

PORTALES, Maximiliano; GONZÁLEZ, Isabel: “Justicia penal negociada y salidas alternativas en el proceso penal de las personas jurídicas”.

Polít. Crim. Vol. 20 N° 39 (julio 2025), Art. 4, pp. 102-132

<https://politecrim.com/wp-content/uploads/2025/07/Vol20N39A4.pdf>

Justicia penal negociada y salidas alternativas en el proceso penal de las personas jurídicas.

Criminal justice and alternatives to prosecution of legal entities

Maximiliano Portales González

Magíster en Derecho penal y justicia criminal, The University of Edinburgh

maxportales@compliancemetrics.cl

Isabel Ximena González Ramírez

Doctora con especialidad en Derecho Penal, Universidad de Buenos Aires

Profesora en Derecho Penal, Universidad Central de Chile

igonzalezr@ucentral.cl

<https://orcid.org/0000-0001-6845-8198>

Resumen

Este artículo tiene por objeto analizar las necesidades político-criminales que nos lleven a considerar la inserción en el tratamiento de delitos cometidos por las personas jurídicas, de un régimen de salidas alternativas al proceso penal como medida preferente al enjuiciamiento y la aplicación de una pena. El estudio utilizó una metodología cualitativa, con fuentes de derecho comparado y dogmática penal, con un diseño de carácter dogmático y exploratorio. Como conclusión se plantea que la implementación de un modelo de justicia penal negociada aplicado en una fase previa al enjuiciamiento de la persona jurídica podría bajo ciertas condiciones ser legítimamente insertado en un sistema de Derecho procesal penal. Es necesario que este modelo se ajuste a la consecución de objetivos político-criminales específicos en el ámbito de la prevención del crimen corporativo, permitiendo la imposición de acuerdos que contengan requerimientos de *compliance* adecuados para promover tanto la autorregulación, como la prevención, detección y reporte de hechos delictivos, que cambien la cultura organizacional y de gestión de las personas jurídicas, permitiendo reparaciones a los afectados cuando corresponda.

Palabras claves: delitos - personas jurídicas – acuerdos negociados, salidas alternativas al proceso penal.

Abstract

This article aims to analyze the political-criminal needs that lead us to consider the insertion in the treatment of crimes committed by legal entities, of a regime of alternative solutions to the criminal process as a preferential measure to prosecution and the application of a sentence. The study used a qualitative methodology, with sources of comparative law and criminal dogmatics, with a dogmatic, descriptive and exploratory design. In conclusion, it is proposed that the implementation of a negotiated criminal justice model applied in a phase prior to the prosecution of the legal entity could, under certain conditions and limits, be legitimately inserted into a system of criminal procedural law. It is necessary that this model adjusts to the achievement of specific political-criminal objectives in the field of prevention

and fight against corporate crime, allowing the imposition of proportional and dissuasive financial sanctions agreements, which contain compliance requirements. appropriate to promote both self-regulation and the prevention, detection and reporting of criminal acts, which change the organizational and management culture of legal entities, allowing reparations to those affected when appropriate.

Keywords: crimes - legal entities – negotiated agreements, alternative solutions to the criminal process.

Introducción

Para contextualizar el estudio acerca de los acuerdos para el tratamiento de los delitos cometidos por las personas jurídicas (PJ), corresponde plantear la cuestión de si efectivamente existen necesidades político-criminales relevantes que nos lleven a considerar la inserción de un régimen de acuerdos negociados mediante salidas alternativas al proceso penal, como medida preferente al enjuiciamiento y la aplicación de una pena.

Ahora bien, teniendo en consideración que un sistema de persecución penal de enfoque punitivo pueda generar impactos económicos negativos y/o resultar en daños colaterales para empleados y accionistas de las PJ, es que los acuerdos entre empresas involucradas en hechos delictivos y organismos de persecución penal se han convertido en la manera dominante de resolver estos asuntos, particularmente en Estados Unidos, donde un 51.8 % de las investigaciones contra las empresa que cotizan sus acciones en el mercado de valores concluyen de esta manera.¹

Así las cosas, se ha argumentado que el modelo de acuerdos optimizaría la eficiencia del sistema de justicia penal en el ámbito de la persecución del crimen corporativo, consiguiendo incrementar los niveles de aplicación de los estatutos penales, mientras disminuye la carga al reducir el número total de casos que llegan a juicio. Asimismo, este modelo permitiría evitar las consecuencias colaterales indeseadas, tales como, la desvalorización de las acciones en el mercado de valores y despidos masivos, que probablemente puedan recaer sobre los empleados y accionistas de una empresa enjuiciada, más aún si ésta es finalmente condenada.²

Los acuerdos incentivarían también la colaboración voluntaria de la empresa durante la etapa de investigación, permitiendo la revelación de información confidencial y la desclasificación de documentación útil para acreditar la participación individual de sus miembros en los hechos delictivos que se investigan. Finalmente, estos permitirían la injerencia del aparato persecutor en la cultura corporativa empresarial, al imponerse reformas estructurales orientadas a la prevención y detección de hechos delictivos, tales como *compliance*: controles internos, procedimientos de prevención de delitos, e investigaciones internas, entre otras.³

En concreto, los *non-prosecution agreements* (NPA) y *deferred-prosecution agreements* (DPA) consisten en que el persecutor se abstenga totalmente de la presentación de cargos

¹ COHEN (2015), pp. 16-25.

² COHEN (2015), pp. 16-25.

³ AMULIC (2017), p. 35.

contra la empresa, en el caso de los primeros o suspenda la persecución en su contra por un periodo limitado de tiempo, en el caso de los segundos, bajo la condición de que la empresa investigada cumpla con requerimientos específicos que se le imponen, tales como: cooperación en la investigación penal, ajustar controles internos e implementar un programa de *compliance* efectivo para prevenir la comisión de futuros delitos y pago de multas,⁴ en beneficio de los afectados por los delitos o para la aplicación de sistemas de *compliance* para las pequeñas empresas.

Si bien desde los años ochenta emergen algunas discusiones sobre la importación desde el *common law* de elementos de justicia penal negociada para personas naturales, no nos habíamos enfrentado a la necesidad de adecuación del proceso penal a regímenes de responsabilidad penal de las PJ.

A este respecto, parece posible afirmar que un Derecho penal orientado al enjuiciamiento y a la punición de las empresas conlleva la posibilidad de consecuencias colaterales o afectaciones socioeconómicas que pueden afectar el interés colectivo. Adicionalmente, la identificación de los partícipes individuales de hechos delictivos, a través de la cooperación de la empresa en la investigación y los requerimientos de *compliance* penal orientados a la prevención especial, podrían considerarse razones suficientes para justificar la instauración del modelo de acuerdos.

Así, la cuestión que se plantea es entonces ¿qué necesidades político-criminales existen para prescindir de la persecución y de la sanción penal en delitos cometidos por personas jurídicas? entendiéndolo que otros sistemas sociales puedan aparentemente resultar más apropiados y oportunos para abordar de manera legítima y efectiva el comportamiento delictivo de las personas jurídicas. Asumiendo que existen razones suficientes para institucionalizar mecanismos de justicia penal negociada en una fase previa a la acusación» penal contra la PJ, cabe también preguntarse ¿en qué medida permitir la renuncia anticipada a la pena antes de poder discutirse los presupuestos de la imputación sobre la entidad, puede considerarse una práctica consistente y que no menoscaba los fundamentos de la responsabilidad penal de las PJ y los fines de la pena?

Como hipótesis de la investigación se propone que: la implementación de un modelo de justicia penal negociada, aplicado en una fase previa al enjuiciamiento de la persona jurídica, podría bajo ciertas condiciones y límites ser legítimamente insertado en un sistema de Derecho procesal penal, siempre y cuando, dicha práctica no menoscabe los fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ni erosione los propósitos de la sanción penal en el ámbito de las personas jurídicas.

Considerando la legitimidad de estos instrumentos bajo los principios del Derecho penal continental, se sentarán los límites sustantivos y las directrices normativas necesarias para la adecuación, ajuste e implementación del modelo transaccional referido en un sistema de derecho procesal penal continental.

Para el presente estudio, se supone además que un modelo de justicia penal negociada para PJ s como el previamente descrito, deberá ajustarse a la consecución de objetivos de

⁴ AMULIC (2017), p. 35.

político-criminales específicos en el ámbito de la lucha contra el crimen corporativo, permitiendo la imposición de requerimientos de *compliance* adecuados para promover tanto la autorregulación, como la prevención, detección y reporte de hechos delictivos.

Es así como, mientras la discusión sustantiva sobre la materia objeto de la investigación, aportaría el marco de legitimidad relativa a la inserción de las salidas alternativas tales como la suspensión condicional del procedimiento o acuerdos reparatorios, los principios que deberían regir los acuerdos negociados, los límites penológicos, consideraciones en torno a la reincidencia, necesidad de pronunciamiento inculpatario o reconocimiento de hechos y publicidad de los acuerdos, entre otros elementos sustantivos.

Otra discusión procesal adjetiva, que sería importante abordar en una futura investigación, podría sentar el marco procedimental específico para la aplicación concreta del régimen de acuerdos negociados bajo un determinado sistema procesal penal.

De esta manera el objetivo de este estudio, se focaliza en analizar las necesidades político-criminales que nos lleven a considerar la inserción en el tratamiento de delitos cometidos por las personas jurídicas de un régimen de salidas alternativas al proceso penal como medida preferente en lugar de un enjuiciamiento y la aplicación de una pena.

Para el logro de estos objetivos se usó una metodología cualitativa, con utilización de derecho comparado y dogmática penal, con un diseño que pretende tener un carácter exploratorio el cual se justifica dado que por el momento no se ha profundizado en otras investigaciones anteriores sobre la necesidad, justificación y legitimidad de una regulación que permita alternativas al enjuiciamiento penal de las PJ. El estudio comprende un análisis preliminar y una sistematización sobre la utilidad de regular normativamente los acuerdos previos al enjuiciamiento de las PJ en jurisdicciones de tradición europea-continental.

Se incorpora además, metodología de Derecho comparado que comprenda aspectos sustantivos y adjetivos específicos sobre el Derecho positivo, relativo a ordenamientos jurídicos diversos, con el fin de lograr una confrontación entre dichos elementos, analizando sus diferencias y semejanzas. El análisis comparado sirve como una herramienta para conocer en profundidad las instituciones jurídicas ajenas a nuestra tradición jurídica que será objeto del estudio e identificar el estado actual y las características propias de la legislación procesal y sustantiva que resulten importantes para nuestra tradición.

En cuanto a la relevancia del tema, podemos afirmar que: ante la reciente inserción de regímenes de responsabilidad penal para PJ y la nueva ley de Delitos Económicos en el Gobierno Corporativo de las Empresas en Chile en jurisdicciones de tradición continental, p.ej., como España o Chile, y desde otra perspectiva Brasil, la discusión que recién tiene lugar en la esfera académica versa sobre la necesidad inminente de ajustar nuestras reglas del proceso penal para tratar con esta nueva realidad jurídica. Mientras la tendencia político-criminal del otro lado del atlántico,⁵ ha sido la de aplicar el Derecho penal a las PJ a través de mecanismos de justicia penal negociada, orientados a la eficiencia, descongestión del sistema de justicia criminal y necesidad de una protección social y económica que evite los daños colaterales derivados del proceso y la condena.

De esta manera, es importante cuestionarnos si bajo los principios del Derecho penal continental se debe permitir o no la negociación antes de que el injusto penal haya sido probado y la culpabilidad de la persona jurídica imputada hayan sido judicialmente establecidas. Así, la legitimidad de un régimen procesal desprovisto de interés, por la configuración del injusto penal⁶ y su imputación culpable a la persona jurídica, es una cuestión que en países como España o Chile en que recién se introduce la justicia penal corporativa, merece ser debatida.

