

# PROYECTO DE LEY CONTRA CRÍMENES ECONÓMICOS Y MEDIDAS RELACIONADAS, ¿SON SUFICIENTES?

26 de noviembre de 2020



## 1. INTRODUCCIÓN

“Crimen económico” es un término utilizado ampliamente para referirse a toda aquella actividad ilegal perpetrada en una esfera de producción y distribución de bienes y servicios, generalmente llevada a cabo con un propósito de enriquecimiento<sup>1</sup>. Su naturaleza lo distingue así de otras clases de actividad delictual, al perpetrarse con un contexto, medios y fines específicos. Dentro de su concepción general, cabe un amplio espectro de figuras no limitadas al ámbito privado, como el lavado de dinero, estafas piramidales, evasión de impuestos, y otros.

Esta clase de crímenes, coloquialmente llamada de “cuello y corbata”, conlleva una implicación social, ya que no solo involucra el enriquecimiento ilícito de una parte a costa de la víctima, sino que también socava los fundamentos morales sobre los cuales se construye una economía social de mercado. En este sentido, una sociedad que no tenga la capacidad real de prevenir, castigar y compensar esta clase de hechos, dejando impune al enriquecimiento ilícito, tampoco tendrá la posibilidad de regirse completamente bajo las nociones modernas de justicia y meritocracia propias de una democracia liberal.

Además, los crímenes económicos traen consigo otro estigma social, al ser asociados –o al menos sus casos más emblemáticos– generalmente con los sectores de mayores recursos económicos, quienes son los que poseen generalmente los medios necesarios para realizar estas operaciones a una escala significativa. Con ello, se contribuye a reforzar una visión antagónica de clases, al entenderse la figura como un aprovechamiento por parte de aquellos que tienen más sobre los sectores más vulnerables.

En el caso de Chile, se ha estado lejos de verse libre de controversia, habiendo salido a la luz graves casos

de colusión, evasión de impuestos, financiamiento ilegal a la política y otras operaciones ilegítimas en la última década. Estos, cabe pensar, tuvieron una fuerte repercusión en la sensación pública de impunidad, la cual se vio exacerbada ante las bajas multas impuestas a los responsables y la ausencia de penas de cárcel efectiva. Esto, solo permitido por una legislación particularmente laxa y poco adecuada en la materia, como fue analizado en Horizontal (2019).

Como respuesta a los escándalos y al poco poder sancionador del sistema legal, se ha llevado a cabo un número de reformas concernientes a distintos ámbitos del crimen económico. Estas, pese a que no han tenido la oportunidad de aplicarse en algún caso emblemático, como aquellos ocurridos en la década pasada, han significado una actualización considerable de la ley en la materia, adquiriendo mayor poder disuasivo y reduciendo su brecha con los estándares internacionales.

Con todo, la naturaleza del crimen económico es amplia y su revisión no ha sido completa, lo que significa que siguen existiendo dentro de ellas actos que mantienen sanciones extremadamente bajas. Es frente a ello que ha nacido el proyecto de ley indexado en el Boletín N° 13.205-07, que busca unificar y otorgar mayor solidez al sistema legal para hacer frente a esta clase de crímenes.

En el mismo espíritu, el presente documento busca contribuir a la discusión pública y a la construcción de un sistema que permita, efectivamente, prevenir y castigar esta clase de actos. Para ello, en la sección siguiente, se ofrece una breve revisión del estado actual de tanto la legislación como de las modificaciones consideradas proyecto de ley en tramitación. En la sección subsiguiente, se analiza la importancia de contar con sistemas de prevención

---

1. Definición propia, basada en Larsson (2001).

que vayan más allá del castigo, para lo cual se revisan otras mociones legislativas relacionadas. El documento finaliza con una conclusión.

Nuevamente, cabe recordar, que el concepto de “crimen económico” en su totalidad excede al alcance de

tanto la iniciativa legal en cuestión y, por lo tanto, del presente documento. De esta manera, a menos que se señale lo contrario, el término se utiliza para referirse a aquellas figuras señaladas en la ley. Asimismo, tampoco se busca entrar en profundidad en los detalles del proyecto, sino más bien repasarlos brevemente.

