



Universidad de Atacama  
Facultad de Ciencias Jurídicas  
Carrera de Derecho

“El defecto de organización”: Caracterización dogmática y jurídica en el contexto de las modificaciones introducidas por la Ley 21.595/2023.

Profesor guía: Dr. Mario Durán Migliardi

David Alejandro Olivares Guiroux  
2024

## **AGRADECIMIENTOS**

A mi esposa e hija, por su amor, apoyo y paciencia durante todo el tiempo que duró este largo proceso.

A Andrés Hess, por ayudarme a aterrizar mis conocimientos de ingeniero en el campo del Derecho.

A la Universidad y sus docentes, quienes me permitieron llegar a esta instancia compatibilizando el estudio con el trabajo.

A Jorge guerra G., quien me apoyó en lo laboral, y también tuvo la convicción de que lo podría lograr.

## ÍNDICE

I.- INTRODUCCIÓN .....	3
II.- CAPÍTULO II: ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY 20.393/2023 Y LA ATRIBUCIÓN DE CONSECUENCIAS JURÍDICAS “PENALES” A LAS ORGANIZACIONES.....	5
2.1.- Generalidades. ....	5
2.2.- Complejidad y lo subjetivo en la imputación. ....	7
2.3.    Organizaciones y ámbito de aplicación de la Ley 20.393/2023. ....	11
2.4.- La pauta fundacional como estructura estructurante o decisión que ata decisiones. 14	
2.5.- Estructura y emergencia. ....	17
2.5.1.- Primer pilar: La división del trabajo y el principio de confianza. ....	17
2.5.2.- Segundo pilar: Control. Neguentropía y el aporte de los individuos a las estructuras.....	20
CAPITULO III.- FUNDAMENTO Y ATRIBUCIÓN DE CONSECUENCIAS JURÍDICAS “PENALES” A LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL CONTEXTO DE LA LEY 20.393/2023. ....	24
3.1.- Consideraciones Previas. ....	24
3.2.- Imputación estructural. ....	25
3.3.- Atribución de consecuencias jurídicas “penales” en el contexto de la ley 20.393/2023. ....	27
3.3.1.- El evento base: Los sujetos “relevantes” integrados en la organización. ....	27
3.3.2.- El evento base: Los sujetos relevantes externos a la organización. ....	32
3.3.3.- Evento base: Debe tratarse de un delito “relevante”.....	32
3.4.- El factor de conexión: El evento debe ser reconducible al ámbito de dominio de la organización. ....	33
3.3.5.- Elemento negativo: La persona jurídica no debe ser víctima exclusiva del delito relevante cometido por un sujeto relevante.....	34
CAPÍTULO IV.- EL DEFECTO DE ORGANIZACIÓN: LÍMITES A LA IMPUTACIÓN Y SU PRUEBA. ....	34
4.1.- El defecto de organización. ....	34
4.2.- Cuestiones de prueba y el estándar organizativo.....	37
4.3. Estándar organizativo y modelos divergentes ¿Comply or Explain? .....	39
V.- CONCLUSIONES. ....	42
VI.- BIBLIOGRAFÍA. ....	44

## I.- INTRODUCCIÓN

En el año 2009 se dictó en Chile la ley 20.393 sobre Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas la que vino en morigerar la vigencia del conocido principio “*Societas delinquere non potest*”, reconocido positivamente en el inciso 2° del artículo 58 del Código Procesal Penal chileno<sup>1</sup>.

Desde dicho hito, con un trasfondo marcado por el develamiento de una serie de escándalos de corrupción en Chile<sup>2</sup>, la excepción ha mostrado una tendencia creciente a su expansión como dan cuenta las leyes 20.931/2016, 21.121/2018, 21.132/2019 y la reciente ley 21.595/2023.

Ahora bien, cabe destacar que, pese a que desde la perspectiva legislativa podemos hablar de un fenómeno en expansión, aquello en Chile no implicó un aumento en la persecución penal de las personas jurídicas, sin que a la fecha se observe una rica discusión jurisprudencial en la materia, de allí, difícilmente podríamos hablar sobre la existencia de una doctrina sobre esta<sup>3</sup>.

En nuestra opinión, ha sido dicho panorama el que en paralelo influyó en el escaso desarrollo dogmático sobre la materia entre los años 2008 al 2022, en donde destacan como aproximaciones originales los aportes de HERNÁNDEZ<sup>4</sup>, VAN WEEZEL<sup>5</sup>, PIÑA

---

<sup>1</sup> “*La responsabilidad penal sólo puede hacerse efectiva en las personas naturales. Por las personas jurídicas responden los que hubieren intervenido en el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que las afectare*”. (Consulta realizada en [Ley Chile](#), con fecha 11 de noviembre de 2023)

<sup>2</sup> WINTER ETCHEBERRY, Jaime. Derecho Penal e Impunidad Empresarial en Chile. Revista de Estudios de Justicia. 19, 2013, pp. 91-125.

<sup>3</sup> NAVAS, Iván & JAAR, Antonia. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia chilena. Polít. Crim., 13(26), 2018. pp. 1027-1054. EN: [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_13/n\\_26/Vol13N26A10.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_13/n_26/Vol13N26A10.pdf) [Visitado el 11-11-2024].

<sup>4</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Desafíos de la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Revista de Estudios de la Justicia. 2013. P. 79-80. EN: [https://www.researchgate.net/publication/269968615\\_Desafios\\_de\\_la\\_ley\\_de\\_responsabilidad\\_penal\\_de\\_las\\_personas\\_juridicas](https://www.researchgate.net/publication/269968615_Desafios_de_la_ley_de_responsabilidad_penal_de_las_personas_juridicas) [Visitado el 11-11-2024]; TAMBIÉN; La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile. Polít. Crim. 5(9), 2010. p. 207-236. EN: [https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-33992010000100005](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992010000100005) [Visitado el 11-11-2024]

<sup>5</sup> VAN WEEZEL, Alex. Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Polít. Crim. 5(9), 2010, Art. 3. EN: [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_05/n\\_09/Vol5N9A3.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A3.pdf) [Visitado el 11-11-2024]

ROCHEFORT<sup>6</sup> y, en forma mucho más reciente BEDACARRATZ<sup>7</sup>.

Fuera de los mencionados autores, los textos revisados dan cuenta que el grueso de las investigaciones tuvo por objeto el abordaje de cuestiones prácticas vinculadas a los anglicismos “*compliance*” y “*due diligence*”, por ejemplo, en el año 2013, ARTAZA profundizó en los caracteres que suelen exigirse a los modelos de gestión de riesgos legales<sup>8</sup>, mismo camino que sigue con mayor profundidad y proximidad temporal BALMACEDA en el año 2019<sup>9</sup>. También es posible encontrar -en conexión con la temática- otras problemáticas relativas a la aplicación de la ley 20.393/2009 y que se manifiestan a nivel de tesis pregrado o post grado, por ejemplo, en materias relativas a la determinación de la pena<sup>10</sup>, de las circunstancias modificatorias de responsabilidad<sup>11</sup> o a la contrastación de los modelos de prevención de delitos según las recomendaciones de la OCDE<sup>12</sup>.

Atendido dicho panorama, nos hemos fijado como objetivos:

1. Profundizar en los caracteres dogmáticos y jurídicos de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas.

---

<sup>6</sup> PIÑA ROCHEFORT, Juan. Algunas consideraciones acerca de los modelos de prevención de delitos (MPD), establecidos en la ley N° 20.393 sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas. Doctrina y Jurisprudencia Penal N° 10, 2012. Pp. 17-33.

<sup>7</sup> BEDACARRATZ, SCHOLZ, Francisco. Defecto de organización y reglas de comportamiento en la imputación de las personas jurídicas. *Polít. Crim.* 15(30), 2020, pp. 694-728 EN: <http://politicrim.com/wp-content/uploads/2020/12/Vol15N30A7.pdf> [Visitado el 11-11-2024]

<sup>8</sup> ARTAZA VARELA, Osvaldo. Sistemas de prevención de delitos o programas de cumplimiento: Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad en sede jurídico penal. *Polít. crim.* 8(16) 2013, pp.544-573. EN: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-33992013000200006&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992013000200006&lng=es&nrm=iso). [Visitado el 11-11-2024]

<sup>9</sup> BALMACEDA, Gustavo: Una aproximación al Criminal Compliance Program en la Ley chilena N° 20.393, *Revista Criminalia Nueva Época.* 86 (1), 2020. Pp. 101-130. EN: <https://www.criminalia.com.mx/index.php/nueva-epoca/issue/view/4> [Visitado el 11-11-2024]

<sup>10</sup> SÁNCHEZ, ROSSI. Carlos. Problemas de la determinación de la pena en la ley 20.393. Tesis para obtener el grado de licenciado en ciencias jurídicas de la Universidad de Chile. 2013. EN: [https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/116232/de36Sanchez\\_Carlos.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/116232/de36Sanchez_Carlos.pdf?sequence=1&isAllowed=y) [Visitado el 11-11-2024]

<sup>11</sup> LARREDONDA, ALCAYAGA, Pablo. Análisis de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal establecidas en la ley 20.393, sus alcances, efectos y configuración. Actividad formativa equivalente a tesis para obtener el grado de Magister en la Universidad de Chile. EN: <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/183117/Analisis-de-las-circunstancias-modificatorias-de-responsabilidad-penal.pdf?sequence=1&isAllowed=y> [Visitado el 11-11-2024]

<sup>12</sup> BERMUDEZ, Carla. “*Revisión del modelo de prevención de delitos de la OCDE y la Ley 20.393*”. Actividad formativa equivalente en tesis para optar al grado de Magíster en contabilidad. 2022. EN: <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/193832/Tesis%20%20Carla%20Bermudez.pdf?sequence=1&isAllowed=y> [Visitado el 11-11-2024]

2. Desarrollar el concepto de “*defecto de organización*” como criterio de imputación penal en el contexto de las modificaciones introducidas por la Ley 21.595/2023.
3. Suministrar una base teórica relativa al funcionamiento de las organizaciones, con el objeto de construir un marco que permita enjuiciar lo que es “razonable” esperar de aquellas y, desde dicha razonabilidad, definir criterios normativos que limiten la imputación penal.