Como se argumenta, si el enjuiciamiento de la PJ por sus devastadoras consecuencias sociales y económicas y la imposición de una pena, no son la mejor manera de abordar el problema delictual de ésta, la discusión se traslada necesariamente al ámbito de la pena, considerando entonces si conforme a nuestros procesos penales regidos por el principio de legalidad procesal, cabe la posibilidad de renunciar legítimamente y de manera anticipada, a la necesidad y al merecimiento de pena sobre la entidad, reemplazándola por otras medidas sancionatorias negociadas de menor intensidad o represión a las que correspondería aplicar como resultado del proceso.⁷

El principio de legalidad procesal, como medida institucional de resguardo del interés público en la persecución penal, conlleva la obligación de perseguir penalmente y ejercitar la acción penal cada vez que los organismos de persecución tengan conocimiento sobre la comisión de un hecho delictivo. En otras palabras, el principio de legalidad procesal, también llamado principio de obligatoriedad de la acción penal, se refiere a un deber estatal propio del Ministerio Público y de la Policía, de llevar adelante la investigación de todo hecho que revista el carácter de delito, sin poder interrumpir su curso hacia el juzgamiento de los responsables a través de una sentencia definitiva.⁸

La relevancia de la discusión, pasa por determinar si podemos reemplazar o no el modelo clásico de enjuiciamiento de la persona jurídica por un modelo de resolución transaccional más conveniente para la sociedad. Lo anterior significa abrir la posibilidad de aplicar criterios de oportunidad en el proceso penal, que permitan solucionar legítimamente el conflicto jurídico-penal empresarial a través de un equivalente funcional de la pena.

De esta manera la persecución penal sólo podrá tener lugar en la medida en que exista un interés público prevalente bajo el cual se pueda justificar⁹.

I. La responsabilidad penal de las personas jurídicas.

⁶ En este contexto, lo que preocupa es institucionalizar un sistema en que la preponderancia de consideraciones previas a la perpetración del delito, tales como prevención y control interno y otras posteriores a su comisión, como la colaboración con la investigación, pueden erosionar los principios básicos de la responsabilidad penal.

⁷ BROWN, TURNER, WEISSER (2020), p. 34.

⁸ MAIER (1989), p. 82.

⁹ Merece la pena citar la famosa frase del Fiscal General de Inglaterra Sir Hartley Shawcross en su declaración hecha en la Cámara de los Comunes el 29 de enero de 1951: “[i]t has never been the rule in this country – I hope it never will be – that suspected criminal offences must automatically be the subject of prosecution”.

En relación a la responsabilidad penal de las PJ, algunos autores alemanes ya en la primera mitad del siglo XX justificaban la aplicación de una pena a ésta en base a fundamentos preventivo-generales de una manera excepcional, en la medida en que la punición de los culpables y otras consecuencias del injusto no fuesen suficientes para la defensa del ordenamiento jurídico¹⁰.

Así, este estudio plantea que el modelo de responsabilidad penal que se aplica hoy argumenta como lo hace Silvela¹¹ la necesidad de una sanción estatal sobre las PJ “tanto como forma de disuasión frente a la colectividad, como para el reforzamiento de la conciencia jurídica”, argumentando que “el orden jurídico no se restablece con el solo castigo de los autores individuales”, justificando la imposición de una pena en la PJ, desde la perspectiva de los fines de la pena de un modelo utilitario de prevención general positiva y negativa.

Lo que puede ser cercano al modelo de auto-responsabilidad, que centran la culpabilidad de la empresa en su identidad y características distintivas que autorizarán el juicio de reproche. El injusto propio de la empresa se entiende como diferenciado y autónomo del injusto del agente o del subordinado, no obstante, este último será considerado una condición objetiva de punibilidad del primero. Es así como la culpabilidad de la PJ es, bajo dicho modelo, una culpabilidad autónoma por un defecto de organización preordenada o planificación imprudente o negligente.

Ahora bien, quienes como los autores de este estudio se oponen a la idea de una responsabilidad genuinamente penal de las PJ, manifiestan su disconformidad ante el uso del concepto de pena para referirnos a las consecuencias jurídicas que pueden recaer sobre entidades que no tienen capacidad de sentir dolor, ni de razonar, ni de ser sujetos de culpabilidad, sin perjuicio de reconocer que dichas consecuencias jurídicas distintas a una pena persigan determinados fines o propósitos válidos.¹²

En la misma línea Cigüela¹³, considera que la responsabilidad penal de la PJ termina siendo tan abstracta y normativizada, que tergiversa las categorías aplicables al Derecho penal individual, desnaturalizando la racionalidad del sistema de la teoría del delito, en un intento forzado por reformular el concepto de culpabilidad. Así el autor fundamenta una sanción de naturaleza extra-penal sobre la PJ en funciones preventivas generales que incentiva a otras empresas a organizarse conforme a la legalidad y también preventivo especiales, ya que corrigen el estado defectuoso de una organización.

En Estados Unidos, la jurisprudencia y el Derecho penal sustantivo ha admitido por más de un siglo, la responsabilidad penal de las PJ, bajo un modelo de imputación vicarial. El que coincide con la idea de que éstas no tienen capacidad de actuar por sí mismas ni de tener intención propia. Sin embargo, este modelo opera bajo una relación lógica simple, derivada de la teoría jurídico-civil de la agencia, permitiendo que, en ciertos presupuestos, se autorice la imputación del actus reus y del mens rea de determinados individuos, por ejemplo: dueños, empleados y gerentes, a la empresa. De este modo, la empresa será penalmente

¹⁰ PASTOR (2006) p. 78.

¹¹ SILVELA (1984), p. 44.

¹² ROBLES (2011), 10.

¹³ CIGUELA (2015) p. 42.

responsable por hechos ajenos cometidos por sus directivos, empleados o agentes, en la medida en que estos últimos se encuentren en ejercicio de sus funciones y hayan actuado con la intención de beneficiar a la empresa.¹⁴

Algunos países de tradición europea continental han incorporado recientemente a sus ordenamientos jurídicos la responsabilidad penal de las PJ bajo los requerimientos de convenios internacionales procedentes de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), Organización de Naciones Unidas (ONU), y el Consejo de Europa.

A pesar de que es discutible si se ha conseguido pasar de una vigencia formal a una vigencia material respecto de la aplicación de estas leyes en las jurisdicciones de tradición continental, parte de la doctrina se ha mostrado escéptica. La objeción tiene que ver con las serias dificultades dogmáticas aparejadas a la responsabilidad penal de un sujeto como la PJ, distinto de aquel para el que se ha concebido el sistema categorial de la teoría del delito, propia del Derecho penal continental, es decir, el principio de que la responsabilidad penal y la pena es personalísima.¹⁵ De esta manera, el juicio de reproche en la culpabilidad requiere plantearse a una persona que podría haber actuado de otra manera, desde una perspectiva ética y social, lo que parece difícil de imputar a una empresa.

En la misma línea, Gómez - Jara identifican la culpabilidad con la reprochabilidad de carácter ético y social, dimensión ética la que afirman no posee la empresa, a la que no podría serle aplicable una pena, por tratarse de entidades sin capacidad autónoma de actuar.¹⁶ Adicionalmente afirma que la racionalidad detrás de la atribución de una heteroresponsabilidad (o atribución de culpabilidad ajena) basada en la intención del agente de perpetrar el delito en provecho de la empresa, pareciera ser completamente ajena a la lógica jurídico-penal continental, vulnerándose con ésta el principio de culpabilidad, la prohibición de responsabilidad penal por hechos ajenos y el principio de personalidad de la pena.¹⁷

Cabe señalar, que las críticas propias del discurso del Derecho penal continental se dirigen tanto contra los modelos de responsabilidad penal por la culpabilidad ajena, heteroresponsabilidad, como a otros modelos de culpabilidad genuina de la empresa autoresponsabilidad construidos a partir de equivalencias funcionales entre las categorías de la responsabilidad penal individual y la responsabilidad penal de las PJ.¹⁸ Así la subordinación y dependencia de los empleados con la PJ, conlleva según ellos un régimen de responsabilidad puramente objetiva que según algunos transgrede los lineamientos más básicos del Derecho penal continental y sus principios.

Bajo el modelo de imputación bicameral, la responsabilidad penal ha de surgir automáticamente en la PJ como resultado de las acciones u omisiones de quienes actúan en su nombre, los agentes, o quienes se encuentran bajo una relación laboral de dependencia, al reconocer la posibilidad de una culpabilidad jurídico-normativa en la empresa.

¹⁴ MOORE (1992), pp 20-26.

¹⁵ GOMEZ - JARA (2005), p. 297.

¹⁶ GOMEZ - JARA (2005), p. 297.

¹⁷ GOMEZ - JARA (2005), p. 297.

¹⁸ GOMEZ - JARA (2005), p. 297.

De esta forma, cualquiera sea el modelo de responsabilidad penal de la PJ por el que se opte, parece ser que los fines que se persigue son similares, el de la prevención general y especial, de los que se desprende la necesidad de analizar el uso de mecanismos negociados para resolver los conflictos penales, que poseen los mismos objetivos preventivos.

II. El modelo de «acuerdos previos al enjuiciamiento» de las personas jurídicas: *non-prosecution agreements* y *deferred prosecution agreements*.

La justicia negociada, los acuerdos, el plea bargaining, la confesión y la colaboración, son herramientas que se vienen considerando soluciones "mágicas" para poder resolver muchos de los retos que el proceso penal actual tiene en la determinación de responsabilidades y consecuencias jurídicas de, entre otros, las personas jurídicas, por hechos criminales complejos, como son el fraude, la corrupción, la criminalidad organizada y la delincuencia socioeconómica. Sin embargo, no estamos ante herramientas jurídicas de aplicación pacífica y unánime dado que sin perjuicio de que parte de la doctrina considera la justicia negociada como un conjunto de mecanismos necesarios o como la única solución posible a ser implementada en estos delitos, otra parte critica estos mecanismos dado que producen dudas acerca de posibles vulneraciones de tradiciones jurídicas y garantías procesales constitucionales a causa de que el Estado pondera positivamente la necesidad de imponer sanciones más efectivas.

Sin embargo en este estudio se valora la utilidad de utilizar mecanismos negociados, considerando que estas instituciones surgieron como una reacción a la necesidad de que el sistema judicial diera una más rápida respuesta en la determinación de responsabilidades derivadas de delitos de gran lesividad. Pero algunos se preguntan si en realidad lo que se hace es contraponer los beneficios individuales, grupales e institucionales con los costes de subyugar garantías, derechos y libertades (Machado de Souza y Rodríguez García, 2022). En el Derecho procesal penal estadounidense los acuerdos previos al enjuiciamiento constituyen una medida intermedia entre la aplicación de criterios de oportunidad para declinar la persecución penal y archivar el caso y el enjuiciamiento del imputado.¹⁹

En la mayoría de los casos, estos acuerdos tendrán lugar antes o después de la imputación penal contra individuos no reincidentes que han cometido delitos menores²⁰. Por lo general, bajo las condiciones de que el sujeto investigado deberá, entre otras cosas, (i) emitir una declaración de reconocimiento o aceptación de responsabilidad por el hecho delictivo; (ii) recibir una asesoría profesional, p.ej., (iii) compensar económicamente a la víctima; y (iv) realizar servicios o trabajo en favor de la comunidad. Una vez cumplidos los términos y condiciones, habiendo transcurrido además un plazo de entre doce y dieciocho meses, el fiscal se desistirá de la imputación penal (*drop charges*) dando fin al procedimiento.²¹

De manera similar el Derecho norteamericano permite la aplicación de dos modalidades específicas de acuerdos previos al enjuiciamiento para PJ, cuyo ámbito de aplicación alcanza una gran variedad de delitos del ámbito empresarial, como pueden ser, delitos contra

¹⁹ PAULSEN (2008), p. 1434.

²⁰ WERLE (2019), p. 1380.

