

VI. Informe sobre nueva Ley de Delitos Económicos (Ley 21.595)

Prof. Gonzalo Medina Schultz

El presente informe forma parte del material complementario de la capacitación sobre la nueva Ley de Delitos Económicos, brindada a la a la Defensoría Penal Pública el 11 de octubre de 2023.

I. Introducción

Con fecha 17 de agosto de 2023 entró en vigencia la Ley N° 21.595 de delitos económicos, e introduce esencialmente 5 modificaciones importantes:

- Determinación de catálogo de delitos económicos.
- Bajo ciertos criterios son aplicables a personas naturales, y siempre originan responsabilidad de la persona jurídica.
- Sistema de determinación de la pena y penas sustitutivas para personas naturales.
- Comiso de ganancias.
- Modificación e introducción de nuevos delitos.
- Modificaciones a la ley de responsabilidad penal de personas jurídicas.

A continuación, se revisan los principales aspectos de esta normativa.

II. Categorías de delito

La ley establece 4 categorías de delitos económicos, a saber:

1. Delitos considerados siempre como económicos por su naturaleza. Ej.: mercado de valores y CMF, libre competencia, sociedades anónimas, cohecho entre particulares.
2. Delitos que regulan la actividad económica. Ej.: delitos informáticos, delitos imprudentes contra la vida y la salud de las personas, delitos medioambientales, delitos tributarios, estafa, administración desleal, ley de propiedad intelectual.
3. Delitos de sujetos calificados. Ej.: falsificación de instrumento público, cohecho de funcionario público, malversación de caudales públicos.
4. Receptación y lavado de activos. En aquellos casos en el delito base además de estar contemplados en el tipo penal de receptación y en el art. 27 de la Ley de Lavado de Activos respectivamente, sea un delito económico contemplado en las categorías anteriores, o cuando el lavado de activos se comete como delito económico.

La primera categoría establece los delitos siempre calificables como económicos, esto es, aquellos que en todo caso se tratan como económicos, con independencia de los requisitos exigidos para las otras categorías de delitos susceptibles de ser calificados como económicos.

En cuanto a la extensa segunda categoría, ella pretende abarcar la mayoría de disposiciones penales que pueden ocurrir en las diversas formas de actividad económica. Su calificación como económicos depende, que el delito se haya cometido en el desempeño de un cargo, función o posición en una empresa; o en beneficio económico o de otra naturaleza para una empresa. La regulación no define expresamente el concepto de empresa. Esta fue una decisión expresa y no son aplicables conceptos establecidos en otros sectores del ordenamiento jurídico, como el laboral que en el artículo 3 del Código del Trabajo define la empresa, pero expresamente declara que solo para efectos de legislación laboral y de seguridad social. En principio, podría entenderse que los fines de lucro podrían ser una forma de caracterizar a la

empresa, pero ello no es un criterio que deba considerarse como decisivo, pues en grupos empresariales pueden convivir entidades con y sin fines de lucro, que en operaciones económicas intervengan de distinta forma, como por ejemplo fundaciones que entreguen donaciones, estando vinculadas a empresas que pretendan algún beneficio de ello.

Por lo anterior, no resulta conveniente cerrar una definición legal, sino que parece ser más apropiado dejar a tribunales la determinación en el contexto concreto de cada caso.

La tercera categoría se refiere a delitos con autor cualificado, en que interviene un tercero ajeno a la empresa. La disposición requiere que en la perpetración del hecho hubiere intervenido, en alguna de las formas previstas en los artículos 15 o 16 del Código Penal, alguien en ejercicio de un cargo, función o posición en una empresa, o cuando el hecho fuere perpetrado en beneficio económico o de otra naturaleza para una empresa.

La referencia a los artículos 15 y 16 del Código Penal pretende evitar una discusión sobre el contenido de la regulación general de autoría y participación en el Código Penal, pues, al hacer referencia a las disposiciones legales pertinentes, no parece relevante la clasificación conceptual de las diversas formas de intervención punible contempladas en esas normas.

Finalmente, se contempla una cuarta categoría referida al delito de receptación y al de lavado de activos, en aquellos casos en que los bienes provengan de un delito catalogable como económico, o bien, que los delitos de receptación o de lavado se perpetren concurriendo los requisitos para ser considerado como económico, esto es, el contexto empresarial y los requisitos adicionales de las categorías 2, 3 y 4 que ahora se revisan:

- Se requiere en primer lugar una condición subjetiva, consistente en que las personas penalmente responsables conforme a las reglas generales hayan tenido además conocimiento, al momento de la comisión del hecho, de la concurrencia de las circunstancias a que se refieren los artículos 2º, 3º o 4º, o sea, de los hechos que fundamentan la conexión relevante con una empresa.
- En segundo lugar, una condición objetiva, consistente en que se trate de una empresa mediana o de una gran empresa, conforme a

los criterios del artículo segundo de la Ley 20.416, debiendo tenerse en cuenta que si la entidad es parte de un grupo de empresas, se considera el tamaño del grupo completo.

Que sean considerados económicos trae consigo una serie de consecuencias para las personas naturales que pueden verse involucradas en la eventual comisión de alguno de los delitos.

De especial relevancia resulta la consideración del artículo 5° de la ley de delitos económicos, en cuanto a la operación del principio de ne bis in idem en la ley de delitos económicos. Dicha disposición indica que:

Artículo 5.- Doble consideración de circunstancias. La concurrencia de cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 2, 3 y 4 producirá el efecto de que se considere el hecho respectivo como delito económico, aunque la ley que lo prevé la haya expresado al describirlo y penarlo, o aunque sea de tal manera inherente al delito que sin su concurrencia no pueda cometerse.