## II.- CAPÍTULO II: ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY 20.393/2023 Y LA ATRIBUCIÓN DE CONSECUENCIAS JURÍDICAS “PENALES” A LAS ORGANIZACIONES.

### 2.1.- Generalidades.

Como cuestión previa, conviene explicitar ciertos puntos de partida. El pilar esencial supone aceptar que, dado que las personas jurídicas por sus caracteres no pueden exteriorizar una conducta, ni tienen un aparato cognitivo que les permita comprender o sufrir el reproche penal<sup>13</sup>, no son en realidad sujetos de persecución penal en el sentido tradicional. De allí, en nuestra opinión, debiésemos construir teoría alejándonos de concepciones con sustrato ontológico-subjetivo<sup>14</sup>. Como veremos, existen diferencias radicales entre uno y otro ámbito, por lo que aconsejamos no seguir una construcción análoga como proponen autores tales

---

<sup>13</sup> “*La discusión sobre este tema ha girado siempre en relación a la incompatibilidad de dichos conceptos con la persona jurídica o en el intento de adaptación de ciertas categorías para permitir su aplicación a las personas jurídicas. Todos estos argumentos, tanto a favor como en contra de la responsabilidad penal de la persona jurídica, han estado y están marcados por la eterna comparación entre la persona física y la jurídica (bien para encontrar sus incompatibilidades, bien para encontrar sus semejanzas). Sin embargo, todo intento que tome como punto de partida dichos presupuestos está destinado al fracaso. Es evidente, y la discusión de casi cien años en torno a este tema lo ha demostrado, que las diferencias entre uno y otro sujeto resultan insuperables. Por lo tanto, se intenta aquí presentar una nueva perspectiva desde la que enfocar este tema*”. EN: BACIGALUPO, SAGGESE Silvina. La responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Un estudio sobre el sujeto del derecho penal [Tesis doctoral publicada]. Universidad Autónoma de Madrid, 1997. P.7.

<sup>14</sup> “*Sin embargo, habría que reconocer que todo intento basado en la comparación entre el individuo y la persona jurídica para establecer similitudes se encuentra condenado desde el comienzo al fracaso. No sólo porque el individuo y la persona jurídica presentan diferencias insuperables, sino fundamentalmente, porque todas las categorías de la teoría del delito están elaboradas -como se ha intentado demostrar- a partir del individuo y de sus capacidades personales. No sólo se trata, por lo tanto, de la relaboración de las diferentes categorías -y, consecuentemente, de una inevitable desnaturalización de las mismas-, sino más bien de un problema filosófico y sociológico de la interpretación de la sociedad y los sujetos que la componen, lo que constituye -en el fondo- un problema previo al Derecho penal*”. EN: BACIGALUPO, SAGGESE Silvina. La responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas...P. 249.

como GÓMEZ-JARA<sup>15</sup> aunque la simpleza aparente de la aproximación pueda persuadir a lo contrario.

Dicho aquello, parece ser que en la discusión académica no hay conflicto en la observación en que la Empresa es fuente de riesgo criminal y que dicho riesgo debe ser abordado. El punto de escisión se encuentra en cómo -por la vía legal- se construye un “*deterrent*” o una medida disuasiva que fuerce la *autorregulación* o la refuerce en el caso en que ya se daba en el seno de una organización. En otras palabras, el conflicto supone determinar si la vía correcta es el abordaje penal o el administrativo, como ocurre en el último caso, en el modelo alemán.

Si bien dicha discusión es relevante<sup>16</sup>, dado que el Legislador chileno ya optó por la vía penal y que, incluso entre aquellos que somos retractores de esta vía podemos reconocer que produce efectos disuasivos<sup>17</sup>, que es finalmente lo querido y pretendido desde una perspectiva político-criminal, nuestra tarea entonces puede delinearse como una actividad destinada a construir teoría de modo que esta suministre criterios claros para resolver problemas prácticos, lo que, ciertamente debiese operar en miras de la igualdad ante la ley.

Desde esta perspectiva, como primera cuestión, abogamos por evitar el uso de la expresión “*responsabilidad*” penal de las personas jurídicas y en su lugar a lo largo de este escrito referiremos a un derecho penal “*orientado*” a las personas jurídicas. Con esta sutil diferencia pretendemos dar cuenta:

1. De la novedad y especificidad de esta área de conocimientos. Y,
2. Alejarnos de la idea que se puede atribuir “*responsabilidad*” a un ente ficticio: Así, si bien las consecuencias jurídicas se dirigen a su patrimonio, el significado de su riesgo se dirige a aquellos que tienen injerencia en el modo en que se organiza y cuya dirección usualmente se dirigirá a conseguir fines productivos.

---

<sup>15</sup> GÓMEZ-JARA, Carlos. *Autorregulación y responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Editorial Olejnik, Santiago, Chile. 2017.

<sup>16</sup> Para profundizar en las problemáticas VEASE: VAN WEEZEL, Alex. Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas....

<sup>17</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Lo real y lo ficticio en la RPPJ. *Revista de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Compliance*. 1. 2023. P.2-21. EN: <https://www.redepec.com/lo-real-y-lo-fictio-en-la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas/> [Visitado el 11-11-2024]

Explicitado nuestro camino, si bien el abordaje tradicional de la teoría del delito parte desde la imputación objetiva para recién discutir la imputación subjetiva, en nuestro caso, por un tema de complejidad partiremos a la inversa, desechando de inmediato los elementos subjetivos.

## 2.2.- Complejidad y lo subjetivo en la imputación.

Como bien afirma SILVA SÁNCHEZ, cuando alguien afirma que una empresa hizo algo o es responsable por algo, en realidad le está atribuyendo o imputando a la organización el significado de la conducta de sus miembros<sup>18</sup>. Claro está, la organización al carecer de aparato cognitivo, como abstracción nada ha exteriorizado por la vía de la acción o la omisión, no está en posición de emitir conducta alguna con significado de dirección y menos sufrir o reconocer su responsabilidad por un injusto disvalorable penalmente. De allí, que el punto de partida de la discusión supone reconocer que las organizaciones no tienen capacidad de conducta y de culpabilidad/responsabilidad en un sentido ontológico-subjetivo<sup>19</sup>.

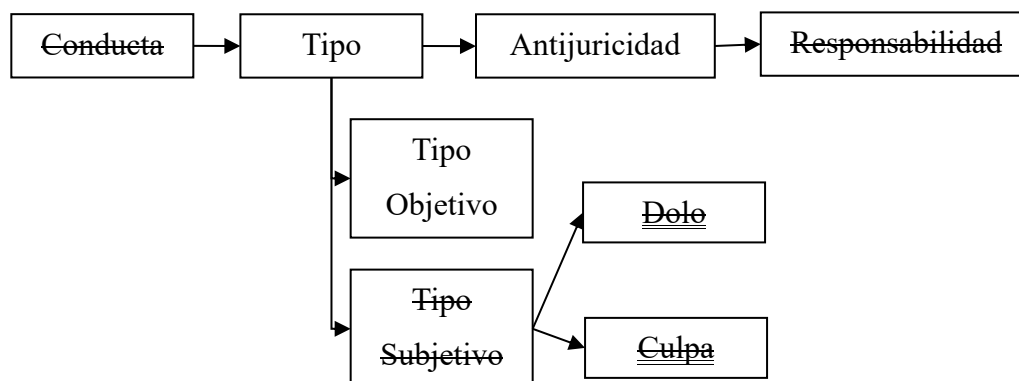


Ilustración 1 Esquema tradicional - Elaboración Propia

Lo anterior es sumamente relevante; el estudio del derecho penal tradicional se construye empleando como uno de sus pilares la referencia a la voluntad y los estados mentales. Son

<sup>18</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Lo real y lo ficticio en la RPPJ... P. 1-2.

<sup>19</sup> “Como ya hemos dicho, el principio de culpabilidad tradicionalmente supone que la persona a la que se le reprocha un injusto penal tuvo la posibilidad de conocer la desaprobación jurídico-penal del acto y que pudo haberse motivado de acuerdo a ese conocimiento. Dicho de otra manera, una persona es capaz de motivarse por el Derecho si pudo conocer la desaprobación jurídico-penal y si además pudo motivarse por la misma. En este sentido la doctrina clásica ha admitido casi unánimemente que la persona jurídica como tal no puede delinquir, dado que carece de los presupuestos de inteligencia y voluntad imprescindibles para sufrir el reproche propio de la infracción penal”. EN: BACIGALUPO, SAGGESE Silvina. La responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas...p. 361-362.

estos los que han dado fisonomía a las tradicionales categorías del delito y que son calificables como esenciales desde el momento en que su supresión supone la pérdida de coherencia del sistema en su conjunto: no hay imputación en sentido tradicional sin sustrato ontológico-subjetivista, aun si, dichas subjetividades son atribuidas por medio de un juicio *ex post facto*.

En este derrotero, es el mismo pilar el que suele darle forma a la parte general de nuestros Códigos Penales. En el caso chileno, bastará con mirar los artículos 1<sup>20</sup> y 2<sup>21</sup> relativos a la definición de delito o los artículos 14 a 17 relativos a la participación, o la teoría de la *comunicabilidad* que puede extraerse del artículo 64<sup>22</sup>, todos los cuales se encuentran plagados de referencias a la *psique* y, por tanto, se presentan de inmediato como inaplicables a las personas jurídicas a menos que intentemos soluciones por transferencia de responsabilidad o por analogía en intentos de construir una responsabilidad “autónoma”<sup>23</sup> o por el hecho “propio”. En nuestro caso, nos alejamos de la primera por suponer en principio un estatuto de responsabilidad objetiva, incompatible ideológicamente con la esencia liberal de nuestros ordenamientos jurídicos penales y, del segundo, por requerir como sustrato una omisión, lo que claramente nos lleva de vuelta a la analogía.