²¹ UHLMANN (2013), p. 1304.

la seguridad y salud pública, delitos medioambientales, delitos contra la libre competencia, cohecho y corrupción, fraude en el mercado de valores, entre otros.²²

En el Reino Unido, los *deferred prosecution agreements* (DPA) fueron introducidos en el año 2014 a través de la *Crime & Courts Act* para ser utilizadas por el Servicio de Fiscalía de la Corona (CPS) y la Oficina de Fraudes Graves (SFO). En primer lugar, los DPA, pueden definirse como un acuerdo entre el persecutor y la PJ investigada que, a cambio de obtener una suspensión del procedimiento penal en su contra, acepta (i) someterse a una reforma estructural que incluya la implementación de controles internos y/o sujetarse a un *compliance monitor*; y (ii) pagar una multa que resultaría menos gravosa que aquella que se le impondría como resultado de un juicio si se demostrara su responsabilidad penal. Una vez que las partes acuerdan las condiciones y términos del DPA, éste es sometido a consideración de un juez en privado, quién resolverá los problemas formales y sustantivos que a partir del acuerdo puedan suscitarse para finalmente aprobar el DPA en audiencia pública.²³

Los DPA, describen la conducta del imputado, sus medidas de cooperación con la autoridad, sus actos de remediación, calculando además la multa aplicable según los parámetros establecidos en los *Sentencing Guidelines*. Una vez perfeccionado el acuerdo, el fiscal deberá publicar su contenido y una declaración de hechos sobre la investigación. Asimismo, al expirar el acuerdo, el fiscal publicará los detalles sobre cómo se cumplieron los términos por parte del imputado²⁴. En el evento en que el DPA sea incumplido, modificado o terminado, el fiscal publicará los detalles de los hechos relevantes y el enfoque adoptado por el persecutor penal.

Desde nuestra perspectiva, los DPA configuran una acertada forma de colaborar a los fines preventivos generales, tanto positivos como negativos y especial, por las formas de publicidad que se realizan sobre los hechos delictivos, condiciones del acuerdo y posteriormente la forma en que se cumplió este acuerdo, lo que ejemplarizan y enseñan a las PJ formas adecuadas de organización y rectificar las actuaciones ilícitas antes de ser denunciados o investigados. Modelo que también aporta a la prevención especial propia o impropia de la PJ que participa en este acuerdo.

Otra modalidad de acuerdos previos al enjuiciamiento para personas jurídicas son los *non-prosecution agreements* (NPA) que a diferencia de los DPA, tendrán lugar en una fase previa a la imputación penal. De este modo, el persecutor desistirá de la interposición de una querrela criminal a cambio de que la empresa se someta al cumplimiento de ciertas condiciones que, generalmente, se traducen en cooperación efectiva con la autoridad en el marco de la investigación, admisión de los hechos objeto de la investigación e implementación de medidas internas de *compliance*, incluyendo en algunos casos, el nombramiento de un monitor externo de *compliance*. Este último tipo de acuerdos, a diferencia de los primeros, no requieren ser sometidos a la aprobación final de un juez, bastando el consentimiento del fiscal y de la empresa para poder perfeccionarlos.²⁵

²² HUSAK (2014), pp. 353-369.

²³ GARRET (2014).

²⁴ Para acceder a la publicación de los DPA que hace el *Department of Justice*: <https://www.justice.gov>.

²⁵ HUSAK (2014), p. 353.

En términos de Husak²⁶, los acuerdos previos al enjuiciamiento para PJ pueden considerarse una innovación reciente del sistema de justicia criminal y la razón de su popularidad se atribuye a una combinación de varios factores preponderantes, entre ellos: (i) el consenso sobre la ineffectividad de la política criminal tradicional dirigida a prevenir el crimen corporativo a través de la persecución de los responsables individuales; (ii) la severidad de las penas aplicables a las empresas, lo cual incentiva las posibilidades de llevar adelante una negociación; y (iii) la sobrecriminalización de conductas empresariales y la apertura de los tipos penales que incrementan las probabilidades de incurrir en conductas delictivas.²⁷

Ahora bien, el incumplimiento de las condiciones materiales impuestas a la empresa bajo cualquiera de los dos tipos de acuerdos permitirá al persecutor ordenar la reapertura de la investigación penal en su contra, pudiendo utilizar la admisión de únicamente organizaciones comerciales investigadas por fraude, soborno y otros delitos económicos.

Los NPA, según nuestro parecer también aportan a un fin preventivo, en este caso especial, ya que el Estado interviene en forma más rápida y cercana al momento en que se cometió el delito, dado que los acuerdos se producen antes de iniciado el proceso penal.

Para un sector de la doctrina penal angloamericana, los DPA imponen determinadas condiciones que se encuentran alineadas a los mandatos del sistema de justicia criminal estadounidense: prevenir, disuadir y hacer penalmente responsable a las PJ involucradas en hechos delictivos.²⁸ Asimismo, se sostiene que las condiciones de reforma estructural y *compliance* que imponen *estos* acuerdos sobre las empresas, encontrarían su fundamento en una necesidad de prevención especial, y la imposición de una multa proporcional, en una forma de retribución por el daño asociado al hecho delictivo.²⁹

Adicionalmente, cabe señalar que en Francia, la Ley Sapin II³⁰ introdujo los llamados *Convention Judiciaire d’Intérêt Publico* (CJIP), permitiendo a las compañías resolver imputaciones por delitos de corrupción, tráfico de influencia y blanqueo de capitales a través de acuerdos propuestos por la fiscalía, los cuales se concretan en la respectiva audiencia pública por aprobación de un juez. Los CJIP imponen requerimientos que, dependiendo de las circunstancias específicas del caso, pueden consistir en admitir los hechos que ponen fin la investigación dirigida en su contra, multas de hasta el 30% de la facturación anual promedio en los últimos tres años, y obligación de implementar un programa de *compliance* supervisado por la Agencia Francesa Anticorrupción.³¹

A nuestro juicio, todos los sistemas de justicia negociada aplicados por estos países poseen un mayor valor preventivo general cuando sus acuerdos se hacen públicos o se transmiten a otras PJ y, de prevención especial, particularmente los que ocupan sistemas de *compliance*, ya que una empresa que aplica a su gestión un cambio estructural con un sistema que cautele su gestión, evita incurrir en nuevos delitos, mediante nuevas medidas preventivas que impidan infringir la normativa vigente, cambiando la cultura empresarial y aprendiendo adecuadas forma de organización y supervisión de sus actuaciones, mediante buenas

²⁶ HUSAK (2014).

²⁷ HUSAK (2014), p. 353-369.

²⁸ SHINER y HO (2018), pp. 707-723.

²⁹ SHINER y HO (2018), pp. 707-723.

³⁰ Ley Sapin, de 2016.

³¹ Ley Sapin II de 2016.

prácticas, las que más allá de un sistema retributivo que solo se orienta a aplicar multas, las que no necesariamente colaboran a un aprender a hacer bien las cosas, mediante una convicción real de la necesidad de un cambio.

III. Modelos transaccionales vigentes en Chile, Brasil y España.

En algunos países de Latinoamérica, como manifestación de la disponibilidad de la acción penal y el principio de oportunidad, se han incorporado las salidas alternativas (SA) al proceso penal, las que no siempre son las mismas o se denominan de la misma manera, pero en general tienen los mismos objetivos. Es así como el sistema penal, por medio de ellas y utilizando criterios que tienden a su eficiencia, intenta autorizar en la persecución penal pública mecanismos auto-compositivos, con participación de la víctima y del imputado en caso de que el interés público existente en la sanción penal sea menor, dado que los criterios preventivos no exigen la imposición de una pena³².

La tendencia a la privatización del proceso que ofrecen las SA ha dado lugar a innumerables críticas. Sin embargo, estos sistemas no implican una disolución de la administración pública de justicia en los delitos de mayor gravedad, y tampoco dan lugar a la pérdida de la bilateralidad de la audiencia y derechos de las víctimas. Por el contrario, en las SA la víctima posee un importante control que se evidencia en los acuerdos reparatorios y, más tangencialmente, en la suspensión condicional del procedimiento. Por ejemplo, en la posibilidad de recurrir de apelación³³.

Entre los objetivos políticos criminales planteados en la creación de las SA estaban dar mayor protagonismo a la víctima en el proceso y posibilitar la resolución del conflicto penal³⁴. A su vez, las SA en el proceso penal tienen como fundamento político-criminal evitar los efectos criminógenos del procedimiento penal y la prisión preventiva respecto de los imputados por delitos menores y de bajo compromiso delictual previo, así como conciliar adecuadamente los intereses de las partes en conflicto. Esto es evidente en los acuerdos reparatorios, y se visualiza también en la suspensión condicional en algunos países donde la ley permite que el imputado modifique las condiciones impuestas durante el período de suspensión.

Se definen las SA como “mecanismos de solución de conflictos, que buscan que las partes alcancen acuerdos con el fin de evitar dirimir los problemas en el sistema penal”³⁵. En este sentido, parece existir confusión entre la forma de término del proceso y los mecanismos de resolución que se ocupan, ya que la SA es una forma de término procesal al conflicto penal donde, por ejemplo, la mediación sería el procedimiento o proceso propiamente tal que se ocupa para llegar a un acuerdo, con forma de SA.

³² HORVITZ LENNON, María Inésy LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, pp. 50 y ss.

³³ GONZÁLEZ RAMÍREZ, Isabel, *Una impostergable transición hacia la Justicia Restaurativa*, 2020, p. 122.

³⁴ HORVITZ LENNON, María Inésy LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, p. 600.

³⁵ CENTRO DE DOCUMENTACIÓN DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA, *Informes en Derecho: Estudio exploratorio sobre las medidas cautelares y salidas alternativas en el nuevo proceso penal*, 2004, pp. 34-36.

En países de la región no existe consenso acerca de cuáles son exactamente las SA. Algunos incluyen, entre estas, el principio de oportunidad y el procedimiento abreviado, aunque dichas fórmulas, en sentido estricto, son procedimientos simplificadores del proceso y no otorgan a los intervinientes una vía diferente al sistema para solucionar su conflicto. Las SA son compatibles con una política criminal de mínima intervención penal, que parte de la doctrina que la pena privativa de libertad no es el instrumento principal para responder a la criminalidad, sino que, por contrario, el mayor nivel de desarrollo y de igualdad social de un país se expresa en su capacidad de resolver los conflictos con el menor uso de los instrumentos coactivos³⁶.

Según alguno de los mensajes de los códigos procesales penales Latinoamericanos el objetivo de introducir estas SA en el ordenamiento procesal penal: “es por una parte descongestionar el sistema y por otra constituyen opciones mucho más beneficiosas que la clásica privación de libertad...”³⁷. Las ventajas de las SA como vía de solución de los conflictos jurídicos penales frente al juicio y a una eventual sentencia condenatoria son múltiples. Entre ellas, cabe destacar, que son una solución rápida y eficaz del conflicto penal, que pueden aplicarse en forma temprana, cercanas a la comisión del hecho ilícito. Las legislaciones, permiten que se adopten en la propia audiencia de formalización de la investigación³⁸. Adicionalmente, estas ofrecen fórmulas de solución al delito diferenciadas según su naturaleza y gravedad, distintas al sistema antiguo de justicia penal de estructura lineal, que ofrece para los ilícitos una misma respuesta.

Ahora bien, al no contar en Latinoamérica con un estudio concluyente sobre la reincidencia respecto de personas a las que se les ha aplicado mecanismos colaborativos de solución del conflicto penal, solo es posible apreciar un acercamiento a este tema en las S A.

Finalmente, una adecuada selección en el ingreso de causas a la instancia de investigación incidirá en un ahorro económico, lo que evitará el malgasto de importantes recursos públicos. Es así como desde el punto de vista doctrinal, el principio de oportunidad o de discrecionalidad de la acción pública debe insertarse conceptualmente dentro del minimalismo penal. Este obstáculo obliga a la implementación de mecanismos de selección que permiten que el sistema funcione.

