

COMENTARIO AL PROYECTO DE LEY SOBRE DELITOS ECONÓMICOS
(BOLETÍN N° 13.205-07)

ANTONIO BASCUÑÁN RODRÍGUEZ
Universidad Adolfo Ibáñez

I. INTRODUCCIÓN

El 15 de enero de 2020 un grupo transversal de diputados¹ ingresó a tramitación en la Cámara de Diputados un proyecto de ley que establece y sanciona delitos económicos, cuyo borrador fue elaborado en conjunto con un grupo de profesores de derecho penal². El 21 de enero se dio cuenta de la moción en sesión de sala de la Cámara, quedando radicada en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara, siendo indexada como Boletín N° 13.205-07 y recibiendo la denominación de proyecto de ley que “sistematiza los delitos económicos y atentados contra el medio ambiente, modifica diversos cuerpos legales que tipifican delitos contra el orden socioeconómico y adecúa las penas aplicables a todos ellos”.

El proyecto de ley se divide en cinco títulos. Los dos primeros (arts. 1° a 7° y 8° a 39) definen qué cuenta como delito económico y regulan las consecuencias jurídicas para las personas naturales penalmente responsables por haber intervenido en su comisión. El tercero (arts. 40 a 47) establece reglas especiales para el comiso de ganancias provenientes de un hecho ilícito constitutivo de delito económico. El cuarto (arts. 48 a 57, que en su mayor parte contienen varios números) contempla modificaciones a diversos cuerpos legales. El título final (arts. 58 a 60) prevé reglas de derecho transitorio.

¹ Formado por las diputadas Natalia Castillo y Paulina Núñez, y los diputados Luciano Cruz-Coke, Leonardo Soto, Marcelo Díaz, Gonzalo Fuenzalida, Marcelo Schilling, Gabriel Silber, Pablo Vidal y Matías Walker.

² Formado por las profesoras María Soledad Krause, María Magdalena Ossandón y Verónica Rosenblut, y los profesores Héctor Hernández, Fernando Londoño, Gonzalo Medina, José Pedro Silva, Javier Wilenmann y el suscrito.

A la fecha de cierre de este comentario³ el proyecto ha sido considerado por la Comisión en 10 sesiones⁴, habiendo aprobado en general la idea de legislar a su respecto, refundiéndolo con el proyecto de ley Boletín N° 13.204-07⁵, y discutido y aprobado —en algunos casos con modificaciones— sus primeros 39 artículos. También ofició a la Corte Suprema con el objeto de que se pronunciara en relación con las reglas sobre ejecución de la supervisión de la persona jurídica, que el proyecto incorpora como modificación a la Ley N° 20.393⁶. La Corte Suprema evacuó su oficio con fecha 26 de junio de 2020⁷.

La causa inmediata de la moción parlamentaria se encuentra en el propósito de dar una respuesta legislativa constructiva a la demanda de término de la impunidad por delitos de corrupción y de enriquecimiento ilícito en el marco de la actividad empresarial. Sus antecedentes menos inmediatos se encuentran, sin embargo, en la orientación de política criminal compartida por los Anteproyectos de Código Penal de 2013, 2015 y 2018⁸, que también caracteriza considerablemente al Proyecto de Código Penal de 2014⁹. En términos muy generales, la finalidad básica perseguida por esta orientación consiste en hacer posible que la administración de justicia penal reaccione adecuadamente contra el enriquecimiento injusto proveniente de la comisión de hechos ilícitos en el marco de la organización empresarial. Desde luego, la realización de esta finalidad requiere la tipificación de nuevos delitos. El paso fundamental en ese sentido lo dio la Ley N° 21.121 (2018), al introducir en el Código Penal las normas que penalizan el cohecho al interior de la empresa y la administración desleal y expandir el ámbito de responsabilidad penal de la persona jurídica. Pero tan importante como eso es la introducción de la institución del comiso de ganancias suficientemente independizada de la responsabilidad penal del injustamente enriquecido y que sea procesalmente operativa, así como la introducción de un nuevo sistema de

³ Viernes 9 de octubre de 2020.

⁴ Los días 20 de enero, 2 de marzo, 22 de abril, 5, 12 y 18 de mayo, 8 y 22 de junio, 30 de septiembre y 7 de octubre.

⁵ El Boletín N° 13.204-07, que “modifica diversos cuerpos legales para ampliar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y regular el ejercicio de la acción penal, respecto de los delitos contra el orden socioeconómico que indica”, es una moción del diputado Marcelo Schilling. Introduce diversas modificaciones a la Ley N° 20.393 y a varios cuerpos legales que establecen un régimen de control del ejercicio de la acción penal por agencias del Estado. Este último aspecto no es considerado por el Boletín N° 13.205-07.

⁶ En el número 21 de su art. 51.

⁷ Oficio N° 124, Informe Proyecto de Ley N° 6-2020.

⁸ Disponibles en: <https://www.minjusticia.gob.cl/anteproyecto-para-nuevo-codigo-penal/>.

⁹ Boletín N° 9.274-07.

determinación de la pena de multa que la haga una reacción penal significativa. La regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas también requiere nuevas adecuaciones. Esas son necesidades atendidas por el Anteproyecto de Código Penal de 2013 que fueron acogidas por los trabajos posteriores. Ellas inspiran también el Boletín N° 13.205-07.

El rol de la pena privativa de libertad respecto de los intervinientes en los delitos económicos —una cuestión clave de la demanda social a las que antes se hizo referencia— fue atendido por la Ley N° 20.945 a propósito de la penalización de la colusión, mediante la extensión a este delito el modelo de la Ley N° 20.770 —“Ley Emilia”—. Esto es, estableciendo penas de crimen e introduciendo un estatuto excepcional a las reglas generales de determinación de la pena y de imposición de penas sustitutivas. Conforme es este estatuto, el marco definido por la pena legal determina de modo irrebalsable el límite mínimo (y máximo) de la pena judicial, y la sustitución sólo opera después de cumplido un año de privación efectiva de libertad. En sus recientes propuestas de cambios legales para reducir abusos en el mercado de valores (diciembre de 2019), la Comisión para el Mercado Financiero sugiere expandirlo a la regulación de los delitos previstos por la Ley de Mercado de Valores¹⁰.