Si bien una primera lectura podría indicar que esta norma tiene conflictos con la regla de prohibición de doble valoración, ello requiere de algunas precisiones. En primer lugar, el estatuto completo de delitos económicos constituye una agrupación de hechos delictivos con la concurrencia de ciertos rasgos especiales, los nexos de conexión que convierten a un delito en económico, no puede estimarse en si la consideración de un delito como económico sin más una forma de agravación de responsabilidad, sino solo el sometimiento a una serie de reglas especiales, que pueden resultar más o menos gravosas que el régimen común aplicable al responsable de un delito. Así, por ejemplo, el sistema de días multa puede ser más beneficioso que el sistema general de multas y existen atenuantes no existentes en sistema general que pueden beneficiar a un condenado. Establecido eso, la prohibición de doble valoración subsiste en ciertos casos, como por ejemplo la agravante muy calificada por perjuicio del artículo 16 2ª a) de la ley de delitos económicos, cuando el perjuicio supere las 40.000 UTM no puede ser aplicada en los casos en que para la graduación de la pena se tome el mismo criterio en consideración, como lo prevé el inciso final del artículo 467 en materia de delitos patrimoniales. Lo anterior sin perjuicio de considerar la concurrencia de la agravante muy calificada para efectos del régimen de pena sustitutiva.

En el mismo sentido, el delito del artículo 134 de la ley de sociedades anónimas puede ser cometido por directores, gerentes, administradores o ejecutivos principales, puede darse un caso de identidad formal entre el elemento de autoría descrito por el tipo penal con la agravante muy calificada del artículo 16 1ª a) de la ley de delitos económicos, caso en el cual la agravante muy calificada no tendría efecto en la determinación de la entidad de la sanción penal, pero se reitera que ha de considerarse para efectos del régimen de penas sustitutivas.

De ese modo, se puede apreciar que ha de distinguirse a efectos de la prohibición de doble valoración, la mera adscripción al régimen de delitos económicos de un caso concreto, de las reglas de aplicación de *ne bis in idem* en respecto de circunstancia de los delitos y posibles modificatorias de responsabilidad.

III. Nuevo sistema de establecimiento de penas para personas naturales

La ley consagra nuevas reglas para establecer las penas concretas aplicables a las personas responsables de delitos económicos. Esto significa que, si bien los delitos tienen asignado legalmente un marco punitivo abstracto, (por ejemplo, presidio menor en su grado medio, de 541 días a 3 años de privación de libertad), para la determinación de la pena en el caso concreto, el juez deberá considerar para cada persona, circunstancias atenuantes y agravantes especiales, según las reglas que a continuación se exponen:

1. Atenuantes y agravantes

La ley formula, para los delitos económicos, una serie de circunstancias específicas para atenuar o agravar la pena concreta. De esa forma, las atenuantes y agravantes del Código Penal genéricas para todo delito no son aplicables, sino que son las aquellas especiales de la ley. Tanto nuevas atenuantes como agravantes pueden ser simples o calificadas.

Es menester aclarar que, en el caso de las atenuantes y agravantes, estas están fundadas en la idea de mayor reproche de culpabilidad o mayor entidad del daño. En ambos casos, existen disposiciones que contemplan diversas hipótesis de configuración de la atenuante o agravantes, sea simple

o calificada. Lo relevante, es tener en cuenta que solo se puede configurar una atenuante y una agravante (simple o calificada) por culpabilidad y una sola por daño. De esa forma, la concurrencia de varios supuestos que dan lugar, por ejemplo, a la atenuante simple de culpabilidad disminuida, solo dan lugar a afirmar la existencia de una única atenuante simple de culpabilidad disminuida.

Así, si el autor no busca obtener provecho económico del delito y estando en una posición superior o intermedia solo se limita a omitir la realización de una acción que habría impedido el delito, para efectos de determinación de pena, cuenta solo con la atenuante simple de culpabilidad disminuida y no con dos atenuantes de esa clase.

A continuación, se indican las circunstancias:

a) Atenuantes simples

Como se indicó las nuevas atenuantes puede ser simples o calificadas. Las nuevas atenuantes simples están en el artículo 13 de la ley:

Artículo 13.- Atenuantes. Son circunstancias atenuantes de un delito económico las siguientes:

1.a La culpabilidad disminuida del condenado, establecida siempre que concurra cualquiera de los siguientes supuestos:

a) El condenado no buscó obtener provecho económico de la perpetración del hecho para sí o para un tercero.

b) El condenado, estando en una posición intermedia o superior al interior de una organización, se limitó a omitir la realización de alguna acción que habría impedido la perpetración del delito, sin favorecerla directamente.

2.a Que el hecho haya ocasionado un perjuicio limitado. Se entenderá que ello tiene lugar cuando el perjuicio total supere las 40 unidades tributarias mensuales y no pase de 400, sin que se aplique lo dispuesto en el literal b) de la circunstancia 2.a del artículo 16.

En las atenuantes simples, existen dos supuestos de configuración de la atenuante: Por un lado, alguna de las 2 hipótesis de culpabilidad disminuida; o bien, la única hipótesis de perjuicio limitado.

Aquí cabe hacer mención a dos aspectos significativos. El primero es que la estructura de la atenuante de culpabilidad disminuida da cuenta de que se trata de hipótesis múltiples de configuración de la atenuante. A modo ejemplar, si el condenado no busco provechó y se limitó a omitir alguna acción que hubiese impedido la perpetración del delito, solo se configurará una atenuante simple por culpabilidad disminuida y no dos, pues la concurrencia de una o más de estas hipótesis de atenuante por culpabilidad significarán la concesión de una circunstancia atenuante.