En el Derecho procesal penal chileno la «suspensión condicional del procedimiento» consiste en un acuerdo bilateral celebrado entre el fiscal e imputado, sometido a una revisión judicial en el marco del proceso penal. Este mecanismo procesal entendido como una manifestación del principio de oportunidad del Ministerio Público³⁹, opera suspendiendo por un plazo entre uno y tres años la investigación y el procedimiento penal contra el

³⁶ GONZÁLEZ RAMÍREZ, Isabel, *Una impostergable transición hacia la Justicia Restaurativa*, 2020, p. 124.

³⁷ Código Procesal Penal, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, p. 32.

³⁸ LARRAURI, Elena, *Suspensión y sustitución de la pena en el nuevo Código penal*, en Revista, Jueces para la democracia, N° 25, Barcelona 1996 pp. 32-47.

³⁹ El artículo 166 inciso 2° del Código Procesal Penal chileno (2000) señala “cuando el Ministerio Público tomara conocimiento de un hecho que reviste el carácter de delito, con el auxilio de la policía, promoverá la persecución penal, sin que pueda suspender, interrumpir o hacer cesar su curso, salvo en los casos previstos en la ley”. El Código Procesal Penal consagra un principio de legalidad procesal atenuado, liberando al Ministerio Público del ejercicio de la acción penal o permitiéndole abandonar la acción iniciada, en ciertos supuestos previstos por la ley.

imputado, quién voluntariamente se somete al cumplimiento de ciertas condiciones solicitadas por la fiscalía y decretadas por el juez de garantía.

Si las condiciones se cumplen, y el imputado no es objeto de una nueva formalización por otros hechos delictivos, se extinguirá la acción penal por los ilícitos que motivaron la investigación, debiendo el tribunal de oficio o a petición de parte dictar el sobreseimiento definitivo.⁴⁰ Cabe señalar que dicho acuerdo es aplicable respecto de delitos de acción penal pública y se podrá solicitar en cualquier estado de la investigación, incluso en la audiencia de preparación del juicio oral. En el caso en que el imputado incumpla las condiciones del acuerdo, se podrá solicitar la revocación de la suspensión del procedimiento.⁴¹

La suspensión condicional del procedimiento es una excepción al principio de legalidad procesal que obliga al Ministerio Público, por regla general, a promover y proseguir la acción penal pública.³² Entre los objetivos político criminales que justificaban la inserción de éste mecanismo en la reforma procesal penal del año 2000 en Chile, destacaba la “necesidad de dar una respuesta efectiva a la criminalidad en el país, descongestionando un sistema de justicia penal.

Ahora bien, en el ámbito del Derecho penal de la empresa, el artículo 25 de la Ley 20.393 sobre responsabilidad penal de las PJ³⁴, introdujo expresamente la —conexión entre el individuo responsable y sus hechos con la PJ y además el hecho de que ésta última haya contribuido a la comisión del delito por el hecho de haberse organizado de una manera que favorece o no impide la perpetración de determinados delitos.⁴²

En diciembre del año 2009, el congreso chileno promulgó la ley 20.393 sobre responsabilidad penal de las PJ, estableciendo un modelo de imputación mixto que complementa un criterio de responsabilidad derivada con el denominado defecto de organización, exigiendo cierto grado de incumplimiento de deberes de dirección y supervisión. El deber de dirección y supervisión se encontrará jurídicamente satisfecho cuando el conjunto de acciones dirigidas al control de las actuaciones penalmente riesgosas de los subordinados y terceros, se encuentren alineadas al contenido de los estándares legales que definen los límites de este deber⁴³.

Al respecto, cabe señalar que el hecho de que las actividades de supervisión de la dirección no consigan evitar la inobservancia de una norma penal en la conducta de los empleados, no obsta al cumplimiento de dicho deber, lo cual bajo la mirada del persecutor deberá ser suficiente para evitar la atribución de responsabilidad.

Es así como, en cuanto a la responsabilidad de las PJ, a consecuencia de la implementación de un programa de *compliance* efectivo, podrán surgir efectos tanto para la responsabilidad penal de las personas naturales que integran la alta dirección de la empresa⁴⁴, como, asimismo, para la responsabilidad penal de la PJ, permitiendo neutralizar imputaciones por

⁴⁰ Código Procesal Penal chileno, artículos 237 y 238.

⁴¹ Código Procesal Penal chileno, artículo 239.

⁴² Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 30.08.2013, rol N° 1953-2013, fundamento particular del voto de mayoría, N° 2.

⁴³ BOCK (2013).

⁴⁴ BOCK (2013).

imprudencia en el primer caso, y prevenir imputaciones penales por defecto organizacional» en el segundo caso.

Adicionalmente, cabe hacer énfasis en que la ley no exige que el imputado, o representante legal de la PJ en este caso, reconozca la participación culpable de la organización en el hecho delictivo investigado por el Ministerio Público, como tampoco se requiere de pronunciamiento inculpatario alguno por parte del juez.⁴⁵

Una vez cumplidas las condiciones y el plazo de la suspensión impuesta por resolución judicial se extinguirá la acción penal contra la PJ, debiendo decretarse — de oficio o a petición de parte— el sobreseimiento definitivo. El incumplimiento no justificado, grave o reiterado de las condiciones impuestas o una nueva formalización contra la PJ permitirá al juez, previa petición del fiscal o de la víctima, proceder a la revocación de la suspensión del procedimiento contra la PJ, el cual continuará de acuerdo a las reglas generales.

Así pues las condiciones de la suspensión condicional del procedimiento que tienen mayor significación preventiva para la PJ son: prestar un determinado servicio a favor de la comunidad e implementar un programa de *compliance* o modelo de prevención de delitos; En materia de responsabilidad penal de las PJ, los casos que mayoritariamente ha conocido el Ministerio Público chileno, se han caracterizado por indagar en empresas que no han adoptado programas de cumplimiento y se han resuelto mediante (i) el acuerdo de una suspensión condicional del procedimiento para la PJ; (ii) mediante la imposición de una condena a la PJ en procedimientos abreviados; (iii) o han terminado con una sentencia absolutoria en juicio oral por razones diversas a la existencia de un programa de cumplimiento.⁴⁶

Desde la perspectiva de los efectos que producen las formas de término relativas a la imposición de una condena sea por juicio abreviado, simplificado u oral a la PJ, estas no aporta a un cambio real de conductas, protocolos y estrategias de las PJ, para actuar dentro del marco normativo esperado, como lo haría una salida alternativa de acuerdo reparatorio o suspensión condicional, donde se que trabajara con la PJ y sus estructuras, mediante la aplicación de un sistema de *compliance* efectivo, que otorga un poder extraordinario y nunca antes visto al Ministerio Público chileno para influir en la organización y estructura empresarial de las PJ imputadas durante la etapa de investigación penal.

El artículo 21 de la ley 20.393, permite la aplicación supletoria de las normas relativas al imputado, acusado y condenado del Código Procesal Penal en lo no regulado en materia de PJ. En ese sentido, la regulación de la suspensión condicional del procedimiento en las PJ es complementada por los artículos 237 y siguiente del Código Procesal Penal chileno.

1. Los Acordos de *leniência* en Brasil.

⁴⁵ VAN WEEZEL (2010), pp. 114-142.

⁴⁶BEVIÁ (2014).p 220.

A diferencia del legislador chileno, con la entrada en vigencia de la *Lei Anticorrupção* o *lei 12.846*⁴⁷ Brasil optó por establecer un régimen administrativo- sancionador para las PJ involucradas en conductas de corrupción activa. La prevalencia de un sistema de responsabilidad administrativa, y también civil, sobre la jurisdicción penal se debió a la continua y creciente creación de agencias regulatorias y sancionatorias independientes, en el ámbito de la administración pública, las cuales podrían hacer frente de manera efectiva al fenómeno de la corrupción corporativa, en lo relativo a la persecución y sanción de las PJ. Por otra parte, la elección de este régimen se fundamentaba en la necesidad de implementar una estrategia óptima a nivel país que permitiera incentivar la cooperación efectiva de las empresas y el sector privado en la lucha contra la corrupción del sector público a través de los denominados acuerdos de indulgencia.⁴⁸

En 2013, antes de la entrada en vigencia de la *Lei anticorrupção* el gobierno federal de Brasil y la policía realizaron 296 operaciones especiales para combatir la corrupción, el lavado de activos y otros delitos conexos, dando lugar al arresto de 1.785 personas, incluidos noventa y seis empleados públicos. Para fines de febrero de 2016, los tribunales federales habían condenado a más de 100 políticos y ejecutivos de empresas por malversación de fondos públicos, cohecho, conspiración y lavado de dinero.

En los últimos años, Brasil ha estado expuesto a una serie de escándalos de corrupción, un ejemplo representativo es el caso Operación Lava Jato que involucra a Petrobras —la mayor empresa petrolera brasileña de propiedad mayoritariamente estatal— y a Odebrecht —empresa constructora de operaciones a nivel mundial— en actos de corrupción que han derivado en la persecución criminal de cientos de políticos y han llevado a la destitución de la ex presidenta de Brasil Dilma Rousseff.

Bajo la *lei 12.846*, las PJ serán responsables por actos ilícitos contra la administración pública, cuando dichos actos sean atribuibles a un empleado y se lleven a cabo en interés o beneficio de la entidad. Esta ley establece un régimen de responsabilidad objetiva, lo que significa que la PJ será responsable incluso si los ilícitos son atribuibles a un único empleado o proveedor de servicios que ha actuado incumpliendo los procedimientos de *compliance* de la entidad o sin el conocimiento de la misma.⁴⁹

En términos generales, las conductas sancionadas son actos contra los activos públicos nacionales o extranjeros; actuaciones contra los principios de la administración pública; y actos que infrinjan determinados compromisos internacionales asumidos por Brasil (p.ej., Convención sobre lucha contra la Corrupción de Funcionarios Públicos Extranjeros de la OECD).⁵⁰

Este régimen de responsabilidad civil objetiva y también administrativa, es aplicable a PJ constituidas localmente y sociedades extranjeras con representación en territorio brasileño. La responsabilidad podrá perseguirse por parte de las agencias públicas reguladoras (en el caso de la responsabilidad administrativa) y por parte del Ministerio Público (en el caso de

⁴⁷ Ley N° 12.846, de 2014.

⁴⁸ DE SOUSA (2013).

⁴⁹ DE SOUSA (2013).

⁵⁰ DE SOUSA (2013).

la responsabilidad civil) en la medida en que un empleado de la empresa, cometa alguno de los ilícitos identificados en dicha ley como cohecho a funcionario público nacional y extranjero, fraude en procedimientos de licitación pública, frustración del carácter competitivo de un procedimiento licitatorio, en beneficio o provecho de la PJ.⁵¹

Cabe señalar que la persecución de responsabilidades administrativas no obsta al ejercicio de la acción judicial para perseguir sanciones civiles como la: disolución de la PJ, suspensión o interdicción parcial de sus actividades, subsistiendo la posibilidad de perseguir la responsabilidad penal de las personas físicas involucradas. De este modo, el ordenamiento brasileño consagra el principio de la doble instancia, permitiendo que una misma conducta configure ilícitos de distinta naturaleza, lo que ha llevado a serias discusiones en materia de constitucionalidad de los *acordos de leniência*, especialmente en lo que dice relación con la producción de prueba contra uno mismo, al utilizarse las declaraciones manifestadas por una determinada empresa a través de un *acordo de leniência* en otro proceso sancionatorio distinto contra la misma.⁵²

De este modo, la *lei* 12.846 permite que las PJ investigadas por actos de corrupción, como: el cohecho a funcionario público y corrupción en la contratación pública, puedan entrar en *acordos de leniência* con la autoridad pública brasileña, siempre y cuando la empresa investigada sea la primera en manifestar su intención de cooperar, admita su participación en la conducta ilícita, cese cualquier otra participación, otorgue una restitución total por los daños causados y coopere de manera total y permanente con la investigación en curso.