Dicho aquello, no creemos que existan mayores obstáculos para aceptar que, cuando el Legislador decide la aplicabilidad de una consecuencia jurídica forzosamente llamada “pena” a una ficción que no puede sentirla o reconocer el significado de esta, en realidad se trata de

---

<sup>20</sup> “*Es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley.*

*Las acciones u omisiones penadas por la ley se reputan siempre voluntarias, a no ser que conste lo contrario. El que cometiere delito será responsable de él e incurrirá en la pena que la ley señale, aunque el mal recaiga sobre persona distinta de aquella a quien se proponía ofender. En tal caso no se tomarán en consideración las circunstancias, no conocidas por el delincuente, que agravarían su responsabilidad; pero sí aquellas que la atenúen”.*

<sup>21</sup> “*Las acciones u omisiones que cometidas con dolo o malicia importarían un delito, constituyen cuasidelito si sólo hay culpa en el que las comete.”*

<sup>22</sup> “*Las circunstancias atenuantes o agravantes que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para atenuar o agravar la responsabilidad de sólo aquellos autores, cómplices o encubridores en quienes concurran.*

*Las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarlo, servirán para atenuar o agravar la responsabilidad únicamente de los que tuvieron conocimiento de ellas antes o en el momento de la acción o de su cooperación para el delito”.*

<sup>23</sup> Sobre el desarrollo de la distinción entre modelos autónomos y derivados en Chile véase: HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile... p.216-217. También: BEDECARRATZ SCHOLZ, Francisco. El defecto de organización en organizaciones criminales sin fines de lucro. *Polít. Crim.* 16(32). 2021. P. 615. EN: <http://politicrim.com/wp-content/uploads/2021/10/Vol16N32A5.pdf> [Visitado el 11-11-2024]

una aproximación “pragmática” por la cual se crea un riesgo directo sobre el patrimonio de la persona jurídica y cuyo sentido está dirigido a los individuos que integran la organización y que tienen incumbencia en el modo en que se organiza<sup>24</sup>. Es decir, más allá de las consideraciones teóricas propias de nuestra tradición continental vinculadas a los fines de la pena, aquí estamos más cerca del pensamiento anglosajón y la noción de actores racionales: si mi meta es la producción, entonces el riesgo de la pena debe ser eliminado o morigerado por constituir una amenaza. Detrás de esta afirmación queremos indicar que no es la realidad la que tiene que ajustarse a la teoría, sino que debe ocurrir lo inverso.

Así las cosas, si bien podemos coincidir con algunas observaciones que pueden encontrarse en la academia, como por ejemplo; que las organizaciones a partir de cierto grado de complejidad obtienen algo que podría denominarse como “*independencia*” con respecto a los miembros que la integran o -como prefiero denominar al fenómeno- una suerte de “*inercia organizativa*”<sup>25</sup>, ello -en nuestra opinión- no es óbice para adherir a la idea que podrían levantarse equivalentes funcionales similares al dolo, la culpa o el juicio de reproche sobre el injusto, como lo es la referencia a ideas tales como el conocimiento organizativo del riesgo empresarial<sup>26</sup> o la cultura de la organización<sup>27</sup>, especialmente si dicho enfoque analógico pierde de vista el carácter institucional de las organizaciones y el hecho que el fundamento último de la atribución de una pena a los individuos se encuentra en la dualidad libertad-responsabilidad, supuesto filosófico que no es posible advertir en el derecho penal orientado a las personas jurídicas sin entrar en complejas discusiones que arrojan más dudas que soluciones.

Del mismo modo, tampoco puede perderse de vista que la referencia a la “complejidad” organizativa puede terminar creando vacíos de punibilidad que, como puede derivarse del carácter pragmático de la aproximación, no se pueden justificar político-criminalmente por terminar desalentando la autorregulación. En nuestra opinión es muestra de aquello lo que ha ocurrido en la jurisprudencia española, por ejemplo, en la STS 894/2022:

---

<sup>24</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “*Lo real y lo ficticio en la RPPJ*” ...Pp. 1-2, 9.

<sup>25</sup> En mi experiencia, en organizaciones complejas, cuando se han institucionalizado en forma suficiente las estructuras de control puede apreciarse una especial fungibilidad de los individuos, por la cual, estos pueden transitar sin que, por regla general, tenga una implicancia en el funcionamiento de la organización.

<sup>26</sup> GÓMEZ-JARA, Carlos. Autorregulación y responsabilidad penal de las personas jurídicas...p. 43, 63, 101.

<sup>27</sup> GÓMEZ-JARA, Carlos. Autorregulación y responsabilidad penal de las personas jurídicas...p. 101.

*“[I]o determinante es la existencia de una complejidad interna, presumible a partir de un suficiente sustrato material organizativo, que, si falta, falta el presupuesto para hablar de imputabilidad penal, por inexistencia de capacidad de culpabilidad, ya que, debido a su mínima estructura, no se da la base desde la que conformarla, y es que, no habiendo posibilidad de establecer mecanismos de control, no puede surgir el fundamento de su responsabilidad, de ahí que no toda sociedad pueda considerarse imputable en el ámbito penal”.*

El enfoque analógico basado en la “complejidad” lleva a la ineficacia de la ley con unos fundamentos dogmáticos y político-criminales bastante débiles y por tanto discutibles, por ejemplo, el suponer que los controles solo son una posibilidad en organizaciones complejas, como si una empresa unipersonal no pudiese destinar recursos a la auditoría o asesoría externa con el objeto de asegurar una operación conforme a derecho.

Algo similar ocurrió en Chile bajo la vigencia de la ley 20.393/2009 en el caso ASEVERTRANS en donde se indicó:

*“...Y siempre que la comisión del delito sea consecuencia del incumplimiento por parte de la entidad de sus deberes de dirección y supervisión, a lo que se opone expresamente la previa adopción e implementación de un modelo de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido y este es el punto central en la especie, ya que Asevertrans si bien es una persona jurídica, en la práctica era Jorge Frías quien era el único agente de la empresa, era él, quien lleva adelante la empresa sin que haya requerido por necesitado de otros órganos que intervinieran en su administración, así las cosas no puede haber una diferenciación entre la conducta desplegada por el único integrante de la organización de la empresa Asevertrans y la acción de Frías. En efecto la conducta desplegada por Frías de sobornar a funcionarios públicos iba en directo beneficio no sólo de su empresa, sino que de él directamente lo que hace que la existencia o no de cualquier modelo de prevención en la especie es inocuo ya que al ser Asevertrans una empresa unipersonal, no hay acciones que pueda diferenciar la conducta de Frías con la de la empresa, ya que la práctica*

*es la persona natural la que actúa o dicho de otra forma la persona natural y la jurídica se confunden en el ejercicio de su vida comercial...’’<sup>28</sup>*

Para cerrar esta sección, debemos prevenir que en el caso chileno es la misma ley 20.393 en su versión del año 2023 la que otorga argumentos de texto para rechazar la procedencia de esta clase de justificaciones:

- El primer argumento radica en la elección: Como veremos el legislador en vez de elegir una aproximación material circunscribió el ámbito de aplicación de la ley a consideraciones formales y a las concretas personas jurídicas enumeradas en el artículo 2 de la Ley 20.393/2023.
- El segundo argumento es de texto, y se encuentra en el artículo 4 de la citada ley, el cual considera en forma expresa el criterio “tamaño” para evaluar la eficacia y seriedad de las medidas de prevención y control.
- Finalmente, el tercer argumento es político criminal. En esta línea, ya hemos dicho que la ley tiene por objetivo el fomentar la autorregulación. En este orden de ideas, no podemos pasar por alto que la necesidad de autorregulación es más patente en las organizaciones desorganizadas que en aquellas que se ha alcanzado cierto grado de complejidad por la institucionalización de operaciones y controles. Siendo razonable asumir que el grueso de las personas jurídicas más desorganizadas son aquellas con menos recursos y que en Chile corresponde al segmento PYMES<sup>29</sup> el cual asciende al 98% de las personas jurídicas.

### **2.3. Organizaciones y ámbito de aplicación de la Ley 20.393/2023.**

Como se adelantó, la ley 21.595/2023 introdujo sustanciales modificaciones a la ley 20.393/2009. Una de aquellas fue precisamente el aclarar las personas jurídicas alcanzadas por la norma.

Así, el artículo 2° de la ley 20.393 en su versión del año 2023 establece que el ámbito de aplicación alcanza a las; 1) personas jurídicas de derecho privado; 2) las empresas públicas

---

<sup>28</sup> TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE ARICA. Causa RUC N° 1100770074-3 “ASEVERTRANS” 2012.p. 2338.

<sup>29</sup> [Endeavor. Empresas medianas. Hacia una nueva clasificación de las empresas en Chile. Reflexiones y Propuestas. 2023. P.4](#)

creadas por ley; 3) Las empresas, sociedades y universidades del Estado; 4) los partidos políticos; y 5) Las personas jurídicas religiosas de derecho público.

Ahora bien, pese a que la citada ley 21.595/2023 introdujo sustanciales modificaciones en este punto, puede afirmarse que estas no afectaron la esencia de las apreciaciones que en su momento efectuó HERNÁNDEZ BASUALTO, esto es, que el Legislador chileno, bajo ciertas circunstancias, optó por criminalizar a las organizaciones con existencia legal<sup>30</sup>. La opción contraria, hubiera supuesto adoptar un criterio “*material*” como hubiere significado el empleo de rótulos tales como “*organización*” u “*empresa*” que es el término que domina la discusión académica en Europa.