Particular relevancia tiene la nueva atenuante de la letra b) del número 1 del artículo 13, que se refiere a la responsabilidad atenuada de aquel que, sin favorecer directamente la perpetración del delito, no realice alguna acción que hubiere impedido la comisión de éste.

Claramente se trata de una regla que resuelve la consecuencia penológica del tratamiento de la omisión frente a la conducta activa. Con todo, esta cláusula de atenuación de responsabilidad debe ser entendida con todos los componentes propios de la responsabilidad por omisión impropia, esto es, exigiendo entre sus elementos la concurrencia de un deber jurídico de actuación en el caso concreto, respecto del sujeto al que se le reprocha penalmente su inactividad, lo que suele ser tratado en la doctrina bajo el concepto de posición de garante. Por cierto, en ese elemento no se agotan las exigencias de una omisión impropia, sino que requiere la comprobación de los restantes elementos, tales como la posibilidad fáctica y normativa de realizar la acción salvadora, y la construcción de una cuasi causalidad entre inactividad y resultado.

b) Atenuantes muy calificadas

Artículo 14.- Atenuantes muy calificadas. Son circunstancias atenuantes muy calificadas de un delito económico las siguientes:

1.a La culpabilidad muy disminuida del condenado, establecida siempre que concurra cualquiera de los siguientes supuestos:

- a) El condenado actuó en interés de personas necesitadas o por necesidad personal apremiante.
- b) El condenado tomó oportuna y voluntariamente medidas orientadas a prevenir o mitigar sustancialmente la generación de daños a la víctima o a terceros.

c) El condenado actuó bajo presión y en una situación de subordinación al interior de una organización.

d) El condenado actuó en una situación de subordinación y con conocimiento limitado de la ilicitud de su actuar.

2.a Que el hecho haya tenido una cuantía de bagatela. Se entenderá especialmente que ello es así, cuando:

a) El perjuicio total irrogado no supere 40 unidades tributarias mensuales.

b) Concurra cualquiera de las causales atenuantes señaladas en el inciso primero del artículo 111 del Código Tributario, respecto de delitos económicos que constituyan infracción a las normas tributarias.

En el mismo sentido de la regulación de las atenuantes simples, las atenuantes calificadas se estructuran bajo las hipótesis de culpabilidad muy disminuida y de menor daño en caso de delitos de bagatela, según el monto de perjuicio producido, además de la regla especial del inciso primero del artículo 111 del Código Tributario que se refiere a los casos en que el hecho punible no haya acarreado perjuicio al interés fiscal, como también el haberse pagado el impuesto debido, sus intereses y sanciones pecuniarias.

La primera circunstancia de atenuación muy calificada que merece dedicar aquí algunas palabras es la de la letra a). Se trata de una forma de estado de necesidad imperfecto, que requiere en primer lugar la concurrencia respecto del autor de una situación de necesidad, que el autor o terceros hayan estado en peligro de sufrir daños a los que se opone la perpetración del delito. Se requiere esencialmente la fundamentación subjetiva, en cuanto a que el autor razonablemente se haya representado la situación de necesidad concurrente, pues se trata de una atenuación de responsabilidad por un déficit de culpabilidad del autor, no de una justificante de la conducta, a diferencia de los test de proporcionalidad exigidos por el estado de necesidad como se encuentra regulado en el Código Penal.

En el mismo sentido, la acción típica realizada por el autor, debe haber sido considerada como idónea para el autor a fin de precaver los daños evitados por medio de la comisión del delito, tratándose de una situación apremiante, que ha de ser entendida en términos de la subsistencia económica del potencial afectado, de no media la realización de la acción típica.

En cuanto a la atenuante de la letra b), referida a los casos en que el condenado adoptó oportuna y voluntariamente medidas orientadas a

prevenir o mitigar sustancialmente los daños a víctimas o terceros. Esta norma recoge en parte la clásica idea de la reparación celosa del mal causado, con una terminología más moderna y acorde al fenómeno de la criminalidad corporativa.

En tal sentido, hay dos cuestiones que la ley no resuelve de manera expresa, pero que son determinantes para la afirmación de la concurrencia de esta circunstancia atenuante muy calificada. Una, es la cuestión de la oportunidad, y la otra, el rasgo de sustancial de la prestación efectuada por el autor. Ambas cuestiones deben ser leídas de manera conjunta e interpretadas teleológicamente, de tal forma que la verificación del supuesto de procedencia de la atenuante muy calificada debe estar orientado a una subsanación relevante respecto del objeto material del delito y la entidad del resultado producido, cuestión que debe ser determinada bajo criterios de proporcionalidad, con base en las particularidades de cada caso concreto.

Entre las atenuantes muy calificadas, cobra especial relevancia dogmática la de la letra d) de la circunstancia 1ª del artículo 14, que aborda un problema tradicional y propio de las actuaciones en contextos empresariales, esto es, el conocimiento parcial del injusto de la conducta realizada por el autor, pues la disposición exige adicionalmente que el sujeto se encuentre en una posición de subordinación.