La sujeción estricta de la determinación judicial de la pena a su determinación legal fue resuelta por el Anteproyecto de Código Penal de 2013 de un modo más innovador: reservó al legislador la identificación de las circunstancias atenuantes o agravantes que pudieran producir el efecto de rebasar los límites máximo y mínimo de la pena legal —“muy calificadas”— o efectos no ponderables de lenidad o gravedad al interior del marco legal —“calificadas”—, y fuera de eso otorgó al tribunal una prerrogativa de ponderación basada en criterios generales.

La innovación de 2013 se mantuvo asimismo en los Anteproyectos de Código Penal de 2015 y 2018, pero en un contexto radicalmente distinto tratándose de las penas sustitutivas. El Anteproyecto de Código Penal de 2015 eliminó el régimen tradicional de sustitución judicial de la ejecución de la pena legal privativa de libertad por un régimen de determinación legal de la pena conforme al cual la ley establece, delito por delito, si proceden penas alternativas a la pena privativa de libertad. Con ese modelo, el legislador ya no necesita imponer penas legales superiores a los cinco años de privación de libertad o excepciones al régimen general de imposición de penas sustitutivas para asegurar su cumplimiento efectivo. El Anteproyecto de Código Penal de 2018 conservó ese modelo, aunque flexibilizando en una medida considerable la aplicación judicial de las definiciones penales del legislador.

¹⁰ Disponible en: http://www.cmfchile.cl/portal/publicaciones/610/articles-28045_doc_pdf.pdf; puntos 1.1, 1.2 y 1.3.

Naturalmente, el proyecto de ley Boletín N° 13.205-07 no puede contar con este contexto regulativo: su trasfondo son las reglas generales de determinación judicial de la pena, esto es, los arts. 65 a 69 del Código Penal, y la legislación actual sobre penas sustitutivas, esto es, la Ley N° 18.216 en su versión conforme a la Ley N° 20.603. En ese contexto, en vez de replicar el modelo de la Ley Emilia, el proyecto propone una regulación especial para la determinación de la pena, considerando atenuantes y agravantes específicamente relevantes para el fenómeno de la delincuencia económica y una regulación especial de penas sustitutivas. En lo primero sigue en sus rasgos generales el modelo regulativo proveniente del Anteproyecto de Código Penal de 2013. En lo segundo innova.

Para efectos de este comentario se atenderá a la siguiente división de contenidos del proyecto:

- (i) la definición de delito económico;
- (ii) las penas e inhabilidades para personas naturales responsables por delitos económicos;
- (iii) la regulación del comiso de ganancias, tanto en general –modificaciones al Código Penal, Procesal Penal y Orgánico de Tribunales– como específicamente referido a hechos ilícitos que corresponden a delito económicos;
- (iv) el establecimiento de nuevas normas penales y la modificación de normas penales preexistentes, tanto en el Código Penal como
- (v) en leyes penales especiales, y
- (vi) la previsión de reglas especiales para la aplicación de la ley penal.

Los Títulos I, II y III del proyecto no prevén normas aplicables a personas jurídicas. Eso queda entregado a las modificaciones a la Ley N° 20.393, previstas en los 30 números que componen el art. 51 del proyecto. Se trata de una reforma de gran envergadura a la actual regulación, cuya descripción, incluso breve, excede el margen de este trabajo¹¹. Por esa razón, aquí se prescindirá de comentarlas.

II. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS IMPONIBLES A PERSONAS NATURALES PENALMENTE RESPONSABLES POR LA INTERVENCIÓN EN DELITOS ECONÓMICOS

¹¹ En lo esencial: (i) todo el ámbito de los delitos económicos pasa a generar responsabilidad penal de la persona jurídica, ampliándose la clase de personas jurídicas afectas y simplificándose con criterios objetivos los presupuestos que generan su responsabilidad penal, así como el diseño exigido del modelo de prevención de delitos; (ii) se introduce la supervisión de la persona jurídica como pena y como medida cautelar –sobre esto observó con reparos la Corte Suprema en su oficio–, se establece un nuevo régimen para la pena de multa –concordante con el modelo de los días-multa–, se establece un nuevo régimen de determinación judicial de la pena; (iii) se establece nuevas reglas para la ejecución de las penas, dentro de las cuales se contempla normas para la ejecución de las consecuencias patrimoniales en casos de fusión o disolución de la persona jurídica o transferencia de activos.

1. *El concepto de delito económico*

El proyecto no ofrece una definición general de delito económico, cuyo sentido y alcance sea determinado interpretativamente por los órganos encargados de la aplicación de la ley penal, sino que prevé un catálogo de supuestos de hecho de normas penales existentes en el derecho chileno a las que se refiere mediante la mención de la disposición legal respectiva¹². El catálogo comprende cuatro categorías de delitos económicos, que conceptualmente obedecen a tres ideas regulativas.