La *lei* 12.846 (Artículo 8º) establece que es competencia de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, en sus diversos ámbitos, la instauración y desarrollo de procesos administrativos para averiguar actos de corrupción, dando legitimidad activa a múltiples organismos públicos para la negociación y concreción de los *acordos de leniência* en el ámbito de procedimientos administrativos, entre ellos, *Controladoria Geral da União, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle, Advocacia-Geral da União, CADE, Tribunal de Contas da União*.

En la medida en que dicha la colaboración de la PJ resulte efectiva en cuanto a (i) la identificación de otras personas naturales y jurídicas involucradas en los hechos ilícitos; y (ii) la obtención rápida de información y documentos que demuestren la comisión de un ilícito se le permite una reducción de las multas y eximirla de la publicación de la condena y además (a) evitar la interposición de acciones civiles y sancionatorias (*ação de improbidade*) que le corresponden ejercer al Ministério Público Federal, pudiendo éste comprometerse a no accionar por hechos o conductas reveladas como consecuencia del *acordo de leniência*; (b) eximirse de la sanción judicial de prohibición de recibir incentivos, subvenciones, donaciones o préstamos de órganos o entidades públicas y de instituciones financieras públicas; (c) obtener la inmunidad o reducción de sanciones administrativas por infracciones a la ley de contratación pública.⁵³

⁵¹ DE SOUSA (2013).

⁵² DE SOUSA (2013).

⁵³ BRASIL, Orientação nº 07/2017, Acordos de leniência, Ministério Público Federal 5ª Câmara de Coordenação e Revisão - Combate a corrupção; Lei anticorrupção - (Lei n. 12.846, 1º de agosto de 2013); Lei Federal nº 8.666 de 1993.

A pesar de afirmarse que los *acordos de leniência* se inspiran en la experiencia del modelo de acuerdos estadounidense DPA, el modelo de acuerdos brasileño difiere sustancialmente de este en múltiples aspectos, no solo porque los *acordos de leniência* operan al margen de la jurisdicción penal y del proceso penal, sino además porque su diseño institucional no apunta, de manera principal, a impedir la imposición de una sentencia condenatoria contra la empresa a través de criterios de oportunidad, sino más bien a atenuar o eximir a la PJ de determinadas sanciones en la fase de término del juicio civil o procedimiento administrativo. De acuerdo a lo indicado, los *acordos de leniência* podrían asemejarse más a los *plea agreements* regulados en las *Federal Sentencing Guidelines for Organizations*, las cuales permiten atenuar las sanciones aplicables a una empresa, cuando ésta se declara culpable, comprometiéndose además a cooperar en la investigación.

Cabe mencionar que los *acordos de leniência* no tienen un efecto eximente respecto de todas las sanciones aplicables a las PJ, dejando expresamente excluidas del eximente derivada de un *acordo de leniência* a la mayoría de éstas⁵⁴ como por ejemplo: la *suspensão ou interdição parcial de suas atividades y dissolução compulsória da pessoa jurídica*.⁵⁵

Ahora bien, de la observación de estos *acordos de leniência*, podemos concluir que son más bien una forma de sanción atenuada respecto de la PJ, como recompensa de su aporte en la investigación de hechos delictivos, más parecidos a nuestros juicios abreviados o simplificados, los que no contribuyen al aprendizaje preventivo de la comisión de delitos, mediante una estructura organizacional que limite las acciones ilícitas.

2. La conformidad en el proceso penal de las personas jurídicas en España.

En España, se introdujo un régimen de responsabilidad penal de las PJ a través de la reforma al Código Penal (Ley Orgánica 5/2010) en el cual el ordenamiento jurídico-procesal no permite al Ministerio Fiscal (MF) pactar acuerdos de no persecución o suspensión de la persecución penal semejantes a los del Derecho norteamericano.

La LECRIM en su artículo n°100 consagra el principio de legalidad procesal en virtud del cual todo delito debe hacer surgir el ejercicio de la acción penal para castigar al culpable. Por lo anterior, “el MF se encuentra obligado a ejercer todas las acciones penales que considere procedentes..., menos las que el Código Penal reserva exclusivamente a la querrela privada”.⁵⁶

Del tenor literal de Artículo 31 bis del Código Penal español, se desprende que la imputación penal de la PJ se deriva del hecho de que las personas físicas integrantes de la misma cometan alguno de los delitos que tras la reforma del Código Penal de 2010 contemplan penas para las PJ, concurriendo además una serie de circunstancias resumidas a continuación: (i) que el delito se haya cometido en nombre y por cuenta de la organización; (ii) que se haya cometido en beneficio directo e indirecto de la organización; (iii) que se

⁵⁴ Ley N° 846, de 2013.

⁵⁵ BEVIÁ (2014), p. 221.

⁵⁶ La Fiscalía en su Circular 1/2016, de 22 de enero argumenta que “la persona jurídica propiamente no comete el delito sino que deviene penalmente responsable por los delitos cometidos por otros”. El delito corporativo consistente en una ausencia de cultura de respeto al Derecho, para que a esta le sea exigible responsabilidad penal. Véase STS de 29/02/2016 y 16/03/2016.

hayan podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por los directivos los deberes de control sobre la actividad de los subordinados.⁵⁷

La Fiscalía en su Circular 1/2016, de 22 de enero argumenta que la PJ propiamente no comete el delito, sino que es penalmente responsable por los delitos cometidos por otros. No obstante, el Tribunal Supremo español provee una interpretación sistémica que difiere de la versión de la Fiscalía, en cuanto a que independientemente de los delitos cometidos por las personas físicas, representantes, directivos o subordinados, es necesario que concurra un hecho propio de la PJ, que se concreta en la comisión de un delito corporativo consistente en una ausencia de cultura de respeto al Derecho, para que a esta le sea exigible responsabilidad penal.⁵⁸

Gimeno Sendra⁵⁹, entiende la institución de la conformidad como un acto unilateral de postulación y de disposición de la pretensión, efectuado por la defensa y realizado en el ejercicio del principio puro de oportunidad, por el que, mediante el allanamiento a la más elevada petición de pena, que nunca puede exceder de 6 años de privación de libertad, se ocasiona la finalización del procedimiento a través de una sentencia con todos los efectos de la cosa juzgada.

A través de la Ley 37/2011 de medidas de agilización procesal, la conformidad se ha hecho extensiva al proceso penal de las PJ las cuales, a través de su representante legal, con poder especial para ello, podrán realizar la declaración de conformidad.⁶⁰ A diferencia de la conformidad de las personas físicas la doctrina estima que en el caso de las entidades colectivas, la conformidad no podrá considerarse en ninguna circunstancia como una confesión o admisión de hechos propios, sino simplemente como una asunción de responsabilidad penal por parte de la PJ a través de su representante.

En cuanto a las limitaciones penológicas para su aplicación, la *LECrim* (art. 787) establece un tope de 6 años de prisión como límite para que el Juez o Tribunal pueda dictar una sentencia de conformidad. En principio, esta limitación no afectaría a las personas jurídicas al no ser susceptibles de ser sometidas a la única limitación temporal exigida para la declaración de conformidad en el marco del proceso penal (art. 787 de la *LECRIM*) es que ésta sea declarada antes de la práctica de la prueba en el juicio oral.

En cuanto a las penas privativas de libertad, sin embargo, parte de la doctrina estima que en caso de ser aplicable la pena de disolución, considerando su naturaleza permanente que sobrepasa límites anuales, la conformidad sería improcedente.⁶¹

Al respecto, nada impide que la PJ pueda declarar la conformidad, a través de su representante, antes del juicio oral, durante el trámite de calificaciones provisionales, a través del escrito de defensa o en el escrito de calificación⁶².

⁵⁷ BOLDOVA (2013), pp. 219-263.

⁵⁸ BOLDOVA (2013), pp. 219-263.

⁵⁹ GIMENO SENDRA (2010), p. 395.

⁶⁰ GIMENOS SENDRA (2016).

⁶¹ GIMENO BEVIÁ (2014), p. 218.

⁶² GIMENO BEVIÁ (2014). P. 219.

Comparativamente, cabe señalar que, a diferencia de los acuerdos de diferimiento de la persecución (DPAs) propios del Derecho estadounidense o la suspensión condicional del procedimiento en Chile, la conformidad no sirve de vehículo para que la persona jurídica pueda evitar ser judicialmente condenada, pues el objetivo de este mecanismo transaccional, si fuera posible definirlo así y no considerarlo un simple allanamiento, asimilable al del Derecho civil, no apunta al sobreseimiento de la causa contra la PJ. *Ergo* no constituye una salida alternativa al proceso penal, sino que más bien tiende a acelerar la finalización del procedimiento penal a través una sentencia condenatoria que tendrá efecto de cosa juzgada. Al respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 971/2010, plantea que, en cuanto a la naturaleza jurídica de la conformidad, no existe criterio uniforme. Se discute si la conformidad se configura como una institución equiparable al allanamiento civil, o si en cambio, se trata de una institución de carácter transaccional.

En primer lugar, Gimeno Sendra⁶³, diferencia la conformidad plena, entendiéndola como tal a aquella que recae sobre los hechos punibles y la petición de pena de las partes acusadoras, de la conformidad limitada, que recae exclusivamente sobre la pretensión de pena y no sobre los hechos criminales. De este modo, entiende que la primera de ellas parte de la naturaleza jurídica de la confesión, mientras que la segunda representa una especie de allanamiento unilateral de la parte acusada en cuanto a la petición de pena. Así la conformidad representa un allanamiento a las pretensiones de la acusación sin llegar a su equiparación total y a sus estrictas consecuencias, por cuanto hay que reconocer que en el proceso civil rige el principio dispositivo y la verdad formal, mientras que en el proceso penal prepondera el de legalidad y la indisponibilidad del objeto del proceso, siendo la búsqueda de la verdad material a la que se orienta este proceso.

Díez⁶⁴ considera que "la naturaleza jurídica de la conformidad viene dada por la forma en que la misma se manifiesta, de manera que si esta se presta una vez que en las acusaciones se han formulado los escritos de calificación, esta participa de la naturaleza del allanamiento, donde no hay negociación alguna, representando esta un acto puramente voluntario y unilateral. Mientras, la conformidad que tiene lugar con la presentación de un escrito conjunto de calificación entre acusación y acusado, así como aquella que se presenta al inicio del acto de juicio oral, ostentan naturaleza transaccional, en la medida en que su adopción parte de una negociación previa entre las partes".

Adicionalmente, cabe señalar que pese a que la conformidad de las PJ en España, a diferencia de los *plea agreements*, que son acuerdos de culpabilidad del Derecho estadounidense, constituye una simple asunción de responsabilidad penal sin admisión de culpabilidad por parte de la empresa, es posible constatar similitudes entre ambos instrumentos, en tanto que ambos se traducen en fórmulas transaccionales al servicio de la justicia penal que permiten un margen de negociación entre el fiscal y la PJ para conseguir la finalización del proceso penal, a través de una sentencia condenatoria; y evitar la celebración de un juicio contra la empresa.

⁶³ GIMENO SENDRA (2010).

⁶⁴ DÍEZ (1992).

Finalmente, podemos sostener que la conformidad de carácter transaccional, tendrán un valor restaurativo,⁶⁵ con validez preventiva especial, dependiendo del contenido de las obligaciones a que se comprometa la empresa, especialmente si tienen compromisos de restructuración de su cultura organizacional.

IV. Análisis crítico de los “Pre-Trial Agreements” para personas jurídicas en el Derecho Penal norteamericano.

Antes de la mitad del siglo IX en Estados Unidos, los jueces y juristas de la tradición del derecho común (*common law*) habían manifestado sistemáticamente su rechazo a la idea de responsabilizar penalmente a las organizaciones por los delitos cometidos por sus dueños, agentes y empleados.