Llegados a este punto, nos resulta útil el introducir la noción de “*injusto de sistema*” de LAMPE<sup>31</sup>. Siguiendo tales postulados podemos afirmar que las organizaciones pueden ser categorizadas en función de la persistencia de sus comunicaciones. Desde este punto de partida, podemos distinguir entre sistemas de injusto “*simple*” y sistemas de injusto “*constituido*”. Los primeros, se caracterizan por el carácter episódico o efímero de las comunicaciones entre los miembros de una organización y, aunque no resulte esencial a la explicación, la confianza entre los agentes se sustenta en el conocimiento personal de los miembros. Como se puede apreciar, los sistemas de injusto “*simple*” abarcan los casos tradicionales de participación.

Por el contrario, los sistemas de injusto “*constituido*” suponen la institucionalización de las relaciones y la confianza, es decir, a la inversa, la característica fundamental es la permanencia de las comunicaciones y el conocimiento personal pasa a un segundo plano, siendo sustituido por la participación coordinada y fundada en expectativas de rol, lo que en términos simples supone que ya no importa quién eres sino lo que haces.

En este contexto, la decisión de organizarse supone la existencia de lo que llamamos una “*pauta fundacional*”. Esto es, una decisión que “co-tematiza”<sup>32</sup> otras decisiones, siendo este

---

<sup>30</sup> Hernández Basualto, Héctor. Desafíos de la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas... pp. 79-80.

<sup>31</sup> Traducción y abordaje de la obra en alemán de LAMPE en: BACIGALUPO, Silvina. La responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. ...Pp. 208-210. TAMBIEN: BEDECARRATZ SCHOLZ, Francisco. El defecto de organización en organizaciones criminales sin fines de lucro” ... p 620.

<sup>32</sup> El término es adoptado desde Luhmann. Se explicará con detenimiento, pero en general supone la dinámica de intercambio de contenidos en la toma de decisiones dentro de una organización.

concepto esencial en lo que seguirá.

Volviendo a LAMPE, en lo que nos interesa, dentro de los sistemas de injusto constituido distingue entre sistemas “*con finalidad criminal*” y sistemas “*potencialmente criminales*”, es decir, sistemas en los cuales el crimen es parte de la pauta fundacional y sistemas en que, el crimen es una situación emergente y contingente a la organización.

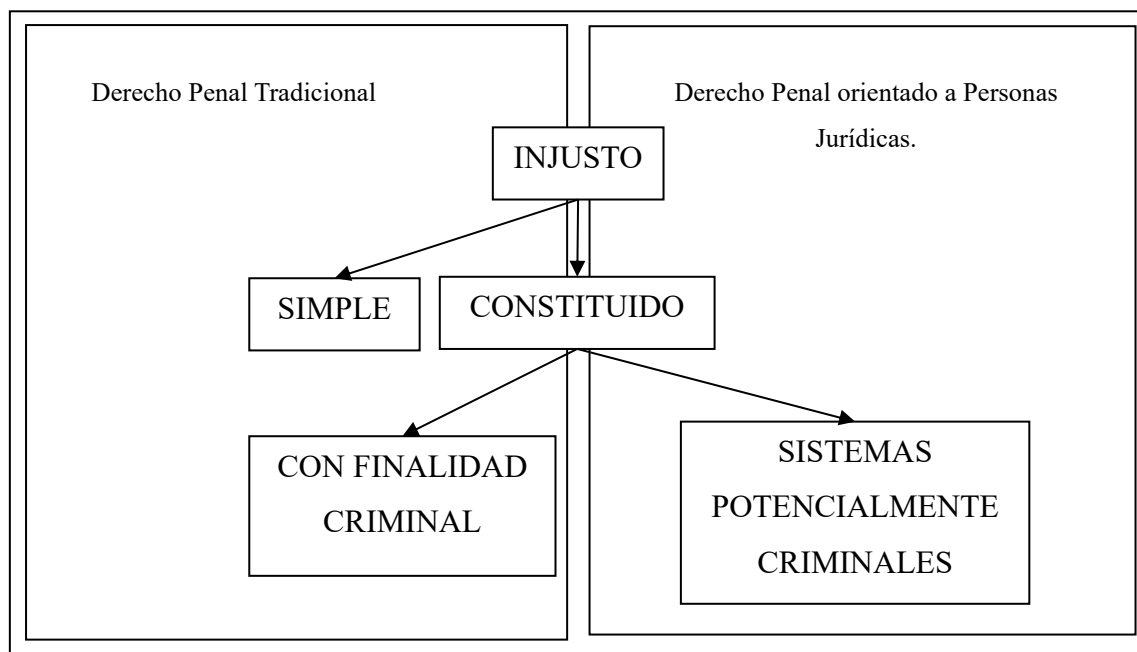


Ilustración 2 Sistemas de Injusto - Elaboración Propia

La distinción nos resulta útil, desde el momento en que nos permite dibujar una línea entre el ámbito de aplicación de las leyes 21.577/2023 y 20.393/2023. En este orden de ideas, la distinción pasa por los artículos 292<sup>33</sup> y 293<sup>34</sup> del Código Penal, así como la consecuencia accesoria regulada en el artículo 294<sup>35</sup> del referido cuerpo normativo. Como dan cuenta esas normas, para las asociaciones “*ilícitas*” el Legislador adoptó un criterio “*material*” cuyo núcleo gravita en su orientación criminal y la permanencia en el tiempo -*en la línea de la*

<sup>33</sup> “Se entenderá por asociación delictiva toda organización formada por tres o más personas, con acción sostenida en el tiempo, que tenga entre sus fines la perpetración de simples delitos.”

<sup>34</sup> “Se entenderá por asociación criminal toda organización formada por tres o más personas, con acción sostenida en el tiempo, que tenga entre sus fines la perpetración de hechos constitutivos de crímenes.”

<sup>35</sup> “Cuando la asociación se ha formado a través de una persona jurídica, se impondrá, además, como consecuencia accesoria de la pena impuesta a los responsables individuales, la disolución o cancelación de la personalidad jurídica.”

*distinción de LAMPE-*, es decir, en nuestra terminología, la existencia de una *pauta fundacional* con un agregado *criminal*, siendo la existencia legal un tema accesorio. En cambio, como ya se dijo, el ámbito de la responsabilidad penal orientada a las personas jurídicas se tomó finalmente una aproximación “*formal*” requiriendo la existencia legal como dan cuenta los artículos 2<sup>36</sup> y 9<sup>37</sup> de la citada ley 20.393/2023 y en donde, por oposición, el delito debe ser de carácter emergente y contingente a la organización.

Los casos que obedecen a la distinción antes indicada pueden ser denominados como casos “*fáciles*”. El problema es que pueden teorizarse casos que podrían encontrarse en las periferias de la distinción, por ejemplo *¿Qué ocurre con una minera que realiza cientos de actividades lícitas que solo son posibles por un fraude a los sistemas de protección ambiental que permitieron su nacimiento y continuidad?* La pregunta merece una respuesta que por la determinación de los objetivos de esta investigación no se está en condiciones de proporcionar, pero podría resultar útil la aproximación de PIÑA ROCHEFORT, quien través del concepto de “*incardinación*”<sup>38</sup> plantea que una organización no puede ser calificada como legal o ilegal en base a la cuantificación de sus operaciones, esto es, el balance entre actividades lícitas o ilícitas, sino por la subordinación de las actividades lícitas a una delictual.

#### **2.4.- La pauta fundacional como estructura estructurante o decisión que ata decisiones.**

Como se ha venido arguyendo, los sistemas de injusto constituido tienen como sustrato común la existencia de una “*pauta fundacional*”, que en nuestro caso debe ser lícita y, cuya expresión es que el “delito” es un producto contingente para la misma. En este punto, debe prevenirse que, dado que la pauta obra dentro del sistema de comunicaciones no es ajena a

---

<sup>36</sup> “*Ámbito de aplicación personal. Serán penalmente responsables en los términos de esta ley las personas jurídicas de derecho privado, las empresas públicas creadas por ley; las empresas, sociedades y universidades del Estado; los partidos políticos y las personas jurídicas religiosas de derecho público*”.

<sup>37</sup> “*Extinción de la persona jurídica. Por la pena de extinción de la persona jurídica se dispone la pérdida definitiva de la personalidad jurídica. Para su imposición el tribunal tendrá especialmente en cuenta el peligro de reiteración delictiva que pueda representar el funcionamiento de la persona jurídica.*

*Esta pena sólo se podrá imponer tratándose de crímenes, si concurre la circunstancia agravante establecida en el número 1 del artículo 7 o en caso de reiteración delictiva.*

*La pena de extinción de la persona jurídica no se aplicará a las empresas públicas creadas por ley ni a las personas jurídicas que presten un servicio de utilidad pública cuya interrupción pueda causar graves consecuencias sociales y económicas o daños serios a la comunidad o sea perjudicial para el Estado”.*

<sup>38</sup> PIÑA ROCHEFORT, Juan. *Autonomía, complejidad y cultura corporativa: el corsé cognitivo de la dogmática para la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Revista de responsabilidad penal de las personas jurídicas y Compliance. vol 3. 2023, Pp. 22

las problemáticas de la “*doble contingencia*”<sup>39</sup>. De esto se sigue que la pauta no es un elemento disponible en el sistema, sino que opera como una condición de posibilidad que el mismo sistema posibilita<sup>40</sup>. En otras palabras, aquel o aquellos que tienen incumbencia en el modo en que se estructura una organización ya sea a través de reglamentos, estatutos, perfiles de cargo u otro instrumento de control, no crean estructuras rígidas dentro de las cuales han de desenvolverse sus miembros, desde el momento en que todos dichos instrumentos están conformados por palabras y estas cualquiera sea el medio pertenecen al sistema de las comunicaciones. Quien tiene el poder de gobernar no puede atar su significado al de los demás, sino que requiere forzar dicho sentido a través de constricciones externas al sistema de las comunicaciones, por ejemplo, a través de la imposición de sanciones o la instauración de procesos de adoctrinamiento -capacitaciones-, como medidas dirigidas a hacer más probables ciertos significados por sobre otros.