La primera categoría corresponde a los delitos considerados *per se* económicos, es decir, sin atender al cumplimiento de una condición o la concurrencia de una circunstancia adicionales. El listado es comparativamente breve y habla por sí mismo. Se lo puede sistematizar en tres grupos:

(i) los previstos en todas las normas penales de algunas cuerpos legales regulatorios de la actividad económica: las de la Ley N° 18.045 (mercado de valores), del Decreto Ley N° 3.358, en su versión modificada por la Ley N° 21.000 (Comisión para el Mercado Financiero), del Decreto Ley N° 211 (libre competencia), del Artículo Undécimo de la Ley N° 20.416 (Reorganización o cierre de micro y pequeñas empresas en crisis)¹³, de la Ley N° 20.345 (Sistemas de compensación y liquidación de instrumentos financieros) y de la Ley N° 18.046 (Sociedades anónimas);

(ii) los previstos en algunas normas penales –las que tipifican delitos de falsedad– de otros cuerpos legales regulatorios de la actividad económica: de la Ley N° 18.840 (Banco Central), del Decreto con Fuerza de Ley N° 3/1997, de Hacienda (Ley General de Bancos) y del Decreto con Fuerza de Ley N° 251/1931, de Hacienda (compañías de seguro); y,

(iii) los previstos en algunas normas del Código Penal: negociación incompatible árbitro o liquidador comercial, de veedor o liquidador en procedimiento concursal, de perito tasador o de director o gerente de sociedad anónima (art. 240 números 2, 3, 4 y 7; cohecho a funcionario público extranjero (art. 251 bis); manipulación de precios (arts. 285 y 286); corrupción entre particulares (arts. 287

¹² Como es obvio, algunas de las disposiciones legales mencionadas en el catálogo del proyecto corresponden al estado de cosas que resultaría de entrar en vigor las modificaciones legales que introducen los arts. 48 a 57. Por tal razón, para su adecuada comprensión se requiere atender también al Título IV del proyecto. Como también es obvio, si alguna(s) de las propuestas de modificación legal allí contempladas no fuera(n) aprobada(s), se tendría que eliminar del catálogo la respectiva mención.

¹³ El número 6 del art. 1 del proyecto contenía una referencia incompleta a estas disposiciones. Fue corregido por la Comisión en su sesión de 5 de mayo de 2020.

bis y 287 ter); administración desleal cometida por liquidador en procedimiento concursal (art. 464).

Las categorías segunda (art. 2º) y tercera (art. 3º) responden a una misma idea regulativa, consistente en que los delitos previstos en las normas penales a que ellas se refieren tengan una conexión relevante con la actividad de una empresa. Esta conexión puede darse, o bien en el nivel de la intervención en la comisión del delito, o bien en la finalidad con la que se lo comete. La conexión basada en la finalidad –esto es, que el hecho sea perpetrado en beneficio económico o de otra naturaleza para la empresa– es común a ambas categorías. La conexión basada en la intervención admite dos modalidades, que dan origen a la distinción entre una y otra categoría. En la segunda categoría la conexión consiste en *que el hecho sea perpetrado* en ejercicio de un cargo, función o posición en una empresa; en la tercera, en *que en la perpetración del hecho haya 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. La razón de la diferencia se encuentra en que tratándose de delitos especiales cuyo autor no es, sin embargo, alguien interno a una empresa –primariamente, delitos de comisión por funcionarios públicos– resulta incorrecto o al menos problemático atribuir intervención en calidad de autor al interno de la empresa¹⁴.

El ámbito de delitos cubiertos por la segunda y tercera categorías –en especial, la segunda– es vasto. En los 28 y 5 números que las integran, respectivamente, se menciona en total 84 preceptos del Código Penal y 78 preceptos de otros cuerpos legales. Por esa razón no tiene sentido mencionarlos en este lugar, como se lo hizo tratándose de la primera categoría. Basta con decir, por ejemplo, que tratándose del Código Penal, catálogo considera no solo delitos contra el patrimonio o de carácter socioeconómico, sino también delitos de falsedad y de corrupción de la función pública, delitos contra la salud animal y vegetal, e incluso delitos imprudentes contra la vida y la salud de las personas cuando el hecho se realizare con infracción a los deberes de cuidado relativos a la seguridad en el trabajo o en la fabricación o distribución de productos destinados al consumo o uso masivo del público. De modo semejante, tratándose de otros cuerpos legales el proyecto no sólo considera la regulación bancaria o de seguros, sino también la de diversas actividades industriales y comerciales, medioambiental, previsional, tributaria, aduanera y electoral. Como se verá, esta amplitud se ve compensada

¹⁴ Esta razón era explicitada por la redacción del art. 3º de la moción, que se refería en general a los delitos mencionados por la tercera categoría como “hechos perpetrados por quien tuviere la condición de empleado público u otra calidad personal especial”. En su sesión de 12 de mayo de 2020 la Comisión eliminó esa referencia por considerar que inducía a su confusión con los factores de conexión.

con la exención de las micro y pequeñas empresas del ámbito de aplicación de los Títulos II y III.

La cuarta categoría (art. 4°) corresponde a los delitos de receptación (art. 456 bis-A del Código Penal) y lavado y blanqueo de activos (arts. 27 y 28 de la Ley 19.913), bajo dos modalidades: o bien el carácter de delito económico lo tiene el hecho del cual provienen los bienes, conforme a las tres primeras categorías, o bien la receptación, lavado o blanqueo tiene la conexión requerida con una empresa que caracteriza a la segunda y tercera categorías y el hecho del cual provienen los bienes es uno de los mencionados en dichas categorías¹⁵.

2. Las condiciones de aplicabilidad de las consecuencias jurídicas asociadas a los delitos económicos

Los arts. 5° a 8° prevén reglas que fijan las condiciones para que sean aplicables las normas de los Títulos II y III, esto es, las reglas sobre penas e inhabilidades imponibles a personas naturales y las reglas especiales sobre comiso de ganancias¹⁶. Estas condiciones son distintas, tratándose de los delitos de la primera categoría que tratándose de los delitos de la segunda y tercera categorías. Los delitos de la cuarta categoría se someten a las mismas condiciones de los delitos a los que se refieren.

Tratándose de los delitos de la primera categoría, y del lavado o blanqueo de activos que proceden de ellos, las reglas de los Títulos II y III son aplicables a todas las personas penalmente responsables conforme a las reglas generales (art. 8° N° 1).