## 2. OBJETIVO Y CONSIDERACIONES LEGALES

En sus propias palabras, el proyecto en cuestión pretende “sistematizar los delitos económicos y atentados contra el medio ambiente, modificar diversos cuerpos legales que tipifican delitos contra el orden socioeconómico, y adecuar las penas aplicables a todos ellos”. Esto, por considerarse que la legislación vigente, que descansa en su mayoría en el Código Penal, no responde a la propia naturaleza de esta actividad, estando diseñada más bien para hacer frente a otro tipo de criminalidad.

De esta manera, se busca crear un nuevo marco jurídico, distinto al Código Penal, que ofrezca una mejor respuesta al fenómeno criminológico del delito económico, y que solo haga aplicable la normativa penal general en aquellas materias no reguladas específicamente. Así, se establece una categoría especial de crímenes, junto con nuevas reglas diseñadas específicamente para ella; inhabilitaciones especiales, un régimen propio de penas sustitutivas y un nuevo sistema de multas son parte de las medidas consideradas. Además, se amplía el catálogo de responsabilidad penal de personas naturales y jurídicas. Con esto, todo el ámbito de delitos económicos pasa a generar responsabilidad penal para estas últimas, con consecuencias patrimoniales e, incluso, su disolución.

Asimismo, hay que tener en cuenta que el proyecto no entrega una definición general de crimen económico que deba ser interpretada por los órganos respectivos, sino que, más bien, ofrece un catálogo específico de hechos ya existentes en la ley para que se entiendan

como tal. En este, no solo se incluyen delitos bancarios o financieros, sino diversas actividades comerciales e industriales. Notablemente, también están consideradas las graves afectaciones al medioambiente.

### **PENAS DE CÁRCEL EFECTIVA E INHABILITACIONES**

Respecto a la improbabilidad en de que un crimen pague con pena de cárcel efectiva, existen tres grandes factores en el Código Penal que permiten explicarlo, los cuales aplican de igual manera a crímenes económicos, al no existir actualmente una distinción especial respecto a otra clase de delitos comunes.

Por una parte, las atenuantes –y agravantes-, son determinantes al momento de determinar penas. No obstante, la manera en que estos se encuentran definidos en el Código Penal no responde al contexto del crimen económico, en cuanto estas están pensadas para otro tipo de criminalidad. Además, este tampoco discrimina en base a la magnitud económica del hecho. Como consecuencia, las penas pierden precisión y adecuación.

Por otra parte, las figuras de reincidencia y sustitución de penas, pensadas en dotar a la ley de cierto carácter rehabilitador, no tienen real aplicación en estos casos. La primera, está diseñada para funcionar en un ambiente en donde la reincidencia es algo común, y busca evitar que, aquel que incurra por primera vez en un acto criminal, pague directamente con cárcel con todo lo que ello implica. Sin embargo, en el ambiente de interés de este documento,

la reincidencia es algo improbable. Igualmente, penas alternativas como arresto domiciliario o libertad vigilada, buscan lograr cierta (re)integración con la sociedad por parte del sujeto culpable, lo cual no es una necesidad real en este caso. Estos elementos, poco adecuados para casos de esta naturaleza, han generado condiciones legales que han dificultado que la cárcel efectiva se haga una realidad.

Por lo anterior, el proyecto busca establecer un sistema diferenciado de determinación de la pena, con agravantes y atenuantes especialmente diseñadas para este tipo de criminalidad, lo que asegura que actos de envergadura tengan siempre una pena considerable. En este sentido, el sistema planteado también logra tomar en cuenta las relaciones jerárquicas al interior de una organización al momento de determinar el castigo, siendo agravado para aquel que se beneficia directamente del delito, y atenuado para quien actuó de manera subordinada. Junto con ello, la libertad vigilada ha sido excluida como pena alternativa, y la remisión condicional ha quedado excluida a casos que tengan una muy baja culpabilidad.

Además de las penas privativas de libertad, se incorporan tres clases de inhabilitaciones: para ejercer un cargo o función pública, para ejercer cargos gerenciales y para ser contratado por el Estado. Estas son ejecutables desde el momento en que rige la pena privativa de libertad y su determinación se agrava en caso de reincidencia, aunque también puedan ser revocadas con el tiempo.