Por esta vía, encuentra entre nosotros lugar la discusión sobre el efecto de error de prohibición, en el sentido de entender que la norma de atenuación propuesta está destinada a recoger los casos de error vencible, mientras que el error invencible debería tratarse como una causa de ausencia de responsabilidad penal.

c) Agravantes simples

Artículo 15.- Agravantes. Son circunstancias agravantes de un delito económico las siguientes:

1.a La culpabilidad elevada del condenado, establecida siempre que concurra cualquiera de los siguientes supuestos:

a) El condenado participó activamente en una posición intermedia en la organización en la que se perpetró el delito. En el caso de organizaciones privadas o de empresas o universidades del Estado, se entenderá que el

condenado se encuentra en una posición intermedia cuando ejerce un poder relevante de mando sobre otros en la organización, sin estar en una posición jerárquica superior. Este supuesto no será aplicable tratándose de medianas empresas conforme al artículo segundo de la ley N° 20.416. Tratándose de órganos del Estado, se entenderá que el condenado se encuentra en una posición intermedia cuando ejerce un poder relevante de mando sobre otros en la organización, sin estar en alguna de las situaciones previstas en el número 1° del artículo 251 quinquies del Código Penal, aunque no haya sido condenado por alguno de los delitos allí mencionados.

b) El condenado ejerció abusivamente autoridad o poder al perpetrar el hecho.

c) El condenado había sido sancionado anteriormente por perpetrar un delito económico.

d) El condenado por delito económico constitutivo de infracción a las normas tributarias se encuentra en cualquiera de las situaciones señaladas por los incisos segundo y tercero del artículo 111 del Código Tributario.

2.a Que el hecho haya ocasionado un perjuicio o reportado un beneficio relevante. Se entenderá que ello tiene lugar cuando el perjuicio o beneficio agregado total supere las 400 unidades tributarias mensuales y no supere las 40.000, sin que se aplique alguno de los casos de la circunstancia 2.a del artículo 16.

En el caso de las agravantes simples, el mayor reproche de culpabilidad esta dado en primer lugar por la participación en el delito ostentando una posición jerárquica intermedia, en los términos que lo define la misma disposición y que restringe la aplicación de esta agravante a las grandes empresas únicamente. Como se verá, ello es complementario del primer caso de agravante muy calificada, referido a la posición jerárquica superior.

El otro supuesto que requiere una mención especial es la circunstancia de reincidencia como agravante simple, la cual es una reincidencia específica, por cuanto solo se configura por una condena previa por un delito que conforme a la reglas generales de la ley haya sido catalogado como económico en la condena, con lo cual se restringe significativamente el alcance de la reincidencia en el contexto de criminalidad corporativa.

Nuevamente hay una referencia especial a la fundamentación de un mayor reproche penal en el marco de la comisión de delitos tributarios, por medio

de la consideración de las agravantes de los incisos 2° y 3° del artículo 111 del Código Tributario, como una hipótesis más que permite la afirmación de la circunstancia agravante simple de culpabilidad elevada. Esos supuestos de agravantes son que se haya utilizado, para la comisión del hecho punible, asesoría tributaria, documentación falsa, fraudulenta o adulterada, o se haya concertado con otros para realizarlo. Igualmente constituirá circunstancia agravante de responsabilidad penal en materia tributaria, que el autor, teniendo la calidad de productor, no haya emitido facturas, facilitando de este modo la evasión tributaria de otros contribuyentes.

d) Agravantes calificadas

Artículo 16.- Agravantes muy calificadas. Son circunstancias agravantes muy calificadas de un delito económico las siguientes:

1.a La culpabilidad muy elevada del condenado, establecida siempre que concurra cualquiera de los siguientes supuestos:

a) El condenado participó activamente en una posición jerárquica superior en la organización en la que se perpetró el delito. Tratándose de organizaciones privadas o de empresas o universidades del Estado, se entenderá que el condenado se encuentra en una posición jerárquica superior en la organización cuando ejerza como gerente general o miembro del órgano superior de administración, o como jefe de una unidad o división, sólo subordinado al órgano superior de administración, así como cuando ejerza como director, socio administrador o accionista o socio con poder de influir en la administración. En el caso de los delitos a los que se refiere el artículo 1, esta agravante sólo será aplicable respecto de quienes intervinieren en el hecho en ejercicio de un cargo, función o posición en una empresa cuyos ingresos anuales sean iguales o superiores a los de una mediana empresa conforme al artículo segundo de la ley No 20.416, o cuando lo fuere en beneficio económico o de otra naturaleza de una empresa que tenga esa condición. Tratándose de organizaciones públicas, se entenderá que el condenado se encuentra en una posición jerárquica superior cuando se encontrare en alguna de las situaciones previstas en el número 1o del artículo 251 quinquies del Código Penal, aunque no haya sido condenado por alguno de los delitos allí mencionados.

b) El condenado ejerció presión sobre sus subordinados en la organización para que colaboraran en la perpetración del delito.

2.a Que el hecho haya ocasionado un perjuicio muy elevado. Se entenderá que ello tiene lugar en las siguientes circunstancias:

- a) Cuando el hecho haya ocasionado perjuicio a personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que en total supere las 40.000 unidades tributarias mensuales, o haya reportado un beneficio de esta cuantía.
- b) Cuando el hecho haya afectado el suministro de bienes de primera necesidad o de consumo masivo.
- c) Cuando el hecho haya afectado abusivamente a individuos que pertenecen a un grupo vulnerable.
- d) Cuando concurrieren las circunstancias previstas en el número 2º del artículo 251 quinquies o en el artículo 260 ter del Código Penal.

En cuanto a las circunstancias agravantes muy calificadas, se presentan diversas hipótesis tanto por culpabilidad muy elevada, como por perjuicio muy elevado. A la primera categoría pertenece que el autor haya participado activamente en la perpetración del delito, teniendo una posición jerárquica superior en la empresa, en los términos que se define en la propia disposición y que solo aplica en el caso de los delitos considerados siempre como económicos, cuando se trate de una mediana o gran empresa.