Tratándose de los delitos de las categorías segunda y tercera, y de la receptación, lavado o blanqueo de activos que proceden de ellos, o bien de la receptación, lavado o blanqueo de activos de bienes provenientes de delitos mencionados en

¹⁵ La redacción del art. 4° de la moción no denominaba a estos delitos como una categoría adicional y expresaba de manera algo confusa la idea regulativa señalada en el texto. En su sesión de 12 de mayo de 2020 la Comisión le atribuyó el carácter de cuarta categoría y clarificó su redacción, tratando la primera alternativa en los nuevos números 1 y 2, y la segunda en un nuevo número 3. Se hace necesaria, sin embargo, una aclaración legal, en el sentido de si el art. 4° presupone doble consideración de relevancia del delito de origen de los bienes –en los arts. 1°, 2° y 3° del proyecto y también en la letra a) del art. 27 de la Ley N° 19.913 o en el art. 456 bis-A del Código Penal–, o si, por el contrario, basta con la relevancia del delito de origen para el catálogo de los delitos económicos. Si se aclarase el alcance de esta cuarta categoría en el primer sentido (doble consideración), habría que reducir la categoría al lavado o blanqueo de activos e incluir en el catálogo del art. 27-a) de la Ley N° 19.913.

¹⁶ Las consecuencias para personas jurídicas penalmente responsables por estos delitos son reguladas por el proyecto con ocasión de su propuesta de reforma a la Ley N° 20.393. Allí se identifica los delitos que generan esa responsabilidad y su conexión relevante con la empresa-persona jurídica.

esas categorías y que sean cometidos en conexión con una empresa, existen dos condiciones restrictivas:

(i) 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 (art. 8º Nº 2); y,

(ii) 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 (art. 6º)¹⁷.

Por otra parte, el hecho de que la conexión con una empresa sea también elemento objetivo o subjetivo del tipo conforme a la norma que configura el delito en cuestión –esto es, la norma mencionada en el catálogo– no obsta a su consideración como fundamento de la calificación de delito económico (art. 5º).

Finalmente, en caso de concurso ideal de delitos (art. 75 del Código Penal) o de reiteración (art. 351 del Código Procesal Penal), las reglas aplicables al delito económico se extienden a todos los demás delitos (art. 7º).

3. Las penas privativas de libertad

La pena privativa de libertad aplicable a un interviniente en un delito económico es la prevista por la ley para ese delito, con independencia de su carácter (art. 9º). Tomando esa definición legal como referencia, el proyecto establece reglas sobre las siguientes materias:

(i) *Circunstancias agravantes y atenuantes (arts. 11 y 12 a 16)*. El proyecto excluye la aplicabilidad de las reglas comunes (arts. 11 a 13 del Código Penal) y en su lugar contempla un listado de agravantes y atenuantes especialmente diseñadas para la criminalidad económica, en una matriz de dos por dos por dos. Por una parte, distingue entre listados de circunstancias atenuantes y de circunstancias agravantes y los duplica distinguiendo entre circunstancias simples y muy calificadas (arts. 13 a 16). Por otra parte, al interior de cada listado, distingue entre circunstancias relativas a la culpabilidad (disminuida, muy disminuida, elevada, muy elevada) y relativas al daño ocasionado o beneficio ilícito reportado (disminuido, de bagatela, relevante, muy elevado). Algunas de las circunstancias relativas a la culpabilidad se encuentran articuladas sobre la base de consideraciones relativas a las diferentes modalidades de intervención

¹⁷ Esta condición objetiva se encuentra explícitamente regulada como una condición de aplicabilidad de los Títulos II y III del proyecto, y de ese modo diferenciada de la conexión empresarial requerida por los arts. 2º, 3º y 4º en su caso, para que el hecho punible constituya delito económico. Por eso no es alcanzada como objeto de referencia por la condición subjetiva.

en el hecho, atendidas las posibles relaciones de jerarquía y control existentes al interior de una empresa. Esa es una contribución a la parte general de los delitos económicos.

(ii) *Determinación judicial de la pena (arts. 11, 17 y 18)*. El proyecto excluye la aplicabilidad de las reglas comunes (arts. 11 a 13 del Código Penal) y en su lugar contempla reglas especiales para variación imperativa del marco penal, en caso de concurrir una o más circunstancias muy calificadas. Fijado el marco penal, el proyecto deja a cargo del tribunal la determinación puntual de la pena, atendiendo a las circunstancias que hayan concurrido y a la intensidad de la culpabilidad o la extensión del mal.

(iv) *Penas sustitutivas (arts. 19 a 26)*. El proyecto prevé un régimen especial, con aplicación residual de la Ley N° 18.216, en el cual las penas sustitutivas son solamente tres: (i) remisión condicional, (ii) reclusión parcial en el domicilio y (iii) reclusión parcial en establecimiento penal. La libertad vigilada y la prestación de servicios a la comunidad no son consideradas penas sustitutivas que respondan a una consideración de prevención o resocialización que tenga sentido respecto de intervinientes en delitos económicos.

El efecto combinado de los tres grupos de reglas sobre la efectividad de la pena privativa de libertad es considerable, ya que reserva la aplicabilidad de las tres penas sustitutivas sólo para la situación de penas menores y siempre que concurra una atenuante muy calificada. Las penas sustitutivas de reclusión son aplicables además para la situación de penas menores, siempre que no concurran (o se compensen) circunstancias atenuantes o agravantes muy calificadas, así como a la situación de pena mayor en su grado mínimo, siempre que concurran dos atenuantes muy calificadas. Para el resto de situaciones –esto es, penas mayores sin la excepción anterior y penas menores con concurrencia de agravantes muy calificadas– se impone el cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad¹⁸.

4. La multa

La pena de multa aplicable a un interviniente en un delito económico se sujeta exclusivamente a la regulación del proyecto, que prescinde de las reglas establecidas por la ley que describe y sanciona el hecho punible (art. 10).