Pese al fuerte arraigo de dos principios aplicados durante siglos en el *common law* que son: (a) el requerimiento de una responsabilidad subjetiva o “mens rea”; y (b) la prohibición de atribuir responsabilidad objetiva por hechos ajenos, las necesidades político-criminales en el ámbito de la delincuencia organizada permitirían que durante la primera mitad del siglo XX se importara la doctrina del *respondeat superior* proveniente del Derecho civil al ámbito de la justicia criminal, como modelo de imputación de responsabilidad penal de entidades colectivas.⁶⁶

Desde aquella época, la jurisprudencia del Tribunal Supremo estadounidense ha admitido una responsabilidad de carácter objetiva y por transferencia para condenar a las organizaciones por hechos ajenos cometidos por sus directivos, empleados o agentes, en la medida en que estos últimos se encuentren en ejercicio de sus funciones y hayan actuado con la intención de beneficiar a la empresa.⁶⁷

El sistema de imputación de responsabilidad vicarial para empresas dominante en los Estados Unidos coincide, por tanto, con la idea de que las PJ no tienen capacidad de actuar por sí mismas ni de tener intención propia, el modelo opera entonces bajo una relación lógica simple, derivada de la teoría jurídico-civil de la agencia bajo ciertos presupuestos.

A groso modo, los presupuestos de dicha relación causal, que pueden dar lugar a esta responsabilidad penal vicarial, son: (a) la empresa ha permitido o autorizado —de manera explícita o implícita— que ciertos agentes puedan actuar en su nombre en determinados ámbitos; y (b) un agente actuando dentro de dichos ámbitos comete un delito con la intención de beneficiar a la entidad. Al respecto, no cualquier actuación del agente en el ámbito de sus funciones o empleo será suficiente para poder atribuirle responsabilidad penal a la empresa y, con menor razón, aquellas actuaciones del agente que puedan resultar contrarias a los intereses de la empresa no podrían vincularla penalmente.

⁶⁵ ARTAZA (2022).

⁶⁶ ORTIZ DE URBINA (2014).

⁶⁷ Véase *United States v. New York Central and Hudson River Railroad Company*. No. 285. Argued December 16, 1908. Decided February 23, 1909. 212 U.S. 509.

Sin perjuicio de que, bajo el modelo vicarial de imputación penal previamente descrito, las empresas pueden ser penalmente responsables por las actuaciones de sus empleados, incluso por las acciones u omisiones de subordinados de más baja jerarquía actuando en contra de las instrucciones y directrices corporativas. En la práctica y especialmente en el ámbito de las compañías que transan públicamente sus acciones en el mercado de valores *publicly traded corporations*, los fiscales federales han dejado de imputar dicha responsabilidad contra las empresas⁶⁸. En lugar de ello, las instrucciones impartidas a los persecutores federales se orientan claramente a la priorización de medidas alternativas que permita evitar el juicio, no obstante el tribunal imponga una condena previamente negociada entre empresa y fiscal (*plea agreement*).

En ese sentido, puede argumentarse que en Estados Unidos, se ha reemplazado la regla de imputación vicarial—*de iure* vigente— por un *enforcement* basado en acuerdos (DPA Y NPA), cuya aplicación dependerá de factores diversos, como por ejemplo, la imputación del *Model Penal Code*. Modelo que permite la atribución de responsabilidad penal sobre la entidad cuando el hecho delictivo ha sido autorizado, ordenado, ejecutado o imprudentemente tolerado por la junta directiva o por un alto gerente con poder de administración, que actúe en nombre de la entidad y dentro del ámbito de sus funciones o empleo.⁶⁹

Pese a su naturaleza vicarial, argumenta Arlen, la responsabilidad penal de las PJ ha incorporado *de facto* en los últimos años elementos de “responsabilidad subjetiva” relativos al cumplimiento de deberes de diligencia y colaboración con la investigación que se concretan de forma dual: en el control *ex ante* y en la cooperación *ex post* de la empresa.⁷⁰ Ahora bien, estos mecanismos no son del todo nuevos, en el ámbito de la persecución de la responsabilidad penal individual, los fiscales estadounidenses han tenido a su disposición, durante décadas, las denominadas S A al juicio (*pre-trial diversión agreements*), las cuales tienen lugar antes o después de la imputación penal. Requiriendo, en la mayoría de los casos, una declaración de reconocimiento o aceptación de responsabilidad sobre los hechos delictivos, la aplicación de medidas de seguridad, restitución a las víctimas, y realización de trabajo comunitario, entre otras cosas.

La fundamentación de estos acuerdos es ciertamente utilitarista. La utilidad social se deriva del cumplimiento exitoso del acuerdo, al evitar la estigmatización y los efectos negativos que la sanción penal puede generar sobre el imputado y sus posibilidades de realización personal en la sociedad. Por ejemplo, marginación del mercado laboral, devaluación de la persona en ciertos contextos sociales, entre otros. Además, estos acuerdos permitirían satisfacer el principio de utilidad, al limitar la asignación de recursos económicos del sistema de justicia criminal a la investigación y persecución de personas reincidentes y hechos delictivos que revistan mayor gravedad o dañosidad social.

En el año 2008, el DOJ al actualizar los *Principles of federal Prosecution for Business Organizations*, justificaba un modelo de acuerdos previos al enjuiciamiento para poder de este modo evitar las consecuencias colaterales indeseadas, por ejemplo desvalorización de

⁶⁸ (Arlen, / Kahan 2016)

⁶⁹ ARLEN (2016); KAHAN (2016).

⁷⁰ HORTAL/VALIENTE (2014), p 75.

las acciones en el mercado de valores, despidos masivos de los empleados y afección a los accionistas de una empresa en el evento en que ésta fuese penalmente enjuiciada, en el que la acusación del fiscal por los delitos de obstrucción a la justicia y fraude contable, acompañada de una intensa cobertura mediática del caso, derivaron en el cese de las operaciones de la PJ y la pérdida de miles de empleos. Lo anterior hizo surgir un interés preponderante en el DOJ, por recurrir a mecanismos alternativos a la acusación penal, ya no solo alternativos al juicio y a la condena como ocurría desde la década de los noventa con los *plea agreements* con el propósito de prevenir el daño reputacional y colateral sobre las empresas.⁷¹

Asimismo, las instrucciones emitidas por el Departamento de Justicia, fundamentaban la importancia de los DPAs/NPAs en su potencial para incentivar la colaboración de las empresas en la investigación penal, permitiendo la revelación de información confidencial y la desclasificación de documentos útiles para acreditar la participación de administradores, gerentes o empleados, en los delitos que se investigan.

En materia de acuerdos, Garret argumenta que la preferencia político-criminal del modelo de acuerdos (DPAs/NPAs) por sobre la aplicación de medidas punitivas, obedece a la idea de que la persecución de los individuos vinculados a la empresa no se ve afectada, sino por el contrario, se ve facilitada por medio de los incentivos para cooperar que tienen las empresas, permitiendo la injerencia del aparato persecutor en reformas estructurales necesarias para prevenir delitos en las empresas.⁷² En otras palabras, los requerimientos de *compliance* impuestos a través de un acuerdo, como la implementación o revisión de políticas, procedimientos y controles internos, la asignación de un monitor externo, y la reorganización corporativa, son considerados en un sentido político-criminal prioritarios en relación a la necesidad y el merecimiento de pena.

Sin embargo, otros autores como Uhlmann⁷³, consideran que la verdadera racionalidad que existe detrás de estos acuerdos es una cuestión puramente económica de análisis de costo-beneficio, motivada por el principio de oportunidad (expediency) del sistema de justicia criminal, siendo sus beneficios iguales o mayores que los derivados de la persecución penal, y sus costos, considerablemente menores. Dado que la utilización de estos mecanismos a nivel federal se concentra principalmente en las grandes empresas que transan sus acciones públicamente en el mercado de valores. Conforme a los datos proporcionados por el Departamento de Justicia estadounidense, entre el año 2001 y 2010 se condenó a un total de 54 empresas, mientras que 89 entraron en acuerdos con la autoridad federal. Entre el año 2011 y el año 2014 se condenó a 28 empresas, mientras que un total de 109 empresas pactaron este tipo de acuerdos.⁷⁴

⁷¹ En junio de 2002, una sentencia condenaba a Andersen, la principal firma de servicios profesionales del mundo, por haber obstaculizado una investigación judicial. Según la sentencia, el socio de Andersen vinculado a la auditoría de Enron había destruido voluntariamente pruebas importantes de cara a la investigación por la quiebra del gigante energético. Andersen fue condenada por obstrucción a la justicia, en teoría por haber destruido pruebas antes de que se iniciase la investigación.

⁷² GARRETT (2007).

⁷³ UHLMANN (2013).

⁷⁴ ORTIZ DE URBINA (2014).

En este contexto, se han despertado críticas de la comunidad académica, ante la preocupación por institucionalizar un sistema en que la preponderancia de consideraciones previas a la perpetración del delito (prevención y control interno) y otras posteriores a su comisión (colaboración con la investigación) permitan la erosión de los principios básicos de la responsabilidad penal, de la pena y de las garantías procesales de los intervinientes.

A este respecto Sheley⁷⁵ considera que el *enforcement* del Derecho penal corporativo es notoriamente inconsistente, en razón de una brecha entre el Derecho penal sustantivo y las instrucciones (*guidelines*) impartidas a los persecutores, relativas a los criterios de imputación de responsabilidad y estándares de culpabilidad y las instrucciones del DOJ, ignorándose en el ámbito de la persecución penal el principio de *respondeat superior* como criterio de imputación y en lugar de ello opera, el *enforcement* del Derecho penal principalmente, en atención a la diligencia y las características propias de la persona jurídica.⁷⁶

Asimismo, las conductas post-delictivas de una empresa penalmente investigada (por ejemplo, cooperación con las autoridades, adopción *ex post factum* de un programa de *compliance*, es un factor mucho más determinante en la decisión del persecutor que la dañosidad del hecho delictivo, privilegiándose las instrucciones del DOJ por sobre el Derecho penal sustantivo.

La dañosidad del hecho delictivo, es frecuentemente considerada como un elemento menos relevante, bajo la óptica del persecutor, que la respuesta de la empresa frente al delito y su colaboración con cualquier investigación gubernamental posterior. Esta situación, indica Laufer⁷⁷, pone gravemente en peligro la función expresiva que tiene el Derecho penal en el ámbito empresarial, desvinculando la sanción penal del daño derivado del delito.

También los juristas estadounidenses, asocian la erosión del Derecho penal sustantivo con su aplicación material (*enforcement*), donde existe un amplio poder discrecional de los persecutores. Al respecto Dripps (2017) argumenta que se ha llegado a una situación crítica, donde la relevancia del Derecho penal sustantivo es menor que el ejercicio del poder discrecional del fiscal en la determinación de la responsabilidad penal⁷⁸.

A lo anterior cabe agregar la crítica respecto a la sobre criminalización de conductas en el ámbito del Derecho penal empresarial, lo que permite que un mismo hecho delictivo pueda subsumirse en una multiplicidad de tipos penales distintos, fenómenos que convergen en un modelo de persecución fuertemente discrecional, que finalmente otorga a la fiscalía, y no al juez, las decisiones relevantes sobre la responsabilidad penal. Esta tendencia institucional, denominada *selective enforcement* según parte de la doctrina, es deficitaria en relación al cumplimiento de las exigencias impuestas por el principio de legalidad y el principio de igualdad ante la ley⁷⁹.

⁷⁵ SHELEY (2013), p. 263.

⁷⁶ SHELEY (2013), p. 263.

⁷⁷ LAUFER (2006), p.189.

⁷⁸ KRAUSS (2012).

⁷⁹ DRIPPS (2017), pp, 423-426.