En cuanto al perjuicio muy elevado, más allá de criterio de entidad económica del perjuicio o beneficio reportado, la disposición contempla también algunos supuestos de hecho que permiten afirmar el perjuicio muy elevado.

Así, por ejemplo, la afectación del suministro de bienes de primera necesidad o consumo masivo da cuenta de que ciertos objetos del delito perpetrado son razón suficiente para una agravante muy calificada por perjuicio.

La calidad de las víctimas afectadas puede constituir también un caso de perjuicio muy elevado, en la afirmación de la afectación de un colectivo que puede ser calificado como grupo vulnerable, cuestión que la ley no ha definido y será objeto de debate en sede judicial. Los criterios para establecer la idea de grupo vulnerable deberían pasar por una determinación en el caso concreto, más que por un listado de grupos que se pudieren enumerar y dependerá del delito en concreto cometido y sus efectos. Se puede entender que un grupo puede ser vulnerable por ciertos rasgos que se pueden afirmar de cierto grupo, como el caso de personas que sufran determinadas condiciones médicas, personas en situación de vulnerabilidad económico y

en el debate legislativo se mencionó la categoría de migrantes. Sin embargo, la sola consideración de características de las víctimas no puede ser el único criterio definitorio, sino que la vulnerabilidad puede darse en el caso concreto por el contexto económico/social de las personas afectadas. Un ejemplo que propone Willenmann es el de caso de personas en atención de urgencia médica, en los cuales los afectados no poseen condiciones personales o estructurales permanentes de vulnerabilidad, sino que la situación concreta de interacción económica los pone en esa situación de vulnerabilidad en el concreto ámbito de interacción económica.

e) Cooperación eficaz

Resulta importante destacar también entre las circunstancias atenuantes la cooperación eficaz (art. 64 LDE), esto es la colaboración del imputado con la investigación aportando antecedentes para esclarecer el delito, identificar responsables o impedir la comisión de delitos. Constituye una atenuante muy calificada, sin perjuicio de aquellas reglas especiales que determinan los efectos de la delación en materia de libre competencia y de mercado de valores. De esta manera, de concurrir esta circunstancia se considera que existe una atenuante muy calificada en la generalidad de los delitos económicos, sin perjuicio de las reglas especiales en materia de libre competencia y procedimientos seguidos ante la Comisión para el Mercado Financiero.

Dados estos factores, las atenuantes y agravantes simples permiten al juez decidir que pena aplicar en el marco que la ley ha fijado, mientras que atenuantes y agravantes calificadas, permiten al juez subir o bajar de los marcos legales.

IV. Reglas especiales de determinación de la pena

Las reglas de determinación de pena en la LDE pueden clasificarse en dos categorías, las de determinación legal que dependen de la concurrencia de circunstancias modificatorias agravantes y atenuantes muy calificadas, y reglas de determinación judicial de la pena, donde lo decisivo es el establecimiento de la concurrencia de circunstancias agravantes y atenuantes simples de responsabilidad penal previstas en la LDE.

a. Las reglas de determinación legal

Artículo 17.- Efectos de las atenuantes y agravantes. En caso de concurrir una atenuante muy calificada respecto de un marco penal que incluya una pena de presidio o reclusión de un solo grado, éste se aplicará en su mínimo. De estar compuesto de dos o más grados, no se aplicará el grado superior.

De concurrir dos o más atenuantes muy calificadas respecto de un delito cuyo marco esté compuesto por un solo grado, éste se rebajará en un grado. De estar compuesto de dos o más grados, el marco se fijará en el grado inmediatamente inferior al grado más bajo del marco legal.

En caso de concurrir una agravante muy calificada respecto de un marco penal que incluya una pena de presidio o reclusión de un solo grado, éste se aplicará en su máximo. De estar compuesto de dos o más grados, no se aplicará el grado inferior.

De concurrir dos o más agravantes muy calificadas respecto de un delito cuyo marco esté compuesto por un solo grado, éste se incrementará en un grado. De estar compuesto de dos o más grados, el marco se fijará en el inmediatamente superior al grado más alto del marco legal.

De concurrir atenuantes muy calificadas y agravantes muy calificadas, el tribunal deberá compensarlas en consideración a su número. En caso de que concurren en igual número, no producirán efecto de atenuar o agravar la pena.

La norma del artículo 17 se refiere a los efectos de circunstancias atenuantes y agravantes muy calificadas, las que tiene efectos en los marcos penales aplicables por el juez. De esa manera la concurrencia de esta clase de circunstancias modificatorias tiene efecto en las restricciones de rango según mínimo y máximo de los marcos penales de penas privativas de libertad divisibles que puede imponer el juez. Asimismo, la concurrencia de esta clase de circunstancia, dependiendo del número de ellas, puede determinar que el juez se encuentre obligado a subir o bajar en el marco penal pertinente.

La regla de determinación legal, a diferencia del sistema general del Código Penal, elimina la discusión sobre lo facultativo de rebajas y alzas de penas, estableciendo claros mandatos para el juez. Ello no es menor al momento de examinar la posibilidad de recursos de nulidad por errónea aplicación del derecho, en caso de que la sentencia infrinja las reglas imperativas de alzas y bajas previstas.