Siguiendo a los Anteproyectos de 2013, 2015 y 2018, el proyecto sustituye el modo actual de determinar legamente la cuantía de la multa atendiendo a un límite mínimo y un límite máximo expresados en unidades tributarias mensuales

¹⁸ Sin perjuicio de la posterior libertad condicional o sustitución conforme a las reglas de la pena mixta (art. 33 Ley N° 18.216).

por el modelo de los días-multa, adoptado del derecho penal alemán. Conforme a este sistema, el proyecto establece una tabla de tramos de días-multa correlativos a los tramos de extensión de la pena privativa de libertad señalada por la ley al delito, dentro del cual el tribunal debe determinar puntualmente el número de días-multas imponible al condenado (art. 27). El valor de cada día multa también debe ser determinado por el tribunal, atendiendo por regla general al nivel de ingreso del condenado (art. 28) y excepcionalmente también en consideración a su patrimonio (art. 29). De este modo, el monto de la multa a imponer es el resultante de multiplicar el número de días multa por el valor de cada día multa.

La escala total va de 1 día multa a 300 días multas; el valor de 1 día multa no puede ser inferior a 0,5 unidad tributaria mensual ni superior a 100 unidades tributarias mensuales (art. 28 inciso segundo). En consecuencia, la pena mínima de multa imponible conforme al proyecto, atendiendo al valor de esa unidad de cuenta para el mes de octubre de 2020 es de \$ 25.186 y la pena máxima de multa, de \$ 15.111.600.000 (alrededor de US \$ 19.000.000, conforme a su valor al día 9 de octubre de 2020).

Todo delito económico conlleva esta pena de multa, la que no puede ser objeto de una pena sustitutiva.

5. *Las inhabilitaciones*

Junto con la pena privativa de libertad que corresponda conforme a la ley que describe y sanciona el hecho, determinada conforme a las reglas especiales previstas por el proyecto, y junto con la pena de multa que corresponde conforme a su regulación especial, el proyecto prevé tres inhabilitaciones: para el ejercicio de función o cargo público, para el ejercicio de cargos gerenciales y para contratar con el Estado (arts. 30-33). Su extensión es equivalente a la establecida por regla general en el art. 56 del Código Penal, salvo por la inhabilidad para contratar con el Estado, que puede ser perpetua.

Las inhabilitaciones son ejecutables desde el cumplimiento de la pena privativa de libertad; son susceptibles de rehabilitación, se agrava su determinación en caso de reincidencia y a ellas se abona el impedimento que fuere consecuencia de la imposición de una pena privativa de derechos distinta de una pena privativa de libertad (arts. 36 a 39).

III. EL COMISO DE GANANCIAS

La transformación del comiso de ganancias que propone el proyecto tiene lugar en cuatro niveles de referencia: (i) en el Código Penal, como regulación general o común, (ii) en el Título III del proyecto, como regulación especial para personas naturales responsables de delitos económicos, (iii) en la Ley N° 20.393,

como regulación especial aplicable a personas jurídicas penalmente responsables y (iv) en el Código Procesal Penal.

1. La nueva regulación común del comiso de ganancias

Dentro de las modificaciones al Código Penal que introduce el art. 48 del proyecto, las de sus números 1 a 5 se refieren al comiso de ganancias. En lo esencial, la reforma consiste en privar al comiso de ganancias provenientes del delito del carácter de pena—que conservan el comiso de instrumento y el comiso de producto distinto de las ganancias, conforme al art. 31 del Código Penal— y definirlo como una posible consecuencia pecuniaria que lleva consigo toda sentencia condenatoria en materia criminal, como las costas y la indemnización de perjuicios. Con ello la ley expresa que el comiso de ganancias provenientes del delito es una consecuencia jurídica fundada en el principio del enriquecimiento injustificado¹⁹.

De esta definición legal se deduce como característica del comiso de ganancias que no afecta sólo a las personas responsables por la comisión del delito del cual provienen las ganancias, sino también a terceros que se han beneficiado del hecho a título gratuito o de mala fe (art. 48 número 3).

En cuanto a su determinación, el comiso consiste en la privación de activos patrimoniales cuyo valor corresponde a la cuantía de las ganancias obtenidas a través del delito o como contraprestación por su comisión, así como los frutos originados o los costos evitados mediante el delito. En la determinación de su valor no se descuenta los gastos necesarios para generar las ganancias. Las reglas sobre comiso de ganancias prevalecen sobre las reglas de comiso de productos cuando un mismo bien es susceptible de ambas calificaciones (art. 48 N° 2).

La prescripción de la acción para solicitar el comiso de ganancias se sujeta a las mismas reglas que la prescripción de la acción penal.

2. El comiso de ganancias provenientes del delito económico

A pesar de afectar también a terceros que no son penalmente responsables, el comiso de ganancias introducido en el Código Penal por el proyecto presupone una condena penal. Eso es precisamente lo que diferencia al comiso de ganancias provenientes de un delito económico, que puede ser procedente aun en caso de ausencia de sentencia condenatoria (comiso sin condena previa). Las reglas

¹⁹ Al respecto, ANANÍAS ZAROR, Ignacio, “El comiso de ganancias”, en *Revista de Estudios de la Justicia* 21 (2014), p. 155-196; PINEDA OLCAY, Javier, *Comiso de ganancias y enriquecimiento injusto*, Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, (Santiago, 2017), disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/144841>.

especiales sobre comiso de ganancias de delitos económicos se encuentran en el Título III del proyecto (arts. 40 a 47).

Las situaciones en las cuales procede el comiso sin ganancias son en lo esencial casos en que habiéndose probado la existencia de un hecho ilícito que corresponde a un delito económico²⁰, se dicta: (a) sobreseimiento temporal por rebeldía del imputado o acusado o su enajenación mental sobreviniente al hecho, (b) sentencia absolutoria por falta de convicción más allá de duda razonable, (c) sobreseimiento definitivo por inocencia del imputado, (d) sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria por la concurrencia de eximentes que no excluyan la ilicitud del hecho o extinción de la responsabilidad penal.