### **MULTAS Y COMISO DE GANANCIAS**

Independiente a la determinación de su pena de cárcel, la resolución de un crimen de esta clase debiese necesariamente involucrar un castigo económico proporcional a su magnitud, que evite que este pueda tener cualquier clase de rentabilidad. Así, también se esperaría una restitución a la víctima. Con esto, no solo se busca impartir justicia una vez cometido el crimen, sino que también desincentivarlo, enten-

diendo que este es perpetrado a partir de un análisis racional por parte del autor, que se estima que sus beneficios sobrepasarían los riesgos asociados (Becker, 1968). Para este propósito, la legislación establece las figuras de multa y comiso, cuya forma actual, no obstante, se encuentra lejos de poder cumplir su objetivo. Naturalmente, este es otro aspecto de la legislación que se busca reformar.

En materia de multas, se establece una nueva forma de determinación basada en el “día-multa”, el cual es un monto a cobrar basado en la situación patrimonial del condenado, calculado en base a sus ingresos diarios y situación patrimonial. El total de la multa dependerá del total de los días-multas que serán cobrados, el cual puede ir de 1 a 300. Así, se crea un sistema proporcional y sensible respecto a las diferencias económicas de los multados.

Complementario al sistema de multas, la figura del comiso o confiscación de ganancias tiene por finalidad privar al perpetrador de aquellas ganancias obtenidas de manera ilegítima. En el actual Código Penal, se puede entender que esta se encuentra plasmada en su artículo 31, el cual señala que “toda pena que se imponga por un crimen o un simple delito, lleva consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los instrumentos con que se ejecutó, a menos que pertenezcan a un tercero no responsable del crimen o simple delito”. Sin embargo, todavía es posible pensar que la definición anterior no corresponde a un comiso de ganancias en su forma plena, sino a un concepto reducido de este, que no corresponde totalmente a la implicancia y contexto de los crímenes económicos.

En efecto, Hasbún (2018) señala que la forma en que está planteado refleja una concepción clásica de la criminalidad, que “pretende que el comiso permita privar al hechor del instrumento con que cometió el delito (habitualmente armas) y las ganancias (comúnmente el producto del daño al patrimonio)”. Además, si bien el artículo puede ser aplicado de

manera extensiva al no ofrecer una definición explícita, este falla al proveer las herramientas y procedimientos necesarios para que sea efectivamente aplicable. Esto, sobre todo en casos de mayor complejidad como, por ejemplo, estafas piramidales.

El proyecto se hace cargo de lo anterior estableciendo reglas procesales para la práctica del comiso mediante modificaciones al Código Procesal Penal, las cuales imponen al Ministerio Público el deber de solicitar medidas que lo aseguren, y de precisar y fundar su solicitud de comiso en la acusación. Además, se priva del carácter de pena al comiso, a modo de que no permita una rebaja de la condena final. Este, se definirá más bien como una posible consecuencia pecuniaria de una sentencia en un caso criminal, como pueden serlo las costas o una indemnización.

Una modificación relevante del proyecto, es también considerar que el comiso de ganancias también pue-

de ser igualmente aplicado en una persona que no haya intervenido en la perpetración del hecho, si es que efectivamente se actuó en su interés y se enriqueció mediante este, entre otras condiciones. Con ello, se evita la posibilidad existente actualmente de que el responsable pueda resguardar sus ganancias a través de terceros.

Otro factor cuya implicancia no resulta trivial en la resolución de estos casos, es la extensión de la propia definición de comiso que incluye proyecto. Con ella, en el cálculo del comiso no se incluyen solamente las utilidades obtenidas directamente, sino que también se deben considerar los costos evitados mediante el hecho ilícito<sup>2</sup>. Esta cualidad puede resultar ciertamente útil para el Ministerio Público al momento de solicitar el comiso en casos como, por ejemplo, de violación al medio ambiente, en cuanto el enriquecimiento en estos probablemente provenga de un ahorro en costos destinados a la mitigación de los daños en el ecosistema.