Adicionalmente y dado el sistema de concurrencia de atenuantes y agravantes, se ha optado por un sistema de compensación numérica, propia de un sistema que se estructura en el eje de mayor reproche por culpabilidad o por daño.

b. La regla de determinación judicial

El artículo 18 de la LDE dispone la regla de determinación judicial en caso de delitos económicos, que reemplaza al artículo 69 del Código Penal.

Artículo 18.- Determinación judicial de la pena. Dentro de los límites de cada grado el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención a la concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes previstas en los artículos 13 y 15, a la mayor o menor intensidad de la culpabilidad del responsable y a la mayor o menor extensión del mal que importe el delito.

En el caso de la determinación judicial de la pena, son esenciales la circunstancias modificatorias atenuantes y agravantes simples de la LDE. De tal forma, que es con base en esas atenuantes, dentro del marco ya fijado por la aplicación de las reglas de determinación legal, que corresponde al juez fijar el quantum exacto de la pena. Ello debería implicar una mayor precisión en las penas aplicables a cada sujeto en particular.

La disposición también menciona en específico la culpabilidad del responsable, cuestión que permite al juez abarcar algunas circunstancias del hechor que no son comprendidas por las reglas de atenuantes y agravantes de la LDE, pero que de todas maneras pueden incidir en el juicio de reproche concreto, como los casos de conocimiento limitado de la ilicitud en un sujeto no subordinado.

Por último, al igual que en el artículo 69 del Código Penal, se hace referencia a la “extensión del mal causado”, donde no existe ninguna reflexión novedosa a propósito de la LDE, sino la misma consideración válida para ambas dispo-

siciones, de los problemas de infracción al ne bis in ídem y la improcedencia de considerar daños extratípicos como criterio que funda la sanción.

Siguiendo el mismo ejemplo planteado previamente en torno al delito de corrupción entre particulares, en el caso del trabajador que fuere condenado por este ilícito que ostentaba una posición intermedia al interior de la organización, y limitándose su participación a omitir alguna acción para impedir el hecho, podría ser beneficiado con una atenuante simple, que luego de la rebaja de un grado determinada legalmente por la concurrencia de dos atenuantes muy calificadas, el juez podrá considerar esta atenuante para imponer una pena menor, siempre dentro del grado de presidio menor en su grado mínimo. Lo mismo para agravar la pena en el caso del gerente general, siempre dentro del grado respectivo.

Para ejemplificar el funcionamiento de las reglas, si pensamos en un delito de corrupción entre particulares, donde el delito tiene asignada una pena de 541 días a 3 años de presidio menor en su grado medio, y concurren dos atenuantes muy calificadas (pensemos en el trabajador de una empresa que actuó bajo presión y en situación de subordinación, y que además cooperó eficazmente), el juez deberá rebajar la pena en un grado, a presidio menor en su grado mínimo, de 61 días a 540 días.

En cambio, si concurren dos agravantes muy calificadas (gerente general de una compañía, que ostenta una posición jerárquica e interviene activamente, y que el beneficio reportado a la empresa favorecida en la contratación por este hecho supere las 40.000 UTM) el juez deberá subir el marco punitivo en un grado a presidio menor en su grado máximo, esto es, entre 3 años y un día a 5 años.

V. Las penas sustitutivas

La ley establece que, bajo ciertas condiciones, las penas privativas de libertad pueden ser cumplidas por medio de una forma alternativa. Entre esas formas alternativas esta la remisión condicional y la reclusión parcial. Se elimina del catálogo de penas aplicables a los delitos económicos, la pena sustitutiva de libertad vigilada (común y especial) y se introduce la reclusión parcial diurna, de fin de semana y nocturna

1. Remisión condicional

Para su imposición es requisito que la pena a imponer no exceda de 3 años, y que concurra una atenuante muy calificada, además de no haber sido condenado anteriormente, sin considerar aquellas condenas cumplidas por crimen o simple delito, 10 o 5 años antes de la perpetración del hecho. El cambio fundamental, como se puede apreciar, es la nueva exigencia de concurrencia de una atenuante muy calificada

2. Reclusión parcial en domicilio, diurna o de fin de semana

Requiere que la pena no exceda de 3 años, que en el caso no sea aplicable una agravante muy calificada, además de no haber sido condenado anteriormente, sin considerar aquellas condenas cumplidas por crimen o simple delito, 10 o 5 años antes de la perpetración del hecho. Adicionalmente que existan antecedentes personales que justifiquen esta forma de cumplimiento

3. Reclusión parcial en establecimiento especial, la cual puede ser diurna, de fin de semana o nocturna

Requiere para su procedencia que la pena aplicada sea superior a 2 años y menor a 5 años, además de que el caso no concurra una agravante muy calificada, y no haber sido condenado anteriormente, sin que se consideren condenas cumplidas por crimen o simple delito en los 10 o 5 años previos respectivamente. También, se exigen antecedentes personales que justifiquen esta forma de cumplimiento.

Siguiendo el mismo ejemplo utilizado anteriormente, en el caso del trabajador condenado por el delito de corrupción entre particulares, beneficiado por dos circunstancias atenuantes muy calificadas, este podrá ser merecedor de la pena de remisión condicional, en el caso de no haber sido condenado anteriormente por delitos económicos. No obstante, si no hubiere sido beneficiado con una atenuante muy calificada, a pesar de que la pena asignada al delito es de presidio menor en su grado medio (541 días a 3 años), sólo podría optar a la pena de reclusión parcial en domicilio, diurna o de fin de

semana, o bien, la reclusión parcial en establecimiento especial, también en estas tres modalidades.