El proyecto autoriza al Consejo de Defensa del Estado y a las autoridades facultadas para denunciar delitos económicos o deducir querrela en contra de sus responsables para solicitar medidas cautelares que aseguren el comiso (art. 43), y sujeta el comiso de bienes de una empresa a un principio de proporcionalidad que protege la perduración de su actividad productiva (art. 44). Asimismo, establece reglas para la destinación de los activos decomisados al pago de la indemnización de perjuicios (arts. 46 y 47).

La acción para solicitar el comiso sin condena prescribe en cuatro años contados desde el término del plazo de prescripción de la respectiva acción penal (art. 45).

3. Las reglas procesales para la práctica del comiso

El art. 49 del proyecto consta de 11 números: todos ellos contemplan modificaciones al Código Procesal Penal relacionadas con el comiso de ganancias, tanto el del régimen común como el comiso sin condena previa por hechos ilícitos que corresponden a delitos económicos. En lo esencial estas reglas se refieren a cuatro aspectos institucionales:

(i) *Las medidas cautelares.* Respecto de todo comiso de ganancias el proyecto impone al Ministerio Público el deber de solicitar las medidas cautelares que lo aseguren y autoriza su concesión sin audiencia del afectado.

(ii) *El procedimiento regular.* El proyecto obliga al Ministerio Público a precisar y fundar su solicitud de comiso en la acusación e incorpora la decisión del tribunal acerca del comiso común de ganancias por un valor de hasta 400 unidades tributarias mensuales a la sentencia condenatoria.

(iii) *La audiencia especial de comiso.* El proyecto introduce un nuevo Título III bis en Libro Cuarto del Código Procesal Penal para la imposición de comiso

²⁰ La expresión debe entenderse en el sentido de un hecho típico y antijurídico.

sin condena previa²¹. En tal caso, el sobreseimiento temporal o definitivo, o la sentencia absolutoria no producen el desasimio del tribunal para conocer del comiso de ganancias. Los preceptos que componen este nuevo Título (arts. 415 bis a 415 nonies) regulan la citación a la audiencia y su preparación y su conducción, la producción de la prueba y su valoración conforme al estándar civil de preponderancia de evidencia, el contenido de la sentencia y los recursos interponibles en su contra.

Las reglas sobre preparación, audiencia y prueba del comiso sin condena previa son aplicables a una audiencia especial de comiso común. Esta audiencia tiene lugar cuando el valor del comiso común es superior a 400 unidades tributarias mensuales o afecta a terceros que no son condenados.

(iv) *La ejecución de la sentencia que impone el comiso*. La sentencia que impone el comiso de ganancias debe ser ejecutada como decisión civil dictada por un tribunal con competencia penal²². El dinero decomisado y obtenido mediante la realización de los bienes decomisados debe ser transferido al fisco.

IV. MODIFICACIONES AL CÓDIGO PENAL

Los números 6 a 23 del art. 48 del proyecto introducen modificaciones al Libro Segundo del Código Penal. Tres de esas modificaciones consisten o inciden en una norma sancionatoria: (a) el aumento de la pena de la usurpación de aguas (N° 13), (b) la introducción de una agravante por simulación para el delito de usura (N° 22) y (c) la introducción de una agravante para los delitos contra la propiedad por irrogación de un daño patrimonial grave (N° 23: art. 473 bis CP). Las restantes modificaciones recaen sobre supuestos de hecho de normas penales preexistentes o introducen nuevas normas penales.

1. Correcciones a disposiciones preexistentes

Las modificaciones que corrigen aspectos de disposiciones preexistentes se refieren tanto a disposiciones de larga data en el Código Penal como a disposiciones recientemente introducidas por el legislador.

²¹ Conforme a los términos del proyecto, tal es exclusivamente el caso del comiso de ganancias procedentes de un hecho ilícito que corresponde a un delito económico. Pero la audiencia que se introduce en el Código Procesal Penal está diseñada para imponer en el futuro comiso sin condena previa por otros delitos que la ley decida. Obviamente, la delincuencia organizada –tráfico de drogas, armas y migrantes, trata de personas, pornografía infantil– es el primer ámbito de delitos a los cuales cabría extender el comiso de ganancias sin condena previa.

²² Para estos efectos, el art. 50 del proyecto introduce las modificaciones necesarias en el art. 171 del Código Orgánico de Tribunales.

(i) *Modificaciones a disposiciones tradicionales.* El proyecto introduce correcciones en las disposiciones del Código Penal originario sobre los delitos de manipulación de precios (N° 9), extorsión (N° 12) y estafa (N° s. 10 y 20). La primera tiene por objetivo aumentar la pena del tipo básico y alinear el tipo calificado con los criterios del derecho de la libre competencia. La segunda, extender el ámbito típico de la extorsión con los medios comisivos del robo a cualquier clase de disposición patrimonial. La última, explicitar en la ley la estructura del delito que la doctrina le atribuye e incorporar como supuestos de estafa los fraudes informáticos y con tarjetas de pago.

(ii) *Modificaciones a disposiciones recientes.* El proyecto introduce correcciones en las disposiciones del Código Penal recientemente introducidas por las Leyes N°s. 20.720 (N° s. 14 a 18: delitos concursales) y 21.121 (N° s. 6, 10 y 21: negociación incompatible, corrupción en el ámbito privado y administración desleal). Las primeras remedian errores importantes del legislador²³. Las segundas efectúan ajustes orientados a asegurar la estricta accesoriadad del derecho penal al derecho comercial y la coherencia entre el tipo de peligro y el tipo de lesión del patrimonio ajeno.

2. Introducción de nuevas normas penales

Estas modificaciones pueden clasificarse en tres grupos, atendiendo a los delitos previstos en las nuevas normas:

(i) *El uso indebido de secreto profesional (N° 7) y los atentados al secreto comercial (N° 8).* En reemplazo del delito de revelación de secreto profesional (art. 284 CP) el proyecto otorga protección penal al secreto empresarial (Ley N° 19.039), y expandiendo la idea regulativa de la Ley N° 19.645 (1999) se refuerza cumplimiento de deberes fiduciarios para con el cliente de un profesional.

(ii) *Los delitos medioambientales (N° 11).* En esta materia el proyecto hace suya la regulación del Anteproyecto de Código Penal de 2018 y la introduce en el Código Penal, como sus nuevos arts. 305 a 311, agrupados en un nuevo párrafo 13 del Título VI. Los aspectos más audaces de esta propuesta son la criminalización (a) de infracciones administrativas, aunque señalándoles sólo pena de multa en los casos menos grave, y (b) de la comisión imprudente. Además, el proyecto define los casos calificados por afectación grave de los componentes medioambientales.

(iii) *La explotación (N° 23).* Siguiendo al Anteproyecto de Código Penal de 2018, se introduce un delito de abuso grave de una situación de necesidad, de la

²³ Al respecto: BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, “La reforma del derecho penal concursal chileno”, en NÁQUIRA, Jaime y ROSENBLUT, Verónica, *Estudios en Derecho Penal Económico* (2018), (Santiago, 2019), pp. 172-228.

inexperiencia o de la incapacidad de discernimiento de otra persona en relación con su remuneración laboral o la renta de arriendo de vivienda.

V. MODIFICACIONES A OTROS CUERPOS LEGALES

Los arts. 52 a 57 contemplan propuestas de modificación de normas penales consagradas en diversas leyes. Esas propuestas pueden agruparse en dos grupos, atendiendo a los delitos previstos en las leyes:

(i) *Normas sobre delitos societarios y relacionados con el mercado financiero.* El art. 53 sustituye los actuales artículos 59, 60 y 61 de la Ley N° 18.045, de mercado de valores, y modifica algunas normas relativas al manejo indebido de información privilegiada. La sustitución mejora la sistematización de esas normas y estratifica más diferenciadamente las penalidades. Eso incluye algunos cambios sustantivos relevantes²⁴. Los arts. 54 y 55 introducen modificaciones al Decreto Ley N° 3.500 y la Ley N° 20.712, para coordinar la regulación del manejo indebido de la información privilegiada. Finalmente, el art. 52 introduce un par de modificaciones a la Ley N° 18.046, sobre sociedades anónimas, ampliando el círculo de autores del delito de falsedad societaria e introduciendo una norma que penaliza la imposición de acuerdos abusivos.

(ii) *Otras normas penales.* El art. 56 introduce una disposición en la Ley N° 17.322, para sancionar penalmente la declaración falsa del empleador acerca del monto del salario imponible y la omisión simple de retener o enterar las cotizaciones. El art. 57 introduce una pena privativa de libertad para el supuesto calificado de la publicidad falsa o engañosa a los consumidores, en la Ley N° 19.496.

VI. LAS REGLAS ESPECIALES PARA LA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL

Los problemas de derecho intertemporal que traen consigo las reformas a las leyes penales son bien conocidos. Como lo he mostrado en otro lugar²⁵, la mayor parte de esos problemas provienen de la falta de distinción suficiente entre la

²⁴ Tales como: dar al delito genérico de falsedad la posición de un tipo residual, con la menor pena; prescindir del concierto con tercero para sancionar como crimen la calificación de riesgo impropio; tipificar la manipulación de mercado con independencia de las prohibiciones genéricas; penalizar la recomendación de operaciones por *insiders* primarios o secundarios en posesión de información privilegiada; abrir el círculo de destinatarios de las normas sobre manejo indebido de información privilegiada a cualquier poseedor; prohibir la cancelación de órdenes en uso de información privilegiada.

²⁵ BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, "La preteractividad de la ley penal", en VAN WEEZEL, Alex (ed.), *Humanizar y Renovar el Derecho Penal - Estudios en Memoria de Enrique Cury*, (Santiago, 2013), pp. 163-217.

vigencia de las leyes y su aplicabilidad. Si se hace esa distinción, se advierte que la aplicabilidad de la ley derogada a hechos acaecidos con anterioridad a su derogación no es una imposibilidad institucional –como sí lo sería aplicarla con efecto ultractivo, es decir, a hechos que acaecieran con posterioridad a su derogación–, sino una cuestión sujeta a los criterios de aplicabilidad temporal que cada sistema jurídico conozca. Si el derecho intertemporal ordena aplicar la ley vigente al momento del hecho, el asunto está resuelto. La doctrina y jurisprudencia chilenas consideraron por más de 100 años –con razón– que el inciso primero del art. 18 del Código Penal establecía esa regla. Sin embargo, desde fines del siglo XX, un sector de la doctrina y la jurisprudencia, confundiendo vigencia con aplicabilidad, consideran que la aplicación de la ley derogada depende de que posea una “vigencia material” dada por su continuidad con ley vigente. Como la atribución de esa propiedad misteriosa es controvertible, la punibilidad de los hechos previos al cambio legal deviene incierta.

Al menos desde 1995 el legislador chileno ha venido ensayando dos modelos de derecho transitorio para compensar esa incertidumbre.

Uno es el establecido por el art. 9º transitorio de la Ley N° 19.738 (2001), que modificó la Ordenanza de Aduanas. Este modelo consiste en establecer la aplicación imperativa de la ley penal derogada a los hechos perpetrados antes del cambio legal, sin excepciones. Es decir, sin que haya lugar a la aplicación con efecto retroactivo de la nueva ley penal si es más favorable. El problema de este modelo es que entra en tensión con el orden constitucional, en la medida en que se entienda que el principio de *lex mitior* tiene rango constitucional²⁶. Así lo ha sostenido la Corte Suprema²⁷.