### 3. MEDIDAS Y PROYECTOS RELACIONADOS

#### SUPERVISIÓN A LA PERSONA JURÍDICA

Una incorporación a la ley no mencionada en la sección anterior es aquella de la supervisión a una persona jurídica. Esta, le permitirá al tribunal competente imponerle un supervisor que tenga por tarea controlar y colaborar con su dirección en la implementación de un sistema de prevención de delitos, por un plazo de entre 6 y 24 meses. El supervisor tendrá la facultad de exigir a la persona jurídica la información necesaria para el trabajo, así como también cambios en su funcionamiento en lo que concierna a la prevención de delitos, sin poder interferir en asuntos que vayan más allá de esta.

La instauración y promoción de regímenes dentro de las unidades empresariales, que faciliten la prevención

y detección de crímenes, no es una idea nueva, habiendo atraído la atención de tanto académicos como de elaboradores de políticas públicas. En este sentido, la adopción voluntaria de políticas internas de ética y conformidad legal por parte de las mismas empresas es algo cada vez más común, y es la misma dirección hacia donde apunta la figura del supervisor, aunque en esta sea de carácter no voluntario. Con la creación de sistemas de control y transparencia al interior de la organización, se espera reducir el espacio para la perpetración de actos ilegales y crear mayor conciencia sobre los procesos que están ocurriendo dentro de ella.

Ciertamente, estos mecanismos son valiosos en cuanto alivian la limitada capacidad del Estado para prevenir estos casos. No obstante, una pregunta que

2. Los gastos incurridos para perpetrar el delito no son considerados.

surge naturalmente es hasta qué punto estos tienen efectivamente la capacidad para lograr su objetivo.

Van Rooji & Fine (2020) realizan una revisión de la literatura que busca medir y determinar lo anterior. En cuanto a sistemas internos administrados por la misma empresa, parece no existir evidencia definitiva respecto su efectividad. McKendall et al. (2002), en base a una muestra de 108 grandes corporaciones estadounidenses, indica que no existiría un efecto significativo sobre la conducta organizacional, lo que podría sugerir que estas medidas son más bien tomadas en beneficio de la imagen pública, en un tono más simbólico que realmente funcional. La conclusión de Simpson et al. (2014) resulta similar.

Por otra parte, también existen estudios que apuntan a que estos programas sí pueden tener efectos bajo ciertas condiciones. Parker & Nielsen (2009) identifican la definición de los siguientes elementos como especialmente relevante para incorporar en el diseño: (a) una política estricta de conformidad legal; (b) un organismo dedicado a esta función; (c) un procedimiento definido para gestionar reclamos de clientes; (d) un procedimiento definido para gestionar fallos en la conformidad; (e) capacitación de nuevos empleados en las políticas organizacionales; (f) asesorar el sistema de conformidad con un agente externo.

En el caso del monitoreo interno llevado a cabo por un ente independiente a la organización, Short et al. (2016) encuentra que este puede resultar indulgente si el monitor tiene, de hecho, una independencia limitada de la organización. Esto no debería resultar una sorpresa, y puede ser el caso si el agente externo ha mantenido vínculos con ella en el pasado o si, por ejemplo, su sueldo es financiado por ella. Por esta razón, es de vital importancia que la figura del supervisor mantenga una independencia absoluta con la organización, canalizando el pago de su sueldo a través de tribunales y evitando elegir personas que tengan cualquier clase de lazo con la empresa supervisada.

Con lo anterior, no se está argumentando por la falta de necesidad de implementar mecanismos de conformidad legal. Más bien, se busca hacer presente que su efectividad depende, en última instancia, de las condiciones bajo las cuales opera y del contexto de liderazgo y cultura laboral de la organización en el cual se insertan.

### **DENUNCIA ANÓNIMA Y WHISTLEBLOWERS**

El poder de un sistema legal de evitar la perpetración de actos delictuales, así como también de que aquellos que ya han tomado lugar resulten impunes, pasa también por la capacidad que este tiene para efectivamente detectarlos en primer lugar. En este sentido, la certeza de que un crimen será detectado y posteriormente castigado puede ser más importante para su desincentivo que una pena alta por sí misma. Asimismo, también es importante contar con una capacidad de recolección de evidencia que permita llevar exitosamente a cabo las investigaciones, sobre todo considerando que las penas más severas pueden asociarse a un mayor estándar de exigencia en pruebas.

Una manera de lograr lo anterior, es facilitar o incentivar la denuncia por parte de aquellas personas que podrían contar con información fidedigna y relevante para el caso, comúnmente llamadas *whistleblowers* por su nombre en inglés. Esto, al existir distintos factores que incidirían negativamente en esta decisión por parte del denunciante, como las posibles represalias –profesionales y personales– que podría sufrir en caso de que su identidad sea revelada a los afectados. Ante ello, la figura de la denuncia anónima consiste, justamente, en establecer un procedimiento destinado a evitar su divulgación más allá de lo estrictamente necesario, así como también otras posibles medidas de incentivo.

Si bien no existe un consenso total respecto a cómo esta debería ser implementada, sí existe consenso respecto a la necesidad de incorporar la medida en alguna u otra de sus formas. A pesar de ello, la denuncia anónima todavía no ha sido incorporada en Chile

a la legislación respectiva a crímenes económicos, existiendo actualmente dos iniciativas en el congreso -independientes entre sí- en proceso de discusión. Una de ellas es la modificación del Boletín N° 13.312-3 al Decreto Ley N° 211, que fija las normas para la defensa de la libre competencia, y el cual establecería la obligación para la Fiscalía Nacional Económica de asegurar el anonimato de las denuncias recibidas en caso de que ello sea solicitado y se cumplan ciertos requisitos. La otra iniciativa corresponde al proyecto de ley del Boletín N° 10.162-05, el cual modifica las leyes N° 18.045 Y N° 18.046 sobre el mercado de valores, y establece igualmente la obligación, en este caso para la Comisión para el Mercado Financiero, de resguardar la identidad del denunciante.

Respecto a la implementación de las propuestas, lo primero que se debe tener en cuenta es que, si bien es una idea que resulta novedosa en Chile, esta solo puede cumplir su objetivo en la medida en que su articulación permita una protección efectiva de la identidad en cuestión. Para ello, es necesario que los pasos y protocolos de la declaración estén claramente definidos, así como también lo deben estar los derechos y obligaciones de tanto quien recibe la denuncia como de quien la realiza. Igualmente, es necesario comunicar efectivamente este procedimiento a este último; esto puede, en última instancia, hacer la diferencia entre decidir colaborar o no.

Sin embargo, ni en el Boletín N° 10.162-05 o N° 13.312-03 se ofrece ningún procedimiento claro respecto a cómo las denuncias anónimas deben ser recibidas y registradas. En este aspecto, si bien el desarrollo de este detalle puede ser algo que se escape al alcance de la ley, y que no necesariamente debería ser explicitado en ella, su implementación adecuada sí será un desafío que quedará pendiente para la Fiscalía Nacional Económica y la Comisión para el Mercado Financiero si es que estos proyectos son aprobados en su forma actual.

Por otra parte, respecto a los incentivos asociados a la denuncia, el Boletín N° 10.162-05 propone, por ejemplo, que se destine de entre un 10% a un 30% de la multa aplicada a la persona culpable. Sin embargo, independiente a lo anterior y como ya se mencionó, uno de los principales factores que desincentivan las denuncias son las posibles repercusiones profesionales que se pueden sufrir, existiendo evidencia respecto a cómo estas se pueden asociar a un clima laboral hostil y a la renuncia bajo coacción (Van Ruji & Fine, 2020). Es por ello que los programas de *whistleblowers* deben necesariamente incorporar un sistema de protección laboral. Si bien esto es brevemente considerado en el Boletín en cuestión, prohibiendo a terceros que terminen contratos de prestación de servicios celebrados con el denunciante a causa de su condición, se considera necesario desarrollar en mayor medida el sistema, incorporando posibles vejaciones que no necesariamente tengan que ver con el despido. Además, el que la protección falle y que la identidad sea revelada siempre es una posibilidad. Con ello, una opción es evaluar instaurar un sistema de *outplacement* que permita reincorporar al denunciante en un ambiente laboral en el cual no se vea expuesto.

Finalmente, hay que considerar cómo la figura de la denuncia anónima ha avanzado de manera independiente en dos proyectos no completamente relacionados (boletines N° 10.162-05 y N° 13.312-03). En este sentido, es necesario que ellos conversen de manera adecuada y tengan estándares similares en su aplicación a modo de que ambas funcionen con similar nivel de eficacia, tanto para la Fiscalía Nacional Económica como para la Comisión para el Mercado Financiero. Más allá de esto, OCDE (2016) señala, en base a la revisión de la experiencia internacional, que en aquellos países en que la denuncia anónima se encuentra establecida en varias leyes<sup>3</sup>, como lo sería en el caso chileno, el grado de protección que ofrece es variable y resulta menos com-

3. Dentro de la Organización, estos son la mayoría de los países.

prehensivo que aquel que ofrece un sistema basado en una ley dedicada. Esto también permitiría mayor claridad sobre el proceso y los mecanismos del caso

para los denunciantes, quienes mediante el sistema propuesto actualmente podrían, incluso, verse en la duda sobre con qué organismo realizar la denuncia.

#### 4. CONCLUSIÓN Y COMENTARIOS FINALES

El proyecto de ley del Boletín N° 13.205-07 supone una actualización necesaria a la actual legislación, tanto en materia de adecuación de penas como de coordinación con otros cuerpos legales relacionados a los crímenes económicos. Este, junto con otras modificaciones legales previas, promete acercar al sistema de justicia chileno a los estándares internacionales más exigentes. Con todo, existen observaciones y espacios de mejoras en la moción. En particular, la figura del supervisor es articulada de manera muy general, careciendo de un diseño que establezca claramente sus objetivos, prioridades y herramientas de medición y evaluación; elementos que, según la literatura, son requisitos básicos para que un programa de este tipo tenga algún grado de efecto.

Más allá del propio proyecto, este debe ser entendido como parte de un esfuerzo general por articular en el país mecanismos adecuados contra los

crímenes económico de toda índole. También parte de este esfuerzo son los boletines N° 10.162-05 y N° 13.312-03, que complementan en mayor o menor medida el principal proyecto discutido a lo largo de este documento. La instauración de figuras como la denuncia anónima y el supervisor de la persona jurídica buscan entregar al sistema legal herramientas distintas a las tradicionales que le permitan lograr una mayor capacidad preventiva y sancionadora. Con todo, los textos no ofrecen un plan articulado para su implementación, lo que no necesariamente tiene que ser incluidos en los proyectos, pero sí constituirá un desafío futuro para los organismos que deberán llevarla a cabo. Como comentario final, también es necesario que estas iniciativas convergen adecuadamente entre sí y formen un marco legal coherente, con cierto grado de estandarización entre sus penas, procedimientos y otras figuras, como también se propone en Horizontal (2019).

## REFERENCIAS

- Becker, H. 1968. *Crime and punishment: an economic approach*. The Journal of Political Economy, 76 (2).
- Hasbún, C., 2018. *El comiso legal en la legislación estadounidense como horizonte comparativo frente al Proyecto del Nuevo Código Penal*. Ius et Praxis, 24 (3).
- Horizontal, 2019. *La agenda anti abuso: recuperando la confianza en el mercado y las instituciones*.
- Larsson, B., 2001. *What is "economic" about economic crime?*. The national council for crime prevention, Sweden. En S. Lindgren (Ed.), *White-Collar Crime Research. Old Views and Future Potentials*. The national council for crime prevention.
- McKendall, M., DeMarr, B. & Jones-Ridders, C., 2002. *Ethical compliance programs and corporate illegality: testing the assumptions of the corporate sentencing guidelines*. Journal of business ethics, 37 (4).
- OCDE, 2016. *Committing to effective whistleblower protection*. OECD Publishing.
- Parker, C. & Nielsen, V., 2009. *Corporate compliance systems: could they make any difference?* Administration and society, 41 (1).
- Short, J., Toffel, M. & Hugill, A., 2016. *Monitoring global supply chains*. Strategic management journal, 37.
- Simpson, S., Rorie, M., Alper, M. & Schell-Busey, N., 2014. *Corporate crime deterrence: a systematic review*. Campbell systematic reviews, 2014 (4).
- Van Rooji, B. & Fine, A., 2020. *Preventing corporate crime from within: compliance management, whistleblowing and internal monitoring*. University of California legal studies research paper, 2020 (10).