VI. Pena de multa y otras penas

Adicionalmente, se establecen nuevas penas de inhabilitaciones, tanto para ejercer cargos públicos como cargos gerenciales, además de prohibiciones de contratar con el Estado. Estas penas son accesorias a la imposición de penas privativas de libertad. En cuanto a la pena de multa, se introduce el sistema de días multa. Este sistema implica que la pena de multa ya no esta asociada a montos fijos como sucede en la mayoría de los delitos, como por ejemplo de 100 a 1000 UTM. Este sistema rige, salvo que la ley contemple un sistema especial de multas, que resulte más severo que el de días multa.

El principio es, que todo delito económico lleva siempre asociada una pena de multa, la cual se determina del siguiente modo: Si una persona es condenada a 3 años de presidio menor en su grado medio, esto determina una condena entre 51 a 100 días de multa.

El valor de cada día multa se fija dependiendo del cálculo del ingreso diario promedio líquido que el condenado haya tenido en el último año, antes de que la investigación por el delito se dirija en su contra, y no puede ser inferior a media UTM o superior a 1000 UTM.

En caso de que el ingreso líquido diario sea considerablemente desproporcionado al patrimonio del condenado, se puede aumentar hasta en 2 veces el valor del día multa.

En todo caso, si la persona ha pagado en sede administrativa una multa por los mismos hechos, lo pagado se abonará a la condena en sede penal, según dispone la regla de ne bis in ídem mencionada más adelante.

Pena de multa - tramos

Prisión: 1 a 10 días-multa.

Presidio o reclusión menor en su grado mínimo: 11 a 50 días multa.

Presidio o reclusión menor en su grado medio: 51 a 100 días-multa.

Presidio o reclusión menor en su grado máximo: 101 a 150 días-multa.

Presidio o reclusión mayor en su grado mínimo: 151 a 200 días-multa.

Presidio o reclusión mayor en su grado medio: 201 a 250 días-multa.

Presidio o reclusión mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado: 251 a 300 días-multa.

Si la ley solo prevé para el delito respectivo la aplicación de una multa o de una pena no privativa de libertad, el número de días-multa será establecido en el marco aplicable a delitos castigados con prisión.

En caso de ser aplicable el artículo 74 del Código Penal, la multa total no podrá exceder de 300 días-multa

VII. Inhabilitaciones

- a. **Inhabilitación para el ejercicio de cargos u oficios públicos**
- b. **Inhabilitación para el ejercicio de cargos gerenciales**

La inhabilitación para el ejercicio de cargos gerenciales afecta del mismo modo la capacidad del condenado para desempeñarse como director o ejecutivo principal en cualquier entidad incluida en el artículo 3 del decreto ley N° 3.538, de 1980, que crea la Comisión para el Mercado Financiero, o en una empresa del Estado o en que éste tenga participación mayoritaria.

- c. **Inhabilitación para contratar con el Estado**

La inhabilitación para contratar con el Estado impide al condenado contratar con cualquiera de sus órganos o servicios reconocidos por la Constitución Política de la República o creados por ley, con cualquiera de los órganos o empresas públicas que conforme a la ley constituyen al Estado y con las empresas o sociedades en las que el Estado participe con al menos la mitad de las acciones que comprenden su capital, de los derechos sociales o de los derechos de administración.

La inhabilitación para contratar con el Estado produce también la extinción de pleno derecho de los efectos de los actos y contratos que el Estado haya celebrado con el condenado y que se encuentren vigentes en el momento de la condena.

La inhabilitación no comprende los actos y contratos relativos a las prestaciones personales de salud previsional o seguridad social, ni los servicios básicos que el Estado ofrece indiscriminadamente a la población.

Si se impusiere la inhabilitación para contratar con el Estado a una persona natural, ninguna sociedad, fundación o corporación en la que el condenado fuere directa o indirectamente socio, accionista, miembro o partícipe con poder de influir en la administración podrá contratar con el Estado mientras el condenado mantenga su participación en ella.

VIII. Regla de *ne bis in idem* para multas e inhabilitaciones

Como se mencionó previamente el artículo 78 bis dispone lo siguiente:

Con todo, el monto de la pena de multa pagada será abonado a la multa no constitutiva de pena que se imponga al condenado por el mismo hecho. Si el condenado hubiere pagado una multa no constitutiva de pena como consecuencia del mismo hecho, el monto pagado será abonado a la pena de multa impuesta.

La extensión de la suspensión o inhabilitación impuesta al condenado como consecuencia adicional a la pena será deducida de la extensión de la suspensión o inhabilitación de la misma naturaleza que fuere impuesta como sanción administrativa o disciplinaria. Si el condenado hubiere sido sometido a una suspensión o inhabilitación como sanción administrativa o disciplinaria, la extensión de ésta será deducida de la suspensión o inhabilitación de la misma naturaleza que se le impusiere.

Esta regla dispone una consideración de los efectos de las sanciones pecuniarias y de inhabilitaciones dispuestas en sedes distintas a la penal, permitiendo el abono de una sede a la otra.

Es una clara manifestación del principio *ne bis in idem* en materia penal y probablemente la primera consagración nítida del principio en nuestro ordenamiento jurídico penal. Solo debe tenerse en consideración los problemas que pueda ocasionar que los cargos en sede administrativa sean más amplios que la imputación penal, sin que exista un desglose de la multa en sede no penal de los distintos títulos sancionatorios.

Ello puede traer aparejada una discusión sobre el alcance de la imputación de la multa en sede no penal a la sede penal, cuestión que queda abierta a su resolución práctica.

IX. Modificaciones a la Ley de responsabilidad penal de personas jurídicas

La Ley de delitos económicos modifica diversos aspectos de la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas. A continuación, se mencionan los aspectos más relevantes de esos cambios, los cuales debe tenerse presente que comenzarán a regir 1 año después de publicada la ley.

1. Ampliación de delitos y personas jurídicas destinatarias

Actualmente las personas jurídicas de derecho privado, con o sin fines de lucro, así como las empresas del Estado responden por aproximadamente 30 delitos. Bajo la nueva ley, las personas jurídicas, con independencia de su tamaño, esto es desde micro a gran empresa, responderán penalmente por la totalidad de los delitos que pueden considerarse económicos.

Esto trae aparejado que las empresas deben hacerse cargo de los riesgos potenciales de muchos más delitos, sin perjuicio de que no se trata en modo alguno de los 200 delitos que contempla el listado de delitos económicos, sino de aquellos propios de los procesos de cada empresa. Además, se incluye entre las personas jurídicas que responden según la ley, a los partidos políticos, universidades del Estado y personas jurídicas religiosas de derecho público.

2. Modificación del sistema de imputación penal

La ley señala nuevas condiciones bajo las cuales responde una persona jurídica, estas son:

El delito debe ser perpetrado en el marco de la actividad de la empresa por una persona que:

- Desempeñe un cargo, función o posición en ella.
- Le preste servicios, gestionando asuntos suyos frente a terceros, con o sin su representación.
- Pertenezca a otra persona jurídica que:
 - le preste servicios gestionando asuntos suyos frente a terceros, con o sin su representación
 - carezca de autonomía operativa a su respecto, cuando entre ellas existan relaciones de propiedad o participación.

Para resumir lo indicado, la empresa responde si una persona comete un delito, enmarcado en las actividades que la empresa desarrolla y esa persona tiene un cargo en la persona jurídica, es un tercero que actúa gestionando asuntos para la empresa o pertenece a otra empresa que gestiona asuntos para la persona jurídica eventualmente responsable.

El caso adicional es cuando quién comete el delito, pertenece a otra empresa que no tenga autonomía operativa respecto de la empresa responsable, y existan entre ellas relaciones de propiedad o participación. Con ello se abarca los casos de grupos de empresas, en que se puedan producir delitos de forma coordinada entre matrices y filiales.

Para ejemplificar el alcance, la empresa podría ser penalmente responsable si un tercero, persona natural o jurídica, que presta servicios de gestión y disposición de residuos, realiza su actividad de forma inadecuada generando un impacto grave en un componente del medio ambiente. La empresa puede ser responsable si no tomó los resguardos necesarios para prevenir que eso sucediera.

Por último, cabe mencionar que con la modificación de la ley, en caso de que la persona jurídica sea la víctima del delito, no responderá penalmente. Sin embargo, no se requiere que el delito necesariamente beneficie a la persona jurídica para que ella sea penalmente responsable.

3. El modelo de cumplimiento

En cuanto al modelo de cumplimiento, se establece algunas novedades. La primera es que se dispone expresamente que un modelo efectivamente implementado, es adecuado para eximir de responsabilidad penal a la empresa, aún cuando se haya cometido un delito.

Lo segundo, se refiere a como debe concretarse el modelo de cumplimiento. Esto es, que el modelo es adecuado cuando, en la medida exigible a su objeto social, giro, tamaño, complejidad, recursos y a las actividades que desarrolle haya desarrollado seriamente los siguientes aspectos:

1. Identificación de las actividades o procesos de la persona jurídica que impliquen riesgo de conducta delictiva.
2. Establecimiento de protocolos y procedimientos.
3. Asignación de uno o más sujetos responsables.
4. Evaluaciones periódicas por terceros independientes

Esto significa, que el modelo de prevención no debe hacerse cargo de todos los delitos económicos, sino solo de aquellos riesgos que son propios de sus procesos como empresa.

Lo determinante es levantar los procesos relevantes propios del giro y actividades de la empresa, revisar los riesgos relacionados con delitos en esos procesos y examinar si los controles existentes están correctamente diseñados e implementados y si los respectivos encargados de esos controles están conscientes del deber que aplicar el respectivo control.

4. Sanciones

En cuanto a las sanciones que pueden disponerse en contra de las personas jurídicas, existen algunas innovaciones que vale la pena mencionar. En primer lugar, a menos que la ley establezca un método especial de cálculo de la pena de multa, como ocurre con los delitos tributarios, se aplicará el sistema de días-multa antes mencionado. El día-multa no podrá ser inferior a 5 UTM ni superior a 5.000 UTM. El mínimo de días multa es 2 y el máximo es 400. Cada pena de multa que imponga el tribunal será determinada en el número de días-multa que comprenda y su valor. Aún en caso de aplicarse los artículos 74 del Código Penal o 351 del Código Procesal Penal podrán imponerse una o más penas de multa que en conjunto excedan de 600 días-multa.

Al igual que en el caso de personas naturales, si la empresa ha pagado en sede administrativa una multa por los mismos hechos, lo que se ha pagado se abonará a la condena en sede penal.

En segundo lugar, se introduce una nueva pena de supervisión de la persona jurídica. Esta pena consiste en la designación por parte de juez de una persona que tendrá como misión supervigilar que la empresa condenada implemente las mejoras necesarias al modelo de cumplimiento. Su remuneración será pagada por la empresa, pero solo reportará al juez.

Sin perjuicio de tener facultades muy limitadas de intromisión en los asuntos de la empresa, solo vinculados a la mejora del modelo de prevención, sus decisiones siempre son revisables por el juez. Este mecanismo además puede ser decretado como medida cautelar durante el proceso.