En este contexto sociopoiético la pauta fundacional puede observarse como; (A) un conjunto de decisiones con una pretensión de unidad, (B) que en el continuo del tiempo presentan caracteres de emergencia.

Con respecto a la primera observación (A), siguiendo a LUHMANN, las organizaciones pueden ser imaginadas como sistemas sociales constituidos por decisiones que atan decisiones<sup>41</sup>.

*“Ya sea como transnacionales, instituciones no lucrativas, organizaciones de la sociedad civil o empresas del estado, en todas las organizaciones subyacen decisiones que conforman su unidad, desde un horizonte de alternativas, por medio de sus operaciones selectivas”*<sup>42</sup>.

*“...dicha construcción interna de estructuras estructurantes (Bourdieu, 1992), de carácter cognitivo, solo pueden ligarse a la praxis -realidad fáctica- a través de conductas orientadas por códigos de actuación que traspolan la ideación*

---

<sup>39</sup> PIGNUOLI OCAMPO, Sergio. Doble contingencia y orden social desde la teoría de sistemas de Niklas Luhmann. Sociológica (Méx.) 28(78), 2013. pp.7-40. DISPONIBLE EN: <[http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0187-01732013000100001&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0187-01732013000100001&lng=es&nrm=iso)>. ISSN 2007-8358. / [Visitado el 11-11-2024]

<sup>40</sup> LUHMANN, Niklas. Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento. Editorial Anthropos, Barcelona. 1997 P.14.

<sup>41</sup> LUHMANN, Niklas. Organización y decisión...P. 14.

<sup>42</sup> ARNOLD-CATHALIFAUD, Marcelo. Las Organizaciones desde la Teoría de los Sistemas Sociopoiéticos Cinta Moebio 32. 2008.. P.95. Disponible en: [www.moebio.uchile.cl/32/arnold.html](http://www.moebio.uchile.cl/32/arnold.html) [Visitado el 11-11-2024]

*subjetiva hacia estructuras estructuradas en las que ellas se materializan*<sup>43</sup>

Si esto es así, entonces una pauta fundacional puede ser identificada si concurren los siguientes caracteres:

1. Que, en el devenir histórico de la organización se pueda identificar un conjunto de decisiones a las cuales se les pueda atribuir una “*pretensión de unidad*”<sup>44</sup>.
2. Luego, estas decisiones deben “co-tematizar” la selectividad de su relación con otras decisiones<sup>45</sup>. En otras palabras, el intercambio temático entre decisiones debe hacer más probables ciertos resultados por sobre otros en base a la pretensión de unidad. Y, finalmente,
3. La operación de dichas decisiones en el flujo del tiempo debe ser apreciable como una unidad, esto es, aun las decisiones pasajeras deben servir como premisas para el obrar posterior<sup>46</sup>.

Esta aproximación, en nuestro juicio, permite distinguir entre decisiones adoptadas en el contexto de una organización y decisiones adoptadas en función de la pauta fundacional. Así, quien decide usar los recursos de la empresa para cometer un ilícito, obra solo en su contexto si la pauta supone un continuo de decisiones que promueven una conducta contraria.

Ahora bien, pese a que la existencia de una pauta fundacional “lícita” podría ser comprendida como una “cultura corporativa fiel a derecho”, como veremos, no son lo mismo en un contexto autopoiético y las exigencias que pueden extraerse de aquel.

En apartados anteriores indicamos que la segunda propiedad de la pauta funcional era su “*emergencia*”<sup>47</sup> (B).

En las organizaciones las decisiones suelen representarse como una elección entre

---

<sup>43</sup> BESABÉ, Santiago. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas desde la teoría de sistemas. Editorial Universidad Andina, Simón Bolívar. Quito, Ecuador. 2003. P.22.

<sup>44</sup> LUHMANN, Niklas. Organización y decisión...P. 14.

<sup>45</sup> LUHMANN, Niklas. Organización y decisión...P. 14.

<sup>46</sup> LUHMANN, Niklas. Organización y decisión...P. 15.

<sup>47</sup> VIVANCO, Manuel. Emergencia: Concepto y método. Cinta moebio. 49, 2014 pp.31-38. DISPONIBLE EN: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0717-554X2014000100004&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0717-554X2014000100004&lng=es&nrm=iso) [Visitado el 12-11-2024]

alternativas<sup>48</sup> tematizadas<sup>49</sup> en donde conviven razones de diversa índole y que, usualmente, suponen co-tematizar razones sobre fines con razones relativas a los medios para lograrlas<sup>50</sup>. Como previene ARNOLD-CATHALIFAUD, la observación refiere a cadenas recursivas de operaciones cuyo resultado puede derivar en situaciones impensadas, inclusive calificables como graciosas o funestas como da cuenta el conocido *principio de Peter* o la *Ley de Parkinson*<sup>51</sup>.

La emergencia es parte fundamental de la discusión, desde el momento en que es uno de los factores que deben considerarse en el diseño, implementación u operación de la organización. En términos clásicos de la teoría de sistemas, mientras la emergencia es entropía, los controles obran con sentido neguentrópico. Profundizaremos este punto en la sección 2.5.2.

## **2.5.- Estructura y emergencia.**

Como se ha venido adelantando, organizarse es decidir continuamente sobre cómo organizarse. En el contexto occidental, especialmente en el marco de la gran empresa, usualmente quienes tienen incumbencia en el modo en que ha de estructurarse una organización han ido adoptando estrategias más o menos conocidas y que, en forma similar a lo que ocurrió en Europa<sup>52</sup>, se han ido reproduciendo por imitación o bien por la influencia global ejercida por los Estados Unidos con posterioridad a 1945. En este orden de ideas, resulta especialmente fácil el apreciar como las empresas transnacionales han sido las pioneras en adoptar el llamado paradigma “*burocrático legal*” y, que, en lo pertinente a los objetivos perseguidos, hemos reducido a dos:

### **2.5.1.- Primer pilar: La división del trabajo y el principio de confianza.**

---

<sup>48</sup> LUHMANN, Niklas. Organización y decisión...P. 9.

<sup>49</sup> LUHMANN, Niklas. Organización y decisión...P. 11.

<sup>50</sup> LUHMANN, Niklas. Organización y decisión...P. 20.

<sup>51</sup> ARNOLD-CATHALIFAUD, Marcelo. Las Organizaciones desde la Teoría... p. 96.

<sup>52</sup> CZARNIAWSKA, Barbara. Complex organizations are still complex. *International Public Management Journal*. 2007. Pp. 139: “*In his 1991 article, Perrow called his inquiry “frankly imperialistic”. I beg to differ. Calling one’s own project “imperialistic” reveals, in fact, the awareness of its local character. The question is if anybody, but US scholars ought to be interested in the history of complex organizations in the United States of America? The answer is a doubtless “yes,” for the simple reason that, as pointed out by such writers as Djelic (1998) and Shenhav (1999), contemporary management knowledge came to Europe from there, as a result of both the post-World War II enforcement of US models and a voluntary imitation that continues until today. Also, as demonstrated by Roy Jacques (1996), the US model of management is quite literally dated, and it is difficult to understand today’s complex organizations without knowing their history”.*

El primer pilar corresponde al llamado principio de “división del trabajo”<sup>53</sup>. En el plano normativo, dicho principio suele vincularse al llamado principio de “confianza” el cual opera en el plano horizontal modulando los espacios competenciales de los individuos en una organización. Como indica FEIJOO, el principio de confianza permite que cada especialista se pueda ocupar de sus labores sin perder energía controlando la actividad de otros miembros vinculados a otros espacios competenciales, permitiendo mayor efectividad, seguridad y calidad en el trabajo realizado conjuntamente<sup>54</sup>.



Elaboración propia: Ejemplo de distribución funcional horizontal.

Dicho aquello, las organizaciones al volverse más complejas suelen recurrir a procesos “escalares”, es decir, al crecimiento de la cadena de mando debido al fenómeno de la delegación. En el plano normativo, el principio de confianza presenta ciertas particularidades en el plano vertical. En efecto, mientras en el plano horizontal podría resultar razonable la suspensión del juicio por parte de un agente de la organización debido a la complejidad o la experticia necesaria en las actividades de otros, usualmente no ocurrirá lo mismo en el caso de una misma cadena de mando.

En este orden de ideas, concordamos con FEIJOO en el sentido en que un superior jerárquico en principio debería poder confiar en que sus instrucciones serán seguidas por sus subordinados directos y, en el extremo contrario, el subordinado que recibe las ordenes, debería confiar en que dichas ordenes son correctas. Empero, existen buenas razones para concluir que el principio de confianza en el plano vertical no debería operar con la misma eficacia en ambos extremos<sup>55</sup>, después de todo, quien ocupa una posición superior, debería hacerlo en función de su mayor experiencia o conocimientos. De consideraciones como estas,

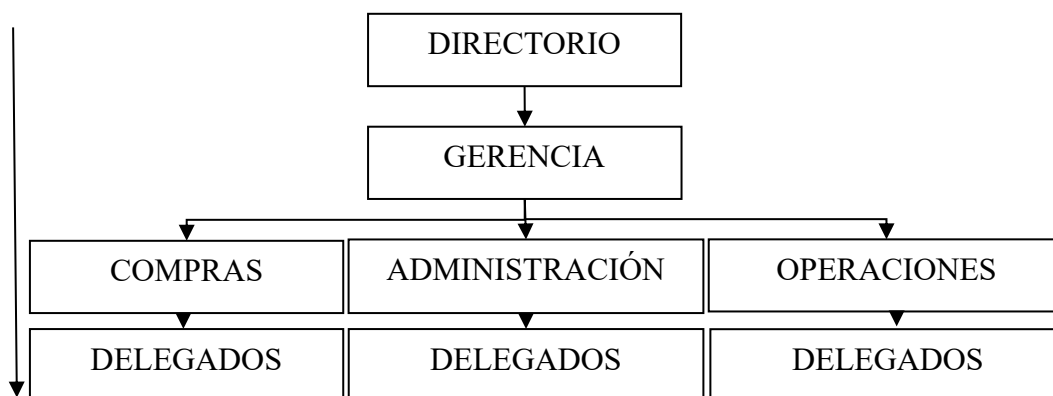
---

<sup>53</sup> SMITH, Adam. La riqueza de las naciones. P. 3: “Este aumento considerable en la cantidad de productos que un mismo número de personas puede confeccionar, como consecuencia de la división del trabajo, procede de tres circunstancias distintas: primera, de la mayor destreza de cada obrero en particular; segunda, del ahorro de tiempo que comúnmente se pierde al pasar de una ocupación a otra, y por último, de la invención de un gran número de máquinas, que facilitan y abrevian el trabajo, capacitando a un hombre para hacer la labor de muchos”. DISPONIBLE EN: [https://www.uv.es/~mpuchade/MDH/02\\_Smith.pdf](https://www.uv.es/~mpuchade/MDH/02_Smith.pdf) [Visitado el 12-11-2024]

<sup>54</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el derecho penal: Fundamento y consecuencias dogmáticas. Derecho Penal y Criminología. 21(69). 2000. Pp. 32.

<sup>55</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. El principio de confianza como criterio normativo...p. 50.

no es de extrañar que, atendidos los caracteres del caso en concreto, especialmente la inmediatez entre quien supervisa y quien debe ser supervisado, puedan exigirse deberes intensificados de instrucción, especialmente en aquellos casos en que ha existido error en la selección, por concurrir en esta situación un deber intensificado de desconfianza si existen indicios de la falta de idoneidad del subordinado.



Elaboración Propia: Ejemplo distribución funcional vertical.

Obviamente, lo indicado previamente corresponden a apreciaciones aplicables directamente solo al modelo “burocrático legal”, debiendo destacarse que el análisis jurisprudencial debería ser altamente casuístico: La tecnología, las mayores exigencias de productividad, la búsqueda de innovaciones, y la creciente creación y complejización de los conocimientos, requieren destacar que no todas las organizaciones son iguales. Un ejemplo de aquello es la tendencia en las Empresas orientadas la creación de conocimientos, las que se han caracterizado en las últimas décadas por abandonar las rígidas jerarquías propias del modelo “burocrático legal”, adoptando como estrategia la redarquía<sup>56</sup>: organizaciones en que la toma de decisiones es descentralizada y distribuida. Así las cosas, y como ya se ha mencionado, a la praxis le aguarda el gran desafío de juzgar según los caracteres del caso evitando generalizaciones basadas en el modelo burocrático. Misma exigencia que puede formularse al derecho penal y su dogmática si tomamos en consideración el uso intensificado de la tecnología, los avances en inteligencia artificial, la robótica y economías en redes.

<sup>56</sup> Cabrera, José. [www.cabreramc.com](http://www.cabreramc.com). Disponible en: <https://cabreramc.com/redarquia-creando-las-organizaciones-del-futuro>. [Visitado el 11 noviembre 2024].

### 2.5.2.- Segundo pilar: Control. Neguentropía y el aporte de los individuos a las estructuras.

El segundo pilar corresponde al control y refiere en gran medida a los institutos que hacen posible la autorregulación. En este devenir, como ya indicamos, la pauta fundacional requiere de actividades externas al sistema de comunicaciones para mantener su unidad. Preguntas tales como ¿Quién hace qué? ¿Quién puede representar a la organización? ¿Qué conductas están prohibidas? o ¿Quién puede sancionar el obrar de aquellos que se alejan de la pauta fundacional? Requieren algo más que un mero marco normativo, requieren de aparatos de promoción, control y represión que doten de eficacia a los mandatos; en términos simples, requieren de estructuras estructurantes o decisiones que busquen atar decisiones.

Como se adelantó, las organizaciones como sistemas autopoiéticos representan un ámbito complejo en el cual confluyen diversos factores con propiedades emergentes. Aterrizando esta idea, desde hace algún tiempo los estudios sobre las organizaciones han ido dejando de lado los enfoques basados en estructuras rígidas, actores racionales y en la comprensión de los individuos como meros medios de producción, dándoles en el último tiempo a las personas una participación esencial en los sistemas. Dentro de esta tendencia, se ha recurrido a la distinción entre organizaciones “*formales*” e “*informales*”.

La estructura “*formal*” corresponde al patrón interrelacionado de puestos de trabajo que conforman la estructura de la organización<sup>57</sup> y que, en términos mundanos refiere a la normativa interna, a los perfiles de cargo, al organigrama y otros instrumentos con finalidad estructurante. Por su parte, la estructura “*informal*” es definida por ETOR como aquella organización estructurada por las relaciones de amistad que se dan entre personas pertenecientes a una organización y cuyo principal eje es proteger los intereses o el bienestar de sus miembros<sup>58</sup>. Prevengamos eso sí, que para nosotros en el ámbito de las organizaciones informales resulta correcto reemplazar el concepto “*amistad*” por “*redes de reciprocidad*”<sup>59</sup>

---

<sup>57</sup> ÖNDAY, Özgür Classical to modern organization theory. International Journal of Business and Management Review. 4 (2). 2016. P.22.

<sup>58</sup> ETOR, Comfort. Chapter 3: Formal and Informal Organizations. EN: Educational Management: A Guide for Practitioners. Publisher: University of Calabar Press. 2016. p. 39. SECCION DISPONIBLE EN: [https://www.researchgate.net/publication/327111799\\_Formal\\_and\\_Informal\\_Organizations](https://www.researchgate.net/publication/327111799_Formal_and_Informal_Organizations) [Visitado el 13-11-2024]

<sup>59</sup> MASCAREÑO, Aldo. Entre la diferenciación y los individuos. Derechos fundamentales y las redes de la infamia. Estudios Públicos 124. 2018. Pp. 45-82.

en tanto este nos extrae del ámbito altruista, el cual no siempre está presente.

Lo importante en este punto es que dicha distinción entre organizaciones formales e informales permite introducir dos ideas adicionales. La primera es que la estructura “real” de una organización corresponde al producto emergente de la interacción entre las organizaciones formales e informales más un tercer elemento, esto es, el aporte de emergencia individual de los miembros de la organización. La segunda idea refiere precisamente a esto último y es que los individuos, lo quieran o no, también aportan a las macroestructuras de una organización.

Quienes en nuestro juicio han expuesto -en nuestra lengua- una buena síntesis de los límites que nos suelen constreñir han sido VARELA y SILVA SÁNCHEZ<sup>60</sup>, quienes recopilando los aportes del “*behavioral law and economics*” han destacado la:

1. Racionalidad Limitada (“bounded rationality”): A diferencia del paradigma tradicional que supone que somos sujetos plenamente racionales, este paradigma plantea que los agentes toman decisiones con limitaciones cognitivas, tales como, errores de percepción, de análisis o por medio de juicios sesgados<sup>61</sup>. Aquello, tiene a lo menos una doble relevancia, la primera, es que el error no es un elemento extraño a los sistemas sino una posibilidad con la cual debe convivirse, surgiendo el deber de gestionar el riesgo y, la segunda, es que, la misma dinámica puede producir pautas de conducta sistematizadas, como ya advertimos en la cita a ARNOLD-CATHALIFAUD.
2. Voluntad limitada (“bounded willpower”): Los estudios dan cuenta que en realidad disponemos de un autocontrol limitado. Aquello, influye a nivel organizacional desde el momento en que en las organizaciones se suelen tomar decisiones privilegiando los beneficios a corto plazo y desplazando a futuro aquellos que son elevados<sup>62</sup>.
3. Interés propio limitado (“*bouded self-interest*”). En general los agentes tienen interés en brindar un trato justo y equitativo, pero no es gratuito, se espera el mismo trato de vuelta y de no obtenerse los sujetos expresan conductas rencorosas, mucho más

---

<sup>60</sup> SILVA SÁNCHEZ Jesús-María & VARELA, Lorena Capítulo 10: Responsabilidades individuales en estructuras de empresa: la influencia de sesgos cognitivos y dinámicas de grupo. En: Coord. Criminalidad de empresa y compliance prevención y reacciones corporativa. Editorial atelier. Barcelona 2013.

<sup>61</sup> SILVA SÁNCHEZ Jesús-María & VARELA, Lorena Capítulo 10: Responsabilidades individuales...p. 266.

<sup>62</sup> SILVA SÁNCHEZ Jesús-María & VARELA, Lorena Capítulo 10: Responsabilidades individuales...p. 266.

extremas que lo que podría concluirse desde la tesis habitual del sujeto racional<sup>63</sup>.

Del mismo modo, pero desde la perspectiva de los estudios de las dinámicas de grupo destacan, las “*fuerzas situacionales*”, que en la misma línea que hemos dibujado a partir de otros marcos teóricos plantean que los agentes no siempre se comportan según su disposición interna. Las decisiones, suelen ser un producto emergente de la integración entre el individuo y su entorno<sup>64</sup>.

Finalmente, retomando la idea de la existencia de juicios sesgados, podemos destacar los siguientes:

<b>SESGO</b>	<b>DESCRIPCIÓN</b>	<b>EFEECTO</b>
Exceso de Confianza	Los sujetos tienden a confiar con mayor grado de certeza en sus propios conocimientos, habilidades y juicios, aun si no hay evidencia que lo justifique.	-Actuación acrítica; -Conducta sin sustento en evidencia.  -Ignorancia sobre la preponderancia del acaso en los resultados obtenidos.
Exceso de optimismo	Tendencia a juzgar con preminencia de los resultados positivos, con escasa representación del fracaso.	En forma excesiva, pueden conducir a errores sistemáticos en la toma de decisiones. El ejemplo se da en el exceso de confianza en la gestión de riesgos corporativos.
Ilusión de control.	Creencia que se domina cierto ámbito, cuando el acaso y otras condiciones estructurales juegan un papel mucho más determinante.	Errores en la toma de decisiones por sobrevaloración y subvaloración.
De confirmación.	Los agentes crean esquemas teóricos para organizar y agrupar ideas con relevancia funcional	Lleva en forma sistemática a mantener esquemas teóricos

<sup>63</sup> SILVA SÁNCHEZ Jesús-María & VARELA, Lorena Capítulo 10: Responsabilidades individuales...p. 266.

<sup>64</sup> SILVA SÁNCHEZ Jesús-María & VARELA, Lorena Capítulo 10: Responsabilidades individuales...p. 266.

	para su vida cotidiana. El sesgo, se produce atendido a que, existe una tendencia a que, una vez elaborado el esquema teórico, la evidencia se acoge o descarta según el mismo modelo, por lo que, se suele sobrevalorar la evidencia que es conforme al propio modelo.	erróneos, pese a que existe evidencia en su contra.
Sesgo egoísta	Entre alguna de las descripciones bajo el rótulo, tendencia a hacerse dueño de los éxitos, pero a evitar responsabilizarse de sus errores.	“gravedad de las noticias”

Fuente: Elaboración propia<sup>65</sup>.

Llegados a este punto, el control como elemento neguentrópico debe hacerse cargo de estas dinámicas en la medida que sean probables y relevantes atendido el contexto de la organización.

Son consideraciones como estas las que han dado lugar al nacimiento de una serie de directrices dirigidas a la buena organización y a la gestión de riesgos. Todas las cuales buscan prevenir “eventos” con impactos negativos a través de la instauración de una estructura adecuada. Si realizamos un proceso de abstracción de normativas de respetados organismos como la Organización Internacional de Normalización (ISO) o el Instituto Nacional de Estándares y Tecnologías de Estados Unidos (NIST), podremos percatarnos que sus enfoques son “estructurales” e “históricos” por requerir un proceso de feedback.

En lo que nos interesa, un evento “*criminal*” como emergencia en el contexto de una organización es siempre una posibilidad, de allí que, la adecuación o inadecuación de las estructuras para su prevención y control solo es evaluable en referencia al tiempo. El *feedback* requiere de espacios “razonables”, lo que a su vez supone un abordaje “histórico” y no “episódico”.

---

<sup>65</sup> En base al texto: SILVA SÁNCHEZ Jesús-María & VARELA, Lorena Capítulo 10: Responsabilidades individuales. Pp. 268-269.

Llegados a este punto, podemos entrar al abordaje de la ley 20.393/2023.

### **CAPITULO III.- FUNDAMENTO Y ATRIBUCIÓN DE CONSECUENCIAS JURÍDICAS “PENALES” A LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL CONTEXTO DE LA LEY 20.393/2023.**

#### **3.1.- Consideraciones Previas.**

Si aceptamos que existen diferencias fundamentales entre un individuo y una organización, así como que la forzosa atribución de consecuencias jurídicas “penales” a las personas jurídicas obedece a fines pragmáticos, no debería resultar problemático comprender que estamos frente a una nueva parcela del Derecho Penal. En este punto, podemos asumir los postulados de SILVA SÁNCHEZ, en cuanto a que, los problemas de la modernidad nos constriñen en aceptar que no resulta correcto exigir el estándar del buen derecho liberal para todos los ámbitos de la persecución penal;

*“...la configuración de los diversos sistemas jurídicos de imputación del hecho al sujeto, así como la de las garantías generales de cada sistema, tienen una clara dependencia de las consecuencias jurídicas del mismo, su configuración y su teleología. Expresado de otro modo: ni en todo el sistema jurídico debe haber las mismas garantías, ni en todo el sistema del Derecho sancionatorio tiene por qué haber las mismas garantías, ni siquiera en todo el sistema sancionatorio penal tienen por qué exigirse las mismas garantías; pues las consecuencias jurídicas son sustancialmente diversas (también en el seno del propio sistema del Derecho penal en sentido estricto) ...”<sup>66</sup>.*

Esta afirmación, desde la cual se pueden justificar sistemas penales de “distinta velocidad” no es una cuestión extraña para el Legislador chileno, el cual, desde hace algún tiempo ha instaurado procedimientos “abreviados” y “monitorios”, los que claramente suponen la reducción de los tiempos por la relajación de las garantías que suministra el juicio oral en nuestro país.

---

<sup>66</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús. La expansión del Derecho Penal. Aspectos de Política Criminal en las sociedades postindustriales. Editorial B de F. Segunda Edición. Buenos Aires, Argentina. 2006. P. 167-168.

Lo anterior, debiese resonar con la idea que ni la imputación, ni la persecución penal tienen razones de peso para igualarse con las garantías establecidas para las personas, especialmente si las consecuencias del error no son equiparables en uno y en el otro caso. Por mucho que nos interese la “economía” no es lo mismo la aplicación de una multa o la extinción de una persona jurídica que el encerrar a una persona inocente.

Dicho aquello, como veremos, nuestra postura no aboga por la aplicación “automática” de responsabilidad, sino que su trasfondo es construir una razonabilidad propia de esta nueva parcela del derecho penal y que se basa en un análisis “estructural”.

### **3.2.- Imputación estructural.**

Ya indicamos que las personas jurídicas no están ontológicamente posibilitadas de emitir conducta ni sufrir un juicio de reproche. De allí, si comprendemos que no es la realidad la que debe adaptarse a la teoría sino a la inversa, resulta fácil aceptar que la imputación de consecuencias jurídicas “penales” a las personas jurídicas es de carácter “*monista*”. Esto es, no requiere distinguir entre injusto y culpabilidad, sino que se basa únicamente en consideraciones “*estructurales*” u “*objetivas*”<sup>67</sup>.

Si esto es así, el núcleo de la imputación se configura por la transgresión de una norma de valoración<sup>68</sup> que apunta a un “*hecho*”<sup>69</sup> o mejor dicho a un “*estado de las cosas peligroso*”<sup>70</sup>, prevención que ya era realizada en el año 2010 por VAN WEEZEL para oponerse a la instauración de esta clase de atribución bajo el rótulo *penal*<sup>71</sup>.

---

<sup>67</sup> En esta línea Véase: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. La Estructura de la infracción Penal de la Persona Jurídica: El Presupuesto (El Déficit Organizativo Peligroso) y el Resultado/Condición Objetiva De Punibilidad (El Hecho De Conexión Posterior). Revista de responsabilidad penal de las personas jurídicas y Compliance. 3. 2023. P. 9. DISPONIBLE EN: <https://www.redepec.com/la-estructura-de-la-infraccion-penal-de-la-persona-juridica-el-presupuesto-el-deficit-organizativo-peligroso-y-el-resultado-condicion-objetiva-de-punibilidad-el-hecho-de-conexion-posterior/> [Visitado el 13-11-2024]. TAMBIEN: PIÑA ROCHEFORT, Juan. Autonomía, complejidad y cultura corporativa: el corsé cognitivo de la dogmática para la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Revista de responsabilidad penal de las personas jurídicas y Compliance. 3 2023, Pp. 18. DISPONIBLE EN: <https://www.redepec.com/autonomia-complejidad-y-cultura-corporativa-el-corse-cognitivo-de-la-dogmatica-para-la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas/> [Visitado el 13-11-2024].

<sup>68</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. “*La Estructura de la infracción Penal de la Persona Jurídica*” ...p. 19.

<sup>69</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. “*La Estructura de la infracción Penal de la Persona Jurídica*” ...p. 20.

<sup>70</sup> PIÑA ROCHEFORT, Juan. *Autonomía, complejidad y cultura corporativa...* . P. 7

<sup>71</sup> VAN WEEZEL, Alex “Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas”. Polít. crim. Vol. 5, Nº 9 (Julio 2010), Art. 3. [[http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_05/n\\_09/Vol5N9A3.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A3.pdf)] P.122

Así las cosas, el centro del asunto no tiene porqué acudir a la discusión relativa a si se trata de una responsabilidad autónoma o derivada, sino única y exclusivamente a determinar si el evento en concreto supuso la transgresión de una norma de valoración que en abstracto reza “*organízate de modo de no crear o incrementar el riesgo por sobre lo permisible*”. Obviamente, dicho mandato según lo advertido no va dirigido a la organización sino a aquellos que tienen incumbencia en cómo se organiza.

*“Todo ello, en definitiva, implicaría la superación de una visión de las personas jurídicas como estado de cosas peligroso o criminógeno, de un modelo preventivo-especial, para llegar a uno “de responsabilidad estructural basado en el cumplimiento de la legalidad y orientado a la estabilización de normas”, en el que la falta de prevención sólo es relevante para el Derecho penal como manifestación de la falta de cumplimiento y en el que la pena sirve para “restablecer la vigencia fáctica de la norma cuando se comprueba que el delito corporativo representa un defecto organizativo motivado por un problema estructural en relación al cumplimiento de la legalidad”, de modo que un fallo organizativo de prevención solo es un indicio de defectos estructurales en el cumplimiento de la legalidad y no supone automáticamente responsabilidad penal de la persona jurídica, pues si, pese al fallo de prevención en un caso concreto, se demuestra que la persona jurídica dispone de una adecuada cultura de cumplimiento, la pena puede resultar innecesaria, por no quedar en entredicho la norma penal”<sup>72</sup>.*

Suma al enfoque estructural el hecho que el artículo 5 de la ley 20.393/2023 contempla la llamada “autonomía” entre la declaración de responsabilidad del sujeto relevante y la atribución de consecuencias jurídicas “penales” a la persona jurídica. Mientras que la orientación al riesgo es perceptible en el inciso 1º del artículo 3 de la ley en comento:

*“...siempre que la perpetración del hecho se vea favorecida o facilitada por la falta de implementación efectiva de un modelo adecuado de prevención...”.*

Por lo tanto, no queda más que entender que la autonomía de la responsabilidad penal de la

---

<sup>72</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. “Reflexiones sobre el núcleo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho penal español y algunos cabos sueltos” Revista de RPPJ y Compliance.

persona jurídica es por su estado estructural (objetivo), y no por otras razones de carácter subjetivas.

### **3.3.- Atribución de consecuencias jurídicas “penales” en el contexto de la ley 20.393/2023.**

Desde la lectura de los artículos 3 y 4 de la Ley 20.393/2023 y en base la distinción analítica/sintético<sup>73</sup> puede generalizarse que la legislación chilena requiere en forma expresa la configuración de dos macroelementos normativos y uno negativo.

1. La constatación de un “evento base”, esto es, la comisión de un delito “relevante” por parte de un sujeto “relevante”.
2. La constatación de un “*factor de conexión*”, esto es, que el “evento base” sea reconducible al ámbito de dominio de una organización y que se haya visto favorecido o facilitado por la falta de implementación efectiva de un Modelo de Prevención del Delito.
3. Que la persona jurídica no sea víctima exclusiva del delito relevante cometido por el sujeto relevante.

#### **3.3.1.- El evento base: Los sujetos “relevantes” integrados en la organización.**

La ley 20.393/2009 contemplaba un catálogo bastante reducido de sujetos que podían ser calificados como “relevantes” por situar a la persona jurídica en el riesgo de sufrir una consecuencia jurídica “penal”. Así su texto refería a dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realizaren actividades de administración y supervisión, por lo que, en síntesis, la imputación requería el obrar del órgano de gobierno o su cadena de mando más inmediata, lo que no coincide con las exigencias que se desprenden de dicha realidad criminógena.

En forma positiva, la Ley 21.595/2023 vino a cambiar esta situación, ampliando los sujetos enjuiciables como “*relevantes*”. En este devenir, la ley 20.393/2023 en su artículo 3° en lo

---

<sup>73</sup> KINDHÄUSER, Urs. Hechos brutos y elementos normativos del tipo. InDret. 2. 2014. P. 14: “...los elementos descriptivos del tipo se refieren a propiedades naturales y son adscritos a los objetos en el marco de juicios teóricos. Los elementos normativos del tipo se refieren a propiedades convencionales y son adscritos a los objetos en el marco de juicios prácticos. Tanto los elementos descriptivos como los elementos normativos del tipo pueden, respectivamente, servir a la función de clasificar, comparar o graduar. Los elementos normativos del tipo son usados valorativamente cuando sirven a la función de comparar o graduar”.

pertinente indica:

*“...por o con la intervención de alguna persona natural que ocupe un cargo, función o posición en ella, o le preste servicios gestionando asuntos suyos ante terceros, con o sin su representación”<sup>74</sup>*

En este derrotero la nueva enunciación, por la referencia a las expresiones “cargo”, “función” o “posición” tal y como plantea HERNÁNDEZ cubren material y formalmente todas las formas de adscripción a una organización<sup>75</sup>, incluyéndose en nuestra opinión los trabajadores que prestan servicios bajo la modalidad de servicios transitorios (artículos 183 F y siguientes del Código del Trabajo), por encontrarse estos insertos bajo la potestad de mando de la persona jurídica que en el marco laboral se presenta como usuaria.

Dicho aquello, profundizando en el título de la imputación, concordamos con la opinión de HERNÁNDEZ, en cuanto a que la expresión “por o con la intervención” empleado por la norma abarca todas las formas de autoría y participación<sup>76</sup>. Eso sí, precisamos que en nuestra opinión debería excluirse de antemano el “encubrimiento” por tratarse de actos que se ejecutan una vez agotado el delito lo que quedaría fuera del concepto de “perpetrar”<sup>77</sup>. En efecto, pese a que en nuestro ordenamiento se suele comprender al encubrimiento como una forma de participación dada la tradición histórica de nuestro código penal, en el caso de la ley 20.393/2023 existe un antecedente adicional que permite descartar de plano el encubrimiento de la ecuación y corresponde a la exigencia de “favorecimiento” o

---

<sup>74</sup> La expresión “cargo” refiere a ocupar un puesto formal dentro de la organización, mientras que “función” alude a las actividades o tareas realizadas en la empresa, las cuales pueden o no ser ejercidas por alguien con un puesto formal y, finalmente “posición” constituye el cajón de sastre que viene en recoger todas las otras formas de integración fáctica en la organización. La explicación completa está disponible en: HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor et al. La guía del Compliance. Responsabilidad penal de las empresas; Modelos de Prevención. Editorial Colombara. Santiago Chile. 2024. P. 35.

<sup>75</sup> HERNÁNDEZ, Héctor et al. La guía del Compliance...p. 35.

<sup>76</sup> HERNÁNDEZ, Héctor et al. La guía del Compliance...p.41.

<sup>77</sup> “La apreciación del encubrimiento como una forma de participación en el hecho ajeno -concretamente como auxilio posterior al acto- corresponde a una tradición muy antigua, por lo menos en el derecho germánico, que subsistió hasta 1995 en el español. Sin embargo, actualmente esa consideración es objeto de críticas, sobre todo porque, como la intervención del encubridor es posterior a la ejecución, falta por completo la relación de causalidad entre aquélla y el resultado típico. Por otra parte, aun prescindiendo de este aspecto de la cuestión, debe destacarse que, cuando menos en algunas formas de encubrimiento (favorecimiento real y personal), el bien jurídico lesionado por la conducta del sujeto no es el quebrantado por el hecho encubierto, sino el interés en una recta y expedita administración de justicia” En: CURY, URZUA, Enrique. Derecho Penal. Parte General. Editorial UC. 2011. P. 631.

“*facilitación*” contenida en el artículo 3º, dado que dicho elemento, como veremos, supone a lo menos relevancia “con”-causal.

Ahora bien, en nuestra opinión conviene destacar que la expresión “*función*”, dado el régimen de subcontratación laboral contenido en los artículos 183-A y siguientes del Código del Trabajo podría abrir la posibilidad de que un sujeto relevante comprometa la responsabilidad de más de una persona jurídica a la vez en hipótesis normativas distintas a la indicada por el inciso 2º del artículo 3º de la ley 20.393/2023:

*“Si concurrieren los requisitos previstos en el inciso anterior, una persona jurídica también será responsable por el hecho perpetrado por o con la intervención de una persona natural relacionada en los términos previstos por dicho inciso con una persona jurídica distinta, siempre que ésta le preste servicios gestionando asuntos suyos ante terceros, con o sin su representación, o carezca de autonomía operativa a su respecto, cuando entre ellas existan relaciones de propiedad o participación”.*

Para precisar esta idea, indiquemos que la mencionada norma constituye una excepción al principio general, por la cual, cada organización es responsable por el obrar de sus agentes. En este orden, podría responder más de una persona jurídica en forma “conjunta” de configurarse cualquiera de las dos hipótesis alternativas reguladas por la norma, esto es, que se trate de una prestación de servicios consistente en “*gestionar asuntos*” frente a terceros - con o sin representación- o bien en el evento en que la persona jurídica que presta los servicios, cualquiera sea su naturaleza, carezca de autonomía operativa, cuando entre las personas jurídicas existan relaciones de propiedad o participación.

El ejercicio, supone entonces cuestionarnos si fuera de las mencionadas hipótesis puede responder más de una persona jurídica en forma independiente por el obrar de un mismo sujeto relevante.

Para abordar dicha interrogante, tengamos en cuenta que en Chile el régimen de subcontratación por la propia definición que entrega el artículo 183-A del Código del

Trabajo<sup>78</sup>, supone:

1. Una empresa mandante, esto es, la dueña de las obras o faenas en donde han de prestarse los servicios.
2. Una empresa contratista, esto es, la empresa que, producto de un acuerdo con la mandante, ejecuta por su cuenta y riesgo servicios para aquella.
3. Trabajadores del contratista, que prestan servicios bajo subordinación y dependencia de aquella.

En este devenir, el cuestionamiento surge desde el momento en que la norma en comento de inmediato expresa una excepción, esto es, las hipótesis de *intermediación* y en general casos en que los servicios no se ejecutan por cuenta y riesgo de una empresa contratista.

En todos ellos, dado el carácter realista del Derecho Penal, perfectamente podría darse el caso en que se extienda la imputación sobre más de una persona jurídica cuando la “*potestad de mando*” sobre el sujeto relevante se encuentra distribuida por la desnaturalización del régimen de subcontratación.

Una aproximación “*material*” similar ha sido explicitada por la Fiscalía Nacional del Estado español, que ha indicado que cualquiera sea la naturaleza de la conexión, llámese comercial, laboral o se trate de agentes subcontratados, lo relevante es que el sujeto se encuentre integrado en el perímetro del dominio social<sup>79</sup> -u organizativo-. Postura que tiene bastante

---

<sup>78</sup> “Artículo 183-A del Código del Trabajo: “*Es trabajo en régimen de subcontratación, aquél realizado en virtud de un contrato de trabajo por un trabajador para un empleador, denominado contratista o subcontratista, cuando éste, en razón de un acuerdo contractual, se encarga de ejecutar obras o servicios, por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su dependencia, para una tercera persona natural o jurídica dueña de la obra, empresa o faena, denominada la empresa principal, en la que se desarrollan los servicios o ejecutan las obras contratadas. Con todo, no quedarán sujetos a las normas de este Párrafo las obras o los servicios que se ejecutan o prestan de manera discontinua o esporádