

INDIVIDUAL LIABILITY FOR BUSINESS INVOLVEMENT IN INTERNATIONAL CRIMES

CARLOS KÜNSEMÜLLER L.

Ministro de la Excma. Corte Suprema de Chile

SUMARIO: I. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. II. Delitos de lesa humanidad.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad penal, personalidad jurídica, acción culpable, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra.

I. RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

De acuerdo a la legislación chilena, la responsabilidad penal sólo puede hacerse efectiva en las personas naturales; por las personas jurídicas responden los agentes o representantes que hayan intervenido en el acto ilícito (artículo 58, inciso segundo, del Código Procesal Penal).

Sobre la base de esta normativa, y adhiriendo a la concepción del delito como acción culpable, la gran mayoría de los penalistas chilenos fue contraria en su momento al reconocimiento de la responsabilidad de las personas jurídicas, entendiendo que estos entes, personas ficticias creadas por el legislador, no son capaces ni de acción ni de acto culpable. Incluso, varios tratadistas sitúan a esta responsabilidad como ejemplo de “hechos que no constituyen acción” en el sentido penal.

La Ley N° 20.393, de 2.12.2009, estableció la responsabilidad excepcional de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y cohecho, acogiendo las exigencias de la OCDE. Por tanto, no se halla reconocida para otros delitos. Naturalmente, las penas aplicables a las personas jurídicas son de corte netamente administrativo, siendo la más grave la disolución de estas personas o la cancelación de su personalidad jurídica.

En la actualidad, sigue siendo muy discutida en la doctrina penal chilena la aceptación de la responsabilidad penal de los entes colectivos, esgrimiéndose, para desestimarla, como argumento principal, la estructura del delito como conducta humana culpable y como razones adicionales los fines de prevención especial adscritos a las penas, imposibles de conseguir en personas jurídicas y las características del procedimiento penal, diseñado fundamentalmente para la persecución judicial de personas físicas. Son los conceptos de acción y culpabilidad los que, al igual que en Alemania –según expresa el profesor Kai Ambos en su ponencia a este coloquio– se aprecian como obstáculos verdaderamente insalvables a la acep-

tación de esa responsabilidad penal de las empresas, en cuanto sujetos activos de delito. Es, dice el profesor Ambos, la vieja doctrina alemana según la cual las empresas no pueden actuar, porque no son personas naturales y tampoco pueden actuar culpablemente. Parecería que todo dependiera de los conceptos de acción, culpabilidad y empresa. El intento de asimilar la persona jurídica a una persona natural está condenado al fracaso, ya que, como expresa el profesor Ambos, la empresa, al final, es una ficción jurídica; la empresa es una persona legal que evidentemente está compuesta por personas, como también los están los Estados.

Ahora, el concepto de acción y el de acción culpable también podrían ser reformulados y así se podría llegar a una construcción que admita la responsabilidad penal de las personas jurídicas. No obstante, y a mi juicio, esa llamada reformulación sería mucho más que eso, implicaría un derecho penal distinto del que todos conocemos, hemos estudiado, enseñado y aplicado, un derecho penal no basado en la acción humana culpable, conquista irrenunciable del derecho penal liberal.

El connotado penalista argentino David Baigún expresa con total corrección que “Es innegable la renuencia de los penalistas liberales a considerar a la persona jurídica como sujeto diferenciado en el sistema penal; la responsabilidad de la corporación, puntual adversaria de la legislación inspirada en la Revolución Francesa, sigue siendo hasta hoy la contrapartida de un sistema penal garantista, asentado en la autodeterminación de la voluntad. El Estado autoritario, que desconoce la responsabilidad individual como apotegma, hereda las críticas de quienes visibilizan la contraposición individuo-corporación”¹.

1. *El delito como acción*

En la propia teoría de la acción descansa uno de los argumentos más reiterados por los defensores de la vigencia irrestricta del principio *societas delinquere non potest*, ya que se desconoce a los entes colectivos la capacidad de acción, a ellos les son imputadas normativamente acciones producidas y dirigidas por otras personas, ya no jurídicas, sino físicas.

La punibilidad de colectivos —ha escrito Jescheck— es incompatible con la estructura teórica del derecho penal, especialmente, con el concepto de acción. “Para la imputación penal de comportamientos corporativos deberían ser introducidas otras reglas y categorías”².

¹ BAIGÚN, David. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas* (Ensayo de un nuevo modelo teórico), (Buenos Aires, 2000), pp. 3-4.

² JESCHECK. *Tratado de derecho penal, Parte general*. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete, (Granada, 2002), p. 243.

El reconocimiento de la capacidad penal de acción de la persona jurídica “conduciría a consecuencias insostenibles” y sería inaceptable –tal como lo era según el concepto tradicional de acción– también para una concepción finalista, que presenta a la acción como un producto original del individuo, es decir, del hombre particular³.

Consideramos muy adecuado, para cerrar este apartado, citar el razonamiento del profesor Zaffaroni, quien caracteriza al delito como una manifestación individual humana y “la voluntad de la acción humana es un fenómeno psíquico que no puede concebirse en una persona jurídica”⁴.

En conclusión, para los defensores de esta tesis, como la actuación de una persona jurídica no constituye una acción en el sentido del Código Penal, no queda sujeta a responsabilidad penal.

La Corte Suprema chilena, en sentencia de 4.06.2008, declaró que sólo un ser humano es capaz de cometer delito, pues los entes ficticios, como lo son las personas jurídicas –según la definición del artículo 545 del Código Civil–, carecen de voluntad propia y así está establecido en la normativa del Código Procesal Penal. Lo anterior no obsta a la responsabilidad civil y a la adopción de medidas administrativas-sancionatorias contra esas personas.

2. *El delito como acción culpable*

Los autores nacionales que adhieren al principio *societas delinquere non potest*, vinculan también el rechazo a la responsabilidad penal de las personas jurídicas a la incapacidad de culpabilidad. Sólo la conducta de las personas naturales que dirigen y administran las personas jurídicas o constituyen la mayoría de sus órganos de decisión, puede ser objeto del juicio de desvalor personal en que consiste la culpabilidad penal⁵. Garrido recuerda que la culpabilidad se asienta en la libertad para accionar y en la posibilidad de tener conciencia de la acción delictiva; aceptar la responsabilidad penal de las personas jurídicas importaría reconocer que cuentan con un atributo inherente a la persona humana⁶.

En la medida en que se entienda la culpabilidad como la aptitud personal del individuo para decidirse a favor del derecho en función de la libre capacidad de autodeterminación, se refuerza la imposibilidad de afirmar la culpabilidad en las

³ MAURACH-ZIPF. *Derecho penal, Parte general I*. Traducción de Bofill, Jorge, y Aimone, Enrique. (Buenos Aires, 1994), p. 238.

⁴ ZAFFARONI. *Tratado de derecho penal*, T. III, (Buenos Aires, 1981), pp. 58 y ss.

⁵ CURY. *Derecho penal, Parte general*, (Santiago, 2005), p. 90.

⁶ GARRIDO. *Derecho penal, Parte general*, Tomo II, Nociones fundamentales de la teoría del delito, (Santiago, 1997), pp. 55-58.

personas jurídicas⁷. La misma autora precisa que la culpabilidad está concebida como un juicio de reproche estrictamente personal, cuyo destinatario es un individuo responsable, poseedor de la capacidad de comportarse en el momento crítico de forma distinta a lo concretamente actuado, esto es, ajustado a las normas y no contrario a ellas. En consecuencia, tal reproche no tiene siquiera sentido frente a una persona jurídica⁸.

Es nuestra opinión –probablemente minoritaria a estas alturas, pero compartida por varios académicos chilenos– que un derecho administrativo sancionador inteligentemente diseñado y dotado de los recursos indispensables para hacerlo operativo y eficiente, es el instrumento adecuado para enfrentar la actuación delictiva de las personas colectivas en cuanto tales, sin sacrificar principios tan sagrados y defendidos a lo largo de varias centurias, como el de que la responsabilidad penal es individual, de base subjetiva y supone una persona humana libre y autónoma en el momento crítico, a la que se haya podido exigir “el actuar en lugar de ello”, una conducta diferente, ajustada a derecho.

3. *El debate en la doctrina chilena*

En el año 1938, los profesores Pedro Silva y Gustavo Labatut redactaron un proyecto de Código Penal que incluyó un título sobre la responsabilidad de las personas jurídicas, contenedor de las normas aplicables a esta clase de sujetos activos de contravenciones a la ley penal.

En las Quintas Jornadas de Ciencias Penales sobre delitos económicos, organizadas por el Instituto de Ciencias Penales (17-20 de octubre de 1962), se discutió intensamente sobre el tema. Al respecto puede consultarse Revista de Ciencias Penales, 3ª época, enero-junio 1962, N° 1, T. XXI.

Una revisión general de los argumentos esgrimidos por las dos tesis contrapuestas puede encontrarse en mi artículo “*Societas delinquere non potest*” “*Societas delinquere potest*”, publicado en la obra colectiva *Nullum crimen, nulla poena sine lege*. Homenaje a grandes penalistas chilenos, Santiago, Ediciones Universidad Finis Terrae, 2010, pp. 159 y ss.

En materia de juzgamiento de delitos internacionales perpetrados por entes colectivos, sólo cabe reconducir el tema a la legislación existente, ya citada, con las restricciones señaladas, en cuanto a los ilícitos susceptibles de persecución y juzgamiento por los tribunales nacionales.

⁷ BACIGALUPO, Silvina. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, (Buenos Aires, 2001), p. 130.

⁸ BACIGALUPO, ob. cit., p. 131.

II. DELITOS DE LESA HUMANIDAD

No contamos con una definición legal de esta clase de delitos, pero el legislador ha precisado las circunstancias cuya concurrencia configura tales ilícitos.

La Ley N° 20.357, de 18.07.2009, “tipifica crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra”, pero sólo rige a partir de su entrada en vigencia y carece de efecto retroactivo, según el mandato imperativo de la Carta Fundamental y del Código Penal.

Las circunstancias que, en forma copulativa, dan origen a los delitos de lesa humanidad son:

1°. Que el acto sea cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil.

2°. Que el ataque a que se refiere el numerando precedente responda a una política del Estado o de sus agentes; de grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre algún territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares, o de grupos organizados que detenten un poder de hecho tal que favorezca la impunidad de sus actos.

La nómina de crímenes incluye, entre otros, el homicidio, las mutilaciones, la reducción a esclavitud, la trata de esclavos, el aborto forzado, el secuestro, la violación, el forzamiento a la prostitución, la aplicación de torturas a privados de libertad.

El genocidio es definido como la acción del que con la intención de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial o religioso, en su calidad de tal, realice determinados hechos, que se detallan: homicidio, lesiones graves, sometimiento a condiciones de vida inhumanas, aplicación de medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo, traslado forzado de menores de 18 años a otro grupo.

También es delictiva la incitación al genocidio.

En la misma ley se tipifican y sancionan los crímenes de guerra.

Como a los delitos cometidos antes de la promulgación de la Ley N° 20.531 no les son aplicables sus normas y los casos indagados por crímenes de lesa humanidad perpetrados por agentes del Estado, en su mayoría, contra opositores políticos, corresponden, fundamentalmente, al período septiembre 1973 a 1988, la Sala Penal de la Corte Suprema se ha encargado de precisar, con apoyo del derecho penal internacional, que son crímenes contra la humanidad aquellos injustos que no sólo contravienen bienes jurídicos comúnmente garantizados por las leyes penales, sino que al mismo tiempo suponen una negación de la personalidad moral del ser humano, de suerte que en la configuración de estos ilícitos existe una íntima conexión entre los delitos de orden común y un plus que se desprende de la inobservancia y menosprecio de la dignidad humana porque la característica común de esta figura es la forma cruel con que diversos hechos

criminales son perpetrados, los que contrarían en forma evidente y manifiesta el más básico concepto de humanidad. Se destaca también la presencia del enañamiento con una especial clase de individuos, conjugando así un eminente elemento intencional, en tanto tendencia interior específica de la voluntad el agente. En definitiva, constituyen un ultraje a la dignidad humana y representan una violación grave y manifiesta de los derechos y libertades proclamadas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reafirmadas y desarrolladas en otros instrumentos internacionales pertinentes. El comportamiento punible se inserta en una “política de actuación” instaurada en la época de su ocurrencia, caracterizada por la prevalencia de la seguridad, al margen de toda consideración de la persona humana, el amedrentamiento a los civiles y, sobre todo, la garantía de impunidad que el régimen generó ante las responsabilidades penales y de todo orden⁹.

Se ha desatado una polémica en torno a si procede o no otorgar a los condenados por delitos de lesa humanidad la libertad condicional –que significa terminar de cumplir la pena carcelaria en libertad una vez cumplidos ciertos requisitos legalmente establecidos– y reconocer en su favor beneficios intrapenitenciarios, como permisos de salida diaria, dominical, para trabajar, etc.

Una posición sostiene que, en la medida en que se cumplan los requisitos legalmente exigidos, ha de otorgarse la libertad condicional, sin distinción en cuanto a la naturaleza del delito, la que ya fue considerada para fijar el tiempo mínimo de prisión que debe satisfacer el condenado.

La otra posición postula que, tratándose de estos crímenes, no deben aplicarse las reglas generales y han de someterse a criterios más estrictos, apoyados en el derecho penal internacional, que exigen el cumplimiento íntegro de la pena privativa de libertad, marginando, por tanto, a estos condenados del derecho en cuestión.

En cuanto a delitos de persecución internacional –por ej., atentatorios a los derechos humanos– perpetrados por entidades, reparticiones, oficinas, direcciones u otras formas de asociación que ligan a determinadas personas en términos de jerarquía y obediencia y que surgieron al amparo y dirección de la dictadura militar que gobernó al país a partir de 1973, la jurisprudencia se ha inclinado, en general, a perseguir y castigar las responsabilidades personales de los individuos asociados, de acuerdo a su personal intervención en o los delitos, sin perjuicio de aplicar la responsabilidad penal por el mando a los máximos jefes de la agrupación delictiva, por ej., director de la DINA (Dirección de Inteligencia Nacional), director de la CNI (Central Nacional de Informaciones), organismos de represión montados por el gobierno de facto; ante las alegacio-

⁹ SCS 10.11.2014, 13.11.2014, 24.11.2015.

nes de los inferiores jerárquicos, de haber actuado en la ejecución de crímenes contra la humanidad en cumplimiento de órdenes superiores, en general se las ha desestimado, por no estar acreditados los requisitos de la obediencia debida.

En cuanto a la participación criminal, el Código Penal establece una responsabilidad subjetiva, personal, individual, y distingue tres categorías: autores, cómplices y encubridores. Sólo son propiamente participantes en el delito los autores y los cómplices, ya que los encubridores intervienen –por exigencia legal– *con posterioridad* a la comisión, por lo tanto, deberían ser excluidos de los partícipes, como lo proponen los proyectos de reforma del Código Penal.

Son cómplices los que cooperan *dolosamente* a la conducta del autor por actos anteriores o simultáneos. No es exigible un acuerdo previo, ya que cuando éste concurre y el cómplice facilita medios para la ejecución del delito, se está ante un caso de autoría.

En algunos pocos casos de delitos de lesa humanidad se ha condenado a cómplices, además de los autores, porque, p. ej., han colaborado a la acción del autor, facilitando su ejecución, pero sin la existencia de acuerdo previo, ya que este pacto hace aplicable la autoría, según se indicó.

En otros términos, quien se limita a cooperar con el autor del delito, pero concertado con él, también es autor del mismo, de acuerdo al artículo 15, N° 3, del Código Penal.

BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO, Silvina. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas* (Buenos Aires, 2001).
- BAIGÚN, David. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas* (Ensayo de un nuevo modelo teórico), (Buenos Aires, 2000).
- CURY. *Derecho penal, Parte general* (Santiago, 2005).
- GARRIDO. *Derecho penal, Parte general*, Tomo II, Nociones fundamentales de la teoría del delito, (Santiago, 1997).
- JESCHECK. *Tratado de derecho penal, Parte general*. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete, (Granada, 2002).
- MAURACH-ZIPF. *Derecho penal, Parte general I*. Traducción de Bofill, Jorge, y Aïmone, Enrique, (Buenos Aires, 1994).
- SCS 10.11.2014, 13.11.2014, 24.11.2015.
- ZAFFARONI. *Tratado de derecho penal*, T. III, (Buenos Aires, 1981).