en la práctica de este elemento copulativo.

## **2. Fracaso del modelo de prevención de delitos**

54. Otro requisito copulativo en virtud del artículo 3 de la Ley es que el delito debe haber sido posible como consecuencia del incumplimiento de la persona jurídica de sus deberes de dirección y supervisión, cuyos criterios mínimos se especifican en el artículo 4 de la Ley. El Grupo de Trabajo insta a Chile a asegurar, a través de un proceso de sólida certificación del modelo de prevención y mediante capacitación y educación de las personas jurídicas acerca de su diseño e implementación, que esto lleve a más que el simple cumplimiento formal del artículo 4, y que dicho artículo 4 se aplique de manera de exigir el cumplimiento efectivo de los requisitos mínimos del artículo 4. Esta es una materia a la que debiera hacerse un seguimiento en la Fase 3, junto con cualesquiera dificultades prácticas que los

- // -

- // -

fiscales pudieren enfrenten al cumplir con la carga de la prueba a fin de establecer que el delito fue posible debido a un incumplimiento por parte de una persona jurídica del modelo de prevención. Al Grupo de Trabajo también le interesaría conocer el nivel en que las personas jurídicas designan a personas independientes encargadas de la prevención, y si esto tiene algún impacto en la implementación eficaz de los modelos de prevención.

### **3. Sanciones**

55. La Ley N° 20.393 establece tres tipos de sanciones en contra de las personas jurídicas condenadas por cohecho a funcionarios públicos extranjeros. Si bien la multa máxima por cohecho internacional es de aproximadamente 465.000 euros, los tribunales pueden imponer una o más sanciones a las personas jurídicas, de una severidad variable, dependiendo del número de circunstancias atenuantes o agravantes. El Grupo de Trabajo exhorta a Chile a asegurar que las personas jurídicas condenadas por cohecho internacional sean sancionadas, en todos los casos, con penas eficaces, proporcionadas y disuasivas.

-----

(N. de la T.: no se incluyen los Anexos 1 y 2, que corresponden a la Ley en inglés y español, respectivamente).

=====

SANTIAGO, CHILE, a 21 de junio de 2010.

ALEJANDRA VERGARA ZAPATA

TRADUCTORA