El segundo modelo fue instaurado por el art. 59 de la Ley N° 19.366 (1995) y ha sido reproducido por el art. 1º transitorio de la Ley N° 20.000 (2005) y el

²⁶ La razón más extendida para afirmar ese rango es considerar que la frase “a menos que una nueva ley favorezca al afectado” (art. 19 N° 3 inciso octavo de la Constitución Política de la República) consagra el principio de *lex mitior*. Eso es falso, como lo he demostrado en otro lugar (BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, “El principio de *lex mitior* ante el Tribunal Constitucional”, en *Revista de Estudios de la Justicia* 23 [2015], p. 11-68; también: “El derecho intertemporal penal chileno y el Tribunal Constitucional”, en *Revista de Estudios de la Justicia* 26 [2015], pp. 167-196). Otra razón se encuentra en la afirmación de la recepción constitucional del principio de *lex mitior* consagrado por el derecho internacional de los derechos humanos (art. 15-1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). La corrección de este argumento depende de la teoría de la recepción que se postule. La tercera razón se encuentra en la consideración del principio de *lex mitior* como concreción conjunta del principio de proporcionalidad y la prohibición de discriminación derivada del derecho a la igualdad ante la ley. Esta última es la razón que considero correcta.

²⁷ *Contra Muñoz Alfaro*, SCS de 31.08.2004, 3107-2002; *contra Labarca Abarca y otro*, SCS de 2.09.2004, 3890-2002.

art. 12 transitorio de la Ley N° 20.720 (2014). Este modelo afirma también la aplicación de la ley penal derogada para el juzgamiento de los hechos perpetrados con anterioridad a la entrada en vigor del cambio legal, pero admite una excepción: las normas de la nueva ley relativas a la pena deben serles aplicadas con efecto retroactivo si son más favorables. La fórmula es ambigua. Si lo relativo a la pena se entiende en un sentido amplio, comprensivo tanto de la penalidad como de la punibilidad del hecho, entonces la regla es redundante con el art. 18 del Código Penal, salvo por su efecto pragmático de neutralizar la doctrina de la continuidad ofreciendo una base legal explícita para la aplicación de la ley derogada. Si se lo entiende en un sentido restringido, entonces en la medida en que excluya la aplicación con efecto retroactivo de la ley más favorable relativa a la punibilidad entra en tensión con el orden constitucional.

El proyecto de ley opta por el segundo modelo (art. 58), pero esclareciendo el alcance de la excepción en su sentido amplio. Es decir, asumiendo que esta regla de derecho transitorio sólo tiene una función pragmática derivada de la necesidad de despejar la incertidumbre introducida por la doctrina y jurisprudencia. Por esa razón, declara aplicable con efecto retroactivo sin restricciones la nueva ley más favorable. Junto con ello, también para resolver anticipadamente posibles controversias interpretativas, el proyecto prevé tres reglas:

(i) identifica expresamente el tiempo de la ejecución del comportamiento típico como el momento al que hay que atender para determinar la aplicabilidad temporal de las leyes (art. 60);

(ii) declara aplicable el cambio legal, aun desfavorable, a los hechos cuya comisión se haya iniciado bajo la vigencia de la ley derogada, pero se hayan consumado íntegramente bajo la vigencia de la ley vigente (art. 58 inciso segundo);

(ii) prohíbe la formación de *lex tertia* (art. 59).

VII. CONCLUSIÓN

Pese a su amplitud y exhaustividad, el proyecto requiere complementación. Por una parte, es necesario hacerse cargo de los cambios que requiere su implementación adecuada. Algunos de esos cambios son de pura concordancia normativa²⁸. Otras se relacionan más bien con el desarrollo de instituciones y prácticas institucionales, como la incorporación con carácter general de la protección de personas informantes y la implementación de una dirección especializada en delitos económicos en el Ministerio Público.

²⁸ Por ejemplo, adoptar una decisión acerca de la vigencia de los incisos segundo, tercero y cuarto del art. 62 del Decreto Ley N° 211, como régimen especial de la colusión respecto del nuevo régimen de los delitos económicos, o derogarlos.

Por otra parte, es de esperar que durante su tramitación el proyecto tenga la oportunidad de incorporar mediante fusión otros proyectos de ley relacionados, o al menos tomarlos en consideración y coordinarse con ellos. Tal es el caso de los Boletines N° 10.162-05 (modificaciones a las Leyes N°s. 18.045 y 18.046), 12.398-12 (delitos medioambientales)²⁹ y 13.233-07 (modificaciones al Código Penal y diversas leyes sobre delitos económicos). Desde luego, la fusión con el proyecto de ley Boletín N° 13.204-07 obligará a pronunciarse acerca de los regímenes especiales de control del ejercicio de la acción pública por agencias administrativas.

La cuestión esencial, sin embargo, es contar con una voluntad política que lo sustente. A este respecto en su origen como moción parlamentaria transversal y en su carácter de trabajo conjunto de diputados y expertos se encuentra tanto su fortaleza como su debilidad. El grado de calidad técnica no asegura el apoyo político y la falta de correspondencia con la política criminal de un partido o coalición determinados lo hace vulnerable a una eventual deserción transversal. Esta vulnerabilidad es particularmente sensible en un proyecto que pretende ofrecer una batería diferenciada, compleja y equilibrada de reacciones frente a la criminalidad empresarial en vez de una Ley Emilia –demagógicamente más efectiva–. Respecto de su vulnerabilidad frente al *lobby* que pueda desplegar en su contra el círculo de poder que puede sentirse selectivamente afectado –los *insiders* del 4,5% de las empresas, que representan más del 90% de las ventas del país³⁰–, la cuestión recién se está vislumbrando³¹.

²⁹ Se trata del proyecto de ley que corresponde a los Boletines N°s. 5.654-12, 8.920-07, 9.367-12, 11.482-07 y 12.121-12 y 12.398-12, refundidos.

³⁰ http://www.sii.cl/estadisticas/empresas_tamano_ventas.htm El criterio de clasificación del Servicio de Impuestos Internos no es idéntico al criterio de clasificación seguido por el proyecto (*supra*, 2.2). La coincidencia es sin embargo amplia.

³¹ Un ejemplo de reacción adversa al proyecto, precisamente desde esta perspectiva, se encuentra en la columna de Alex van Weezel sobre el proyecto, en el N° 1 (septiembre 2020) de la revista *Industria Legal*.