Los fiscales parecen tener la autoridad final, no solo para decidir en qué casos presentar una acusación formal, sino, además para determinar el contenido y las condiciones de los acuerdos. Adicionalmente, los jueces no tienen la potestad de cuestionar la voluntad del fiscal a menos de que se esté infringiendo la constitución, las leyes o las políticas.

En una posición contraria y con fines más preventivos Husak⁸⁰ caracteriza a los DPA como un experimento de ingeniería social, que tiene lugar a partir de la ocurrencia de un hecho delictivo imputable a la empresa, esto es una oportunidad generada a partir de un injusto penal y materializada en una instancia procesal, para que los oficiales del sistema de justicia criminal puedan intentar mejorar el modelo de organización de la entidad, reduciendo sus probabilidades de reincidencia. En ese sentido, el aparato persecutor ejerce su poder discrecional no para sancionar con penas convencionales, sino más bien para modificar la manera en que las entidades delictivas se desenvuelven en la economía, en el mercado y en el transcurso de sus negocios.

Así, aunque Husak⁸¹ afirma que este tipo de intervención institucional infringe claramente el principio de presunción de inocencia, ya que prescinde de probar culpabilidad de la entidad para la imposición de una medida equivalente a la pena, por lo que no es partidario de concederle un prevalencia a priori y en forma abstracta por sobre los principios del Derecho penal, Así el peso de la presunción de inocencia, podrá variar en función del ámbito específico en el que se invoca, no siendo posible asumir una equivalencia valorativa de este principio en la responsabilidad penal individual y en la responsabilidad penal corporativa.

Respeto de la presunción de inocencia Cohen y Shiner⁸² la entienden como un derecho autónomo de protección del ciudadano frente al Estado, construido para personas naturales y no para entidades. En ese sentido es posible coincidir con la opinión de Husak⁸³, el cual argumenta que la aplicación de mecanismos de ingeniería social dirigidos a mejorar la conducta de la entidad para disminuir sus probabilidades de reincidencia, contribuye a un concepto de interés público.

Así, “*plea bargain*” moderno, representa un compromiso entre las partes, a través del cual se negocia y estima un resultado probable del juicio, es la decisión sobre la imputación específica que le pertenece al fiscal, y el juez y el jurado, no podrán condenar por una imputación que el fiscal no haya realizado.

Por otra parte, los efectos comunicativos de los acuerdos negociados con el persecutor para conseguir un DPA, según Husak⁸⁴, pueden repercutir fuertemente en la reputación de una organización, generando pérdidas millonarias, efectos estigmatizantes de estos acuerdos que llevan a plantearse que el cumplimiento de un acuerdo puede resultar equivalente a la imposición de una pena.

Aunque en el caso de las empresas, hay serios obstáculos para fundamentar la idea de justo merecimiento bajo una concepción retributiva de la pena dada la “ineficacia en tanto se

⁸⁰ HUSAK (2014), p. 354.

⁸¹ HUSAK (2014), p. 354.

⁸² COHEN y SHINER (2018).

⁸³ HUSAK (2014). P. 355.

⁸⁴ HUSAK (2014).

asume que la amenaza de penas incapacitadoras tendrá un efecto especialmente disuasivo; sin embargo, no lograría conseguir de la mejor forma su propósito, que es la reducción de la criminalidad empresarial”⁸⁵ algunos autores que se adhieren a las teorías comunicativas del modelo de Habermas, relativo a los imperativos morales derivados del consenso propio del discurso social, argumentan que, a pesar de tratarse de entidades ficticias, las empresas estarían sujetas a demandas de la moralidad pública, funcionando como agentes morales distintos e independientes de sus miembros individuales y de la comunidad que las integra,⁸⁶ De esta manera podemos afirmar que identificar la proporcionalidad de la pena en el Derecho penal individual es un proceso incompatible y no replicable para la responsabilidad penal de las PJ. Esto debido a que el principio de proporcionalidad requiere de la intensidad del sufrimiento y privación de libertad lo cual no es literalmente aplicable a las entidades ficticias.

Es así como los antecedentes evaluados con anterioridad, permite plantear que los acuerdos negociados de las PJ en materia penal, aunque en algunos aspectos gravosos para los principios del Derecho penal sustantivo, o al menos discutible su conformidad a estos, sus fines preventivos generales y especiales, coinciden con los objetivos de esta disciplina, especialmente aquellos que establecen cumplimiento de condiciones de implementación de sistemas de *compliance*, los que conllevan mayores beneficios político criminales que un proceso penal, un juicio y una pena.

V. Conclusiones.

El análisis de la necesidad político-criminal de considerar la inserción los acuerdos negociados como forma de dar solución a un conflicto que reviste las características de delito cometidos por las PJ, mediante un régimen de salidas alternativas al proceso penal como medida preferente al enjuiciamiento y la aplicación de una pena, nos permite concluir que hoy más que nunca, ante el establecimiento de los sistemas de persecución penal a las PJ, y la promulgación de la nueva ley de Delitos Económicos en el Gobierno Corporativo de las Empresas en Chile, existe la necesidad de aplicar acuerdos negociados entre el ente persecutor y las PJ, debido a que el someter a un proceso penal y la aplicación de una pena a una entidad jurídica pueda generar impactos económicos negativos y/o resultar en daños colaterales para empleados y accionistas, además de bajas en la productividad de bienes y servicios para el país, al menos de forma temporal.

De esta manera, las salidas alternativas en el marco del proceso penal de personas jurídicas, ya sea como suspensión condicional del procedimiento o acuerdos reparatorios, podrían eventualmente optimizar la eficiencia del sistema de justicia penal, consiguiendo incrementar los niveles de cumplimiento de las normas penales por parte de las PJ, previniendo la comisión de delitos y la afección a importantes bienes jurídicos, especialmente relativos a la confianza en la ética social de las empresas públicas y privadas, en que la comunidad requiere confiar, para lograr un adecuado desarrollo y crecimiento económico, industrial y social del país, lo que además permite disminuir la carga administrativa y procesal del Ministerio Público y de los Tribunales de Justicia, al reducir

⁸⁵ WERLE (2019).

⁸⁶ SHELEY (2013).

los casos que deben ser investigados, que llegan a juicio y a los que se debe controlar la aplicación de una pena.

Es así como podemos afirmar que en este estudio se ha podido confirmar la hipótesis planteada, especialmente en lo relativo a que los acuerdos negociados como forma de abordar y poner fin a la denuncia de un delito cometido por una PJ, incentivan la colaboración voluntaria de la empresa en la determinación de la verdad de los hechos ilícitos cometidos durante la etapa de investigación, permitiendo la revelación de información confidencial y la desclasificación de documentación útil para acreditar la participación individual de sus miembros en los hechos que se investigan y la injerencia del aparato persecutor en la cultura corporativa, al imponerse reformas estructurales orientadas a la prevención y detección de delitos, sistemas de *compliance*: controles internos, procedimientos de prevención de delitos, e investigaciones internas, por medio de acuerdos con el persecutor.

Es así como, considerando la existencia de variados modelos de responsabilidad penal de las PJ, usados por la jurisprudencia y el Derecho penal sustantivo, en algunos países de tradición europea continental han incorporado en sus ordenamientos jurídicos la responsabilidad penal de las PJ bajo los requerimientos de convenios internacionales, sobre lo que la doctrina se ha mostrado escéptica, ya que esto afecta a los principios propios del Derecho penal, tales como que la responsabilidad penal es personal y aspectos que identifican la culpabilidad con la reprochabilidad de carácter ético y social, dimensión que afirman no posee la empresa, la que tampoco debiera responder por la culpabilidad ajena con una responsabilidad puramente objetiva de subordinación de los empleados a la PJ.

Ahora bien, desde la perspectiva de la justificación de la aplicación de una pena a la PJ, ya desde el siglo veinte se le otorga fundamentos utilitarios, de prevención general positiva y negativa a la sanción estatal aplicada a las PJ, tanto como forma de disuasión a la colectividad, como para el reforzamiento de la conciencia jurídica, para lo que se usan acuerdos negociados entre el Ministerio Público y la PJ, los que implican la aplicación de un sistemas de control en la gestión de las PJ públicas y privadas, mediante sistemas de *compliance* y un especial cuidado en su organización y actuación, para el respeto de las normas jurídicas vigentes. Lo que permite cumplir de mejor manera con el fin preventivo de la pena, de lo que ocurre con los procesos penales y las penas, que como muestra la experiencia solo llevan a eludir la ley utilizando estrategia para no ser descubiertos, en lugar de cambiar la cultura de sus organización y trabajadores.

Los acuerdos negociados frente a delitos cometidos por PJ, aportan al cambio de cultura de estos entes ficticios y sus integrantes, dado que promueven un sistemas de *compliance* que ordena la organización de la PJ, mediante un aprendizaje adecuado de gestión para prevenir la comisión de nuevos ilícitos, especialmente los que usan modelos de acuerdos focalizados al esclarecimiento de la verdad de los hechos, la no repetición de estos y la reparación de las víctimas.

Adicionalmente estos acuerdos, al tener menos formalidades procesales que un juicio, le permiten intervenir al Estado cuando recién el delito se ha cometido y cumplir con los fines preventivos especiales y generales positivos para todas las PJ, ya que las condiciones de

cumplimiento de los acuerdos otorgan a ésta el conocimiento de una correcta organización y gestión, expandiéndose esta cultura entre sus miembros y trabajadores que son parte de otras empresas. En todos estos sistemas de justicia negociada se aplican sistemas restaurativos que poseen aspectos positivos, especialmente cuando el contenido de los acuerdos no tenga el sentido de un castigo para la PJ, sino un aprendizaje para seguir funcionando de forma correcta y prevenir futuros delitos.

A nuestro juicio los modelos de acuerdo que poseen un mayor valor preventivo especial, son los que ocupan sistemas de *compliance*, ya que una empresa que aplica a su gestión un cambio estructural con un sistema que cautele su gestión, evita incurrir en nuevos delitos, mediante medidas preventivas que impidan infringir la normativa vigente, cambiando la cultura empresarial y aprendiendo adecuadas forma de organización y supervisión de las actuaciones de una empresa, mediante buenas prácticas, las que más allá de un sistema punitivo que solo se orienta a aplicar multas, colaboran a aprender a actuar correctamente. Es así como, el modelo transaccional vigente en Chile, como la suspensión condicional del procedimiento no solo debiera tener como fin descongestionar el sistema de justicia penal, sino que una perspectiva restaurativa con condiciones preventiva para la PJ y la sociedad, como las de prestar servicio a favor de la comunidad; e implementar un programa de *compliance*, dando la posibilidad al Ministerio Público de influir en la organización y estructura empresarial de las PJ imputadas durante la etapa de investigación penal.

Bibliografía citada

- ALEXANDER, Cindy y COHEN, Mark (2015): “Trends use of non-prosecution, deferred prosecution, and plea agreements in the settlement of alleged corporate criminal wrongdoing”, en: *American Criminal Law Review* (Vol. 52:537).
- AMULIC, Andrea (2017): “Humanizing The Corporation While Dehumanizing the Individual: The Misuse of Deferred Prosecution Agreements in the United States”, en: *Michigan Law Review*, (116:123). pp. 35 ss.
- ARLEN, Jennifer (2012): “Corporate Criminal Liability: Theory and Evidence”, en: HAREL (ed.), *Research Handbook on the Economics of Criminal Law*, (Boston, editorial Edward Elgar) pp.144 ss.
- ARLEN, Jennifer (2016): “Prosecuting Beyond the Rule of Law: Corporate Mandates Imposed Through Pretrial Diversion Agreements”, en: *Journal of Legal Analysis* (Vol. 8, 191:218).
- ARLEN, Jennifer y KAHAN, Marcel (2016): “Corporate Governance Regulation through Non prosecution”, en: *The University of Chicago Law Review*, (Vol. 16-04, 84:323), pp.231ss.
- ARTAZA, Osvaldo (2013): “La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal”, (Madrid, editorial Marcial Pons).
- BOLDOVA PASAMAR, Miguel (2013): “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española”, en: *Estudios Penales y Criminológicos*, (vol.23), pp.219-263.
- ARTAZA, OSVALDO. (2022). Una «estrategia restaurativa» en el ámbito de la responsabilidad penal de personas jurídicas: una aproximación teórica. *Derecho PUCP*, (88), 125-153. Epub 00 de junio de 2022.<https://dx.doi.org/10.18800/derechopucp.202201.005>
- BROWN, Darryl y TURNER, Jenia y WEISSER, Bettina (2019): “The Oxford Handbook of Criminal Process” OUP, Oxford.
- BOCK, Dennis (2013): “Compliance y deberes de vigilancia en la empresa” en: KUHLEN, MONTIEL, ORTÍZ DE URBINA GIMENO (Eds.), *Compliance y Teoría del Derecho Penal*, (Madrid, editorial Marcial Pons).
- CENTRO DE DOCUMENTACIÓN DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA (2004): “Estudios, investigaciones teóricas y empíricas: las salidas alternativas en el nuevo proceso penal, estudio exploratorio sobre su aplicación”. Disponible en: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://biblio.dpp.cl/datafiles/517.pdf> (visitado el 12/06/2023).
- CHEN, Hui y SOLTES, Eugenio (2018), “Why Compliance Programs Fail—and How to Fix Them”, en: *Harvard Business Review*, (núm. 96), pp.116–125.
- COFFEE, Jhon (1999), «Corporate Criminal Liability an Introduction and Comparative Survey», en: ESER, Albin y HEINE, Günther y HUBER, Barbara (eds.) *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities*. Freiburg: Ius Crim, p.9 ss.
- COFFEE, Jhon (1981), “No soul to damn: No body to kick: an Unscandalized Inquiry into the problem of Corporate Punishment”, en: *Michigan Law Review* (núm.79), pp.386 ss.

- COLE, James y WOLF, Kevin (2001), “Collective Knowledge, Conscious Avoidance, and specific intent in criminal Export Control Cases Against Corporations”, en: Practising Law Institute, Commercial Law and Practice Course Handbook Series, pp. 779 ss.
- CIGÜELA, Javier (2015), “La culpabilidad colectiva en el Derecho penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa”, (Madrid, editorial Marcial Pons).
- DÍEZ (1992), “Transacción penal: la conformidad negociada en el procedimiento abreviado”, en: Cuadernos de Derecho Judicial del CGPJ, (Madrid).
- DRIPPS (2001), “The Substance-Procedure Relationship in Criminal Law”, en: DUFF /GREEN, Stuart (eds.) *Philosophical Foundations of Criminal Law*. pp.423-426.
- DUFF, Ra (2002), “Restorative Punishment and Punitive Restoration”, en: Walgrave (ed.) *Restorative Justice and the Law*. (Reino Unido, Willan Publishing.).
- ELIASON, R. D (2008), “We need to Indict them”, en: *Legal Times* (vol. 3, núm. 38), (23:38).
- GARRET, Brandon (2014), “Too Big to Jail: How Prosecutors Compromise with Corporations”, en: Harvard University Press, Cambridge.
- GARRETT, Brandon (2007), “Structural reform prosecution”, en: *Virginia Law Review*, (93: 853).
- GARRIDO MONTT (1993), *Comentarios, El ministerio público para una nueva justicia criminal*, CPU-FCP, UDP, (Santiago), pp. 125.
- GIMENO BEVIÁ, Jordi (2014), “El proceso penal de las personas jurídicas”, Aranzadi, Navarra.
- GIMENO SENDRA, José (2016), “El Principio de Oportunidad y el MF”, en: *Diario La Ley*, (núm. 8746, 2016).
- GIMENO SENDRA, José (1990), “La nueva regulación de la conformidad (Ley Orgánica 7/1988)”, en: *La Ley*, (núm 3), p. 977.
- GIMENO SENDRA, José (2010), *Manual de Derecho Procesal Penal*, (Madrid, Ediciones jurídicas Castillo de Luna).
- GÓMEZ-JARA, Carlos (2005), “La culpabilidad penal de la empresa”, (Madrid, editorial Marcial Pons) p. 297
- GÓMEZ-JARA, Carlos (2006), “La responsabilidad penal de las empresas en los Estados Unidos”. (Sevilla, Editorial Universitaria Ramón Areces), p. 163.
- GONZÁLEZ RAMÍREZ, Isabel (2020) *Una Impostergable Transición Hacia la Justicia Restaurativa en Latinoamérica*, Editorial Tirnt Lo Blanch, Valencia.
- HASNAS, Juan (2009), “The Centenary of a Mistake: One Hundred Years of Corporate Criminal Liability”, en: *American Criminal Law Review*, (núm.46), pp. 1329-1345.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Hector (2010), “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”, en: *Política Criminal*, (5:9), pp.207-236.
- HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián (2002) *Derecho Procesal Penal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile.
- HUSAK, Duglas (2014), “Social Engineering as an Infringement of the Presumption of Innocence: The Case of Corporate Criminality”, en: *Criminal Law and Philosophy*, (núm. 8), pp.359.
- KAAL, Wulf y LACINE, Timothy (2014), “The Effect of Deferred and Non-Prosecution Agreements on Corporate Governance: Evidence from 1993-2013”, en: *the Business Lawyer*, (Vol. 70, 2014).

- KADISH (1983), “Corporate Criminal Responsibility”, en: KADISH, Sanford (Ed.) *Encyclopedia of Crime and Justice*, (Vol. 1, New York, the Free press), pp. 253 ss.
- KHANNA, Ashish (2000), “Corporate Liability Standards, when should corporations held liable?”, en: *American Criminal Law Review*, (núm. 37), pp.1239 ss.
- KRAUSS, Rebecca (2012), “The Theory of Prosecutorial Discretion In Federal Law: Origins And Developments”, en: *Seton Hall Circuit Review* (Vol. 6: Iss. 1), Art.1.
- LARRAURI, Elena, *Suspensión y sustitución de la pena en el nuevo Código penal*, en *Revista, Jueces para la democracia*, N° 25, Barcelona 1996 pp. 32-47.
- LAUFER, William (2006), “Corporate Bodies and Guilty Minds: The Failure of Corporate Criminal Liability”, en: University of Chicago Press, Chicago.
- MACHADO DE SOUZA, Renato y Rodríguez García, Nicolás (2022) *Justicia negociada y personas jurídicas. La modernización de los sistemas penales en clave norteamericana*, Editorial, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MAIER, Julio (1989): “Derecho procesal penal argentino”, (Hamurabi, Buenos Aires).
- MARINELA DE SOUSA, Fernanda y ARAUJO DE PAIVA, Fernando y DE BRITO, Tatiany (2013): “Lei anticorrupção” (Lei n. 12.846), (Saraiva Jur).
- MAÑALICH, Juan Pablo (2011), “Organización delictiva, bases para su elaboración dogmática en el derecho penal chileno”, en: *Revista Chilena de Derecho*, (vol. 38 núm. 2), pp. 279 – 310.
- MOORE, Jennifer (1992), “Corporate Culpability Under the Federal Sentencing Guidelines”, en: *Arizona Law Review* (34:743).
- NAVAS, Iván y JAAR LABARCA, Antonia (2018), “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia chilena”, en: *Polít. crim.* (vol.13 no.26).
- NEIRA, Ana María (2018), “La defensa penal de la persona jurídica”, (Navarra, editorial Aranzadi).
- NEUMANN, Stacey (2004), “Corporate Criminal Liability, Patchwork Verdicts and the Problem of Locating a Guilty Agent”, en: *Columbia Law Review*, (núm. 104), pp. 459 ss.
- ORTIZ DE URBINA (2014), “Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas” en: MIR. Disponible en: <https://www.justice.gov/>
- PUIG, Santiago y CORCOY, Mirentxu y GÓMEZ, Victor (dir.) HORTAL, Juan Carlos y VALIENTE, Vicente (coord.), “Responsabilidad de la empresa y compliance”, (Buenos Aires, Editorial B de F), p.35.
- PAULSEN, Erik (2008), “Imposing Limits on Prosecutorial Discretion in Corporate Prosecution Agreements”, en: *N.Y.U. Law Review*,(núm 82), p.1434 ss.
- PASTOR, Nuria (2006), “¿Organizaciones culpables? Recensión a Carlos Gómez-Jara, La culpabilidad penal de la empresa”, en: *Indret*, (1698-739, núm. 2).
- PORTALES, Maximiliano (2019) “Actualización, Monitoreo y Supervisión de los Programas de Compliance Penal” en: ARTAZA *Compliance Penal y Prevención de la Corrupción*, DER.
- ROBLES PLANAS, Ricardo (2009) “El «hecho propio» de las personas jurídicas y el Informe del Consejo del Poder Judicial al Anteproyecto de reforma del Código penal de 2008”, en: *InDret*, (núm. 2).
- ROBLES PLANAS, Ricardo (2011), “Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis CP (1)”, en: *La Ley*, (núm.15227).

- SAYRE, Francis (1939), “Criminal Responsibility for the Acts of Another: Development of the Doctrine Respondeat Superior”, en: *Harvard Law Review*, (núm. 43), pp.702 ss.
- SHELEY, Erin (2013), “Perceptual Harm and the Corporate Criminal”, en: *University of Cincinnati Law Review*, pp. 263 ss.
- SHINER, Roger, HO, Henry (2018), “Deferred Prosecution Agreements and the Presumption of Innocence”, en: *Criminal Law and Philosophy*, (núm. 12), pp. 707-723.
- SWARD, Ellen (1989), “Values, Ideology, and the Evolution of the Adversary System”, en: *Indiana Law Journal*, (64:4).
- TOBOLOWSKY, Zachary (2016), “Brazil Finally Cleans up Its Act with the Clean Company Act: The Story of a Nation's Long-Overdue Fight Against Corruption”, en: *Law & Business Review*, (núm. 22) pp.383 ss.
- UHLMANN, David (2011), “After the Spill is Gone: The Gulf of Mexico, Environmental Crime, and Criminal Law”, en: *Michigan Law Review*, (núm. 8), pp.109 ss.
- UHLMANN, David (2013), “Deferred Prosecution and Non-Prosecution Agreements and the Erosion of Corporate Criminal Liability”, en: *Maryland Law Review*, (núm. 72).
- VAN WEEZEL, Alex (2010), “Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en: *Política Criminal* (5:9, art. 3), pp. 114-142.
- WERLE, Nick. (2019). “Prosecuting Corporate Crimen when Firms Are Too Big to Jail: Investigation, Deterrence, and Judicial Review”. *The Yale Law Journal*, 128(5), 1366-1438. https://www.yalelawjournal.org/pdf/Werle_6rys3t3n.pdf

NORMAS LEGALES CITADAS

- Código Procesal Penal. Diario Oficial, 12 octubre de 2000.
- Ley N° 20.393 sobre Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Diario oficial, 25 noviembre de 2009.
- Directriz 07/2017, Acuerdos de Clemencia, Fiscalía 5° Sala de Coordinación y Revisión del Ministerio Público Federal - Combate a la corrupción.(BRASIL).
- Ley N°. 12.846, anticorrupcion, 1° de agosto de 2013. (BRASIL).
- Ley Federal N° 8.666 de 1993. (BRASIL).
- Ley de Enjuiciamiento Criminal, Real decreto de 14 de septiembre de 1882.
- La Ley 37/2011 (ESPAÑA).
- Directrices de sentencias federales para organizaciones (FSGO). (ESTADOS UNIDOS).
- Instituto Americano de Derecho. Modelo de Código Penal. (ESTADOS UNIDOS).
- Código penal de California. (ESTADOS UNIDOS).
- La Ley de Soborno de 2010. (REINO UNIDO).