TEMAS PÚBLICOS
www.lyd.org
Nº 1593 - 1
25 de mayo de 2023
ISSN 0717-1528

DELITOS ECONÓMICOS Y AMBIENTALES: UN RÉGIMEN ESPECIAL DESPROPORCIONADO

- El proyecto de delitos económicos y ambientales recientemente aprobado por el Congreso Nacional crea un régimen especial y diferenciado para los delitos calificados como económicos, el cual carece de una justificación razonable e implica una vulneración del principio de igualdad ante la ley.
- Adicionalmente, una de las innovaciones más preocupantes del proyecto dice relación con la incorporación de un título de delitos ambientales. La amplitud en los tipos penales, así como la falta de conexión entre los instrumentos de protección ambiental y los delitos ambientales son algunos de sus defectos que pueden afectar la inversión.
- Por último, la ampliación considerable de los delitos de los que deberán responder las personas jurídicas, además de la introducción de la supervisión de la persona jurídica como nueva pena y medida cautelar, son aspectos que deberán mirarse con precaución, por los efectos que implicarán para la organización de las empresas.

Recientemente el Congreso Nacional aprobó el proyecto de ley que sistematiza los delitos económicos y atentados contra el medio ambiente y modifica la responsabilidad penal de las personas jurídicas[1]. La nueva regulación tiene su origen en dos mociones ingresadas en enero de 2020, que fueron refundidas en un solo proyecto de ley y que concitaron apoyo transversal[2].

El proyecto de ley pretende sistematizar los delitos económicos que hoy se encuentran dispersos en distintos cuerpos especiales normativos y adecuar el sistema de determinación y sustitución de las penas al ámbito de la criminalidad económica, generando un sistema especial para este tipo de delitos. Adicionalmente, se incorpora un título relativo a los atentados contra el medio ambiente y se modifica el estatuto sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ampliando considerablemente el catálogo de delitos atribuibles a las mismas e introduciendo la figura de la supervisión de la persona jurídica como nueva pena y medida cautelar,

[1] Cabe señalar que aún restan trámites previos a su promulgación y publicación, especialmente pues por contener normas propias de ley orgánica constitucional debe ser conocido por el Tribunal Constitucional.

[2] Boletín N°13.204-07, de los diputados Ascencio, Barrera, Castillo, Celis, Desbordes, Hernando, Schilling, Sepúlveda, Soto, Leonardo y Walker; refundido con Boletín N°13.205-07, de los diputados Castillo, Cruz-Coke, Díaz, Fuenzalida, Núñez, Schilling, Silber, Soto,Leonardo, Vidal y Walker.

ISSN 0717-1528

entre otros. A continuación, se exponen cuatro aspectos problemáticos del proyecto recién aprobado.

1. CATÁLOGO DE DELITOS ECONÓMICOS: MÁS ALLÁ DE UNA SISTEMATIZACIÓN

Uno de los objetivos del proyecto de ley era sistematizar los delitos económicos que hoy se encuentran distribuidos en el Código Penal y en diversas leyes y cuerpos normativos especiales. Para ello, propone las siguientes cuatro categorías de delitos económicos:

Primera Categoría	Comprende delitos tipificados en diversas leyes como delitos económicos: delitos tipificados en la Ley N°18.045, de Mercado de Valores (LMV); en el Decreto Ley N°3538, que crea la Comisión para el Mercado Financiero (CMF); en el Decreto Ley 211, que fija Normas para la Libre Competencia; en la Ley General de Bancos; en la Ley de Reorganización o Cierre de Micro y Pequeñas Empresas en Crisis; en la Ley N°20.416, que fija Normas Especiales para las Empresas de Menor Tamaño; en la Ley N°20.345, en la Ley N°18.046, sobre Sociedad Anónimas (LSA); entre otros.
Segunda Categoría	Comprende delitos que, sin ser necesariamente económicos, se consideran como tales, siempre que el hecho fuere perpetrado en el ejercicio de un cargo, función o posición en una empresa, o cuando lo fuere en beneficio económico o de otra naturaleza para una empresa.
Tercera Categoría	Pertenecen a esta categoría los hechos previstos en determinadas disposiciones legales, siempre que en la perpetración del hecho hubiere intervenido, como autor o cómplice, 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.
Cuarta Categoría	Comprende el delito de receptación, lavado y blanqueo de activos, entre otros.

Como se observa en la segunda y tercera categoría, el proyecto va más allá de una sistematización, incorporando dentro de la categoría de delitos económicos, ciertos hechos que no necesariamente afectan el orden socioeconómico, pero que se consideran como tales sólo por haber sido cometido en el ejercicio de un cargo, función o posición en una empresa, o cuando lo fuere en beneficio económico o de

ISSN 0717-1528

otra naturaleza para una empresa y que, como se verá más adelante, tendrán un tratamiento especial en lo que respecta a la determinación de penas.

No debe olvidarse que el Derecho Penal es la respuesta represiva del Estado frente a hechos que se han calificado como delitos. Precisamente por tener ese carácter, se ha dicho que el Derecho Penal es una herramienta de *última ratio,* una respuesta radical frente a determinadas conductas. Y por ello, el ejercicio de la respuesta represiva del Estado debe establecerse por ley, siendo una garantía a favor de las personas, ya que el carácter general y abstracto de la ley permite desarrollar un Derecho Penal respetuoso del principio de igualdad ante la ley. Sin embargo, el principio de igualdad que debe informar al Derecho Penal resulta afectado severamente por el proyecto de ley sobre delitos económicos, ya que una parte importante del proyecto se basa en disposiciones que tienen como fundamento las cualidades personales de cierto grupo, en lugar de la gravedad de la conducta.

2. ADECUACIÓN DEL SISTEMA DE PENAS PARA LOS DELITOS ECONÓMICOS: ¿UNOS MÁS IGUALES QUE OTROS?

Durante la discusión del proyecto en la comisión de Constitución del Senado, quienes promovieron el proyecto señalaron, respecto a los sistemas vigentes en materia de determinación de la pena y de su sustitución, que estos generan "consecuencias absurdas. Parte importante del sistema opera cuando se detecta la concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes, que están pensadas para delitos comunes y que resultan inaplicables a estos ilícitos. En la práctica solo se aplica la irreprochable conducta anterior y, en ciertos casos, la colaboración del imputado. Para los delitos económicos, las penas asociadas generalmente serán menores a cinco años y en la mayoría de los casos las personas tienen una irreprochable conducta anterior, lo que explica que usualmente se impongan penas no privativas de libertad. Esta situación es percibida en la población como impunidad"[3].

A partir de este diagnóstico, el proyecto genera una nueva forma de determinar penas, un nuevo sistema de agravantes y atenuantes, y también un nuevo régimen de penas sustitutivas (excluyendo para los delitos económicos, por ejemplo, la libertad vigilada). Esto eleva el rigor respecto al marco general de penas privativas de libertad y sus respectivas sustitutivas. ¿El motivo? Que el resultado de aplicar la

[3] Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que sistematiza los delitos económicos y atentados contra el medio ambiente, modifica diversos cuerpos legales que tipifican delitos contra el orden socioeconómico, y adecua las penas aplicables a todos ellos. Boletines N°s.13.204-07 y 13.205-07, refundidos, p. 9. Texto disponible en http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=13204-07.

ISSN 0717-1528

norma general generaría, en opinión de algunos, una percepción de impunidad. Es decir, las reglas para autorizar la represión del Estado comienzan a depender de percepciones subjetivas, antes que del juicio imparcial e impersonal del que deben emanar las reglas que son comunes a todos los ciudadanos.

Esta subjetivación de la determinación de las normas penales resulta evidentemente problemática, ya que horada la idea de que las normas, y sobre todo las normas penales, son iguales para todos. Es cierto que existen normas penales para funcionarios públicos; pero en tal caso la norma no existe debido a la cualidad personal de ser funcionario público, sino porque ellos ejercen potestades públicas de diversa naturaleza e intensidad y ello no resulta trivial para el Derecho. Sin embargo, ¿es relevante para el Derecho la posición que se ejerce dentro de una organización empresarial? Ciertamente, no debería. Si la sociedad, legítimamente, quisiera ser más dura con la delincuencia económica, entonces debería perfeccionar el régimen general, no crear uno especial.

Entonces, precisamente porque el proyecto configura un régimen especial, resulta complejo justificarlo desde la perspectiva de la igualdad, pues, ¿cuál es el fundamento racional y objetivo que justifica crear un régimen penal *ad hoc*? Además de la consideración política que enunciábamos previamente, no se advierten otras. Y aquí radica la crítica más esencial que se debe formular a este proyecto: la diferenciación carente de justificación, más allá de una consideración subjetiva sobre si el resultado de las normas comunes parece o no adecuado. Así, se consagra la máxima orwelliana de que "todos los animales son iguales, pero algunos animales son más iguales que otros".

3. DELITOS AMBIENTALES: POPULISMO AMBIENTAL

Una de las principales innovaciones del proyecto radica en la incorporación al Código Penal de un nuevo párrafo sobre delitos ambientales, donde las conductas corresponden a delitos dolosos y culposos cuyo resultado es el daño ambiental. Adicionalmente, se modifica la Ley Nº20.417, que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia de Medio Ambiente, para introducir nuevos delitos en el contexto de la evaluación ambiental y la fiscalización.

En materia de delitos relativos al daño medioambiental, y sin entrar en el detalle de sus disposiciones, es válido preguntarse cómo se relaciona la tipificación de dichos delitos con los instrumentos de cumplimiento ambiental, como los planes de cumplimiento consagrados en el artículo 42 de la Ley Nº20.417. Estos planes consisten en un conjunto de acciones y metas presentados por el infractor de la

ISSN 0717-1528

normativa ambiental (que es de carácter administrativo) para cumplir satisfactoriamente con la ley dentro de un plazo fijado por la Superintendencia de Medio Ambiente. Como se aprecia, para acogerse al plan de cumplimiento debe haber una infracción a la normativa, la cual, una vez que el proyecto de ley entre en vigencia, podría ser constitutiva de delito. Entonces, ¿existen incentivos para cumplir con la normativa si, al informar a la Superintendencia del ramo para iniciar un plan de cumplimiento, esta podría estar obligada a presentar una denuncia penal?

La falta de una norma de coordinación, de la exención por acogerse a un plan de cumplimiento o de reserva de la acción penal para el Superintendente de Medio Ambiente, y la facultad de ponderar cuándo debe emplearse el recurso penal como última instancia, son parte de los defectos que poseen las normas en materia de daño ambiental. Esto hace que la normativa ambiental administrativa sea de facto inaplicable debido a la concurrencia de las nuevas reglas penales en materia de daño ambiental y las normas que obligan a denunciar si se conoce un hecho que pueda constituir un delito.

Por otra parte, la introducción de nuevos delitos en el contexto de la evaluación ambiental y la fiscalización presenta una redacción que es poco clara o demasiado abierta. Además, a diferencia de otros tipos penales, no se menciona expresamente que las conductas sancionadas deban ser maliciosas, es decir, cometidas con dolo directo, sino que parece permitir una posible comisión culposa. En tal caso, ¿debería sancionarse penalmente, por ejemplo, la obstrucción culposa, que no es más que debido a una negligencia, obstaculizar una fiscalización de la Superintendencia de Medio Ambiente?

Quizás, aún más grave, es el caso del delito de fraccionamiento malicioso de proyectos o actividades para eludir el sistema de evaluación ambiental. Es perfectamente posible que ese fraccionamiento sea el resultado de una organización eficiente de la actividad económica, donde un proyecto, por ejemplo, se divide en tres proyectos distintos. Desde la perspectiva penal, parece difícil conciliar la norma con la realidad económica. Además, desde el punto de vista ambiental-administrativo, parece que se están dictando normas de fondo indirectamente a través de la legislación penal, sin tener en cuenta que la prohibición de fraccionamiento ya está consagrada en el artículo 11 bis de la Ley Nº19.300. Finalmente, en este caso, tampoco existe una norma de coordinación entre esta última norma y el nuevo delito del artículo 37 bis de la Ley Nº20.417.

ISSN 0717-1528

4. CAMBIOS A LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: POSIBLES RIESGOS Y EFECTOS EN *COMPLIANCE*

Por último, otra de las principales modificaciones que propone el proyecto tiene que ver con ampliar considerablemente el catálogo de delitos atribuibles a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pues se incluirían todos los delitos económicos que se sistematizan en el proyecto, más de 200 delitos, distribuidos en las cuatro categorías. Resulta preocupante cómo se ha ido ampliando el catálogo de delitos de los que pueden ser responsables las personas jurídicas, cuestión que en sí misma admite bastante debate.

Adicionalmente, el proyecto propone incorporar la figura de la supervisión de la persona jurídica como nueva pena y nueva medida cautelar, medida que deberá ser impuesta por un tribunal si, debido a la inexistencia o grave insuficiencia de un sistema efectivo de prevención de delitos, ello resulta necesario para prevenir la perpetración de nuevas infracciones. En concreto, la medida consiste en la sujeción de la persona jurídica a un supervisor nombrado por el tribunal, encargado de asegurar que ésta elabore, implemente o mejore efectivamente un sistema adecuado de prevención de delitos y de controlar dicha elaboración, implementación o mejoramiento por un plazo mínimo de seis meses y máximo de dos años. Ahora bien, el proyecto regula, en cuanto a la ejecución de esta pena, que el tribunal designará al supervisor y le dará instrucciones sobre el objeto preciso de su cometido, sus facultades y límites, citándose a una audiencia especial a todos los interesados. Un reglamento establecerá los requisitos que habiliten para ejercer como supervisor, el procedimiento para su designación y reemplazo y para la determinación de su remuneración, que deberá ser pagada por la persona jurídica supervisada.

Tal como quedó consagrado en el texto, y si bien se señala que la función del supervisor está acotada a determinar si el modelo de prevención de delitos es adecuado o no, las facultades que se le pueden otorgar para ello pueden inmiscuirse eventualmente en temas de organización y administración de la empresa, o eventualmente implicar una restricción de ciertos derechos, lo que no es razonable y resulta desproporcionado. Asimismo, y dado el amplio catálogo de delitos de los que serán responsables las personas jurídicas, preocupa que una pena de esta naturaleza no esté vinculada a un delito preciso o determinado, así como tampoco se hagan distinciones en relación a la gravedad de los delitos que podrían dar lugar. Así, el margen que queda a los tribunales para determinar si procede o no la supervisión de la persona jurídica resulta sumamente amplio.

ISSN 0717-1528

COMENTARIOS FINALES

Sin perjuicio de que habrá que esperar un tiempo para poder evaluar en su mérito los efectos de la implementación de esta nueva ley, es posible anticipar ciertos defectos que acarreará el proyecto de ley aprobado por el Congreso Nacional. Primero, el régimen especial que se crea para los delitos económicos, y en particular, para aquellos que detenten una posición o cargo en una empresa, además de constituir una infracción al principio de igualdad a la ley. En el ámbito práctico generará toda una nueva forma de organización al interior de las empresas, que incluirán mayores costos de coordinación y desincentivos a la toma de decisión de modo de evitar enfrentar eventuales sanciones penales o la supervisión externa. Habrá que evaluar si los beneficios previstos por el legislador superan tales costos.

Adicionalmente, los nuevos delitos ambientales que se incorporan, tal como están planteados, al ser tipos penales muy amplios y al faltar una delimitación entre lo administrativo y lo penal, pueden ser otro golpe a la realización de proyectos de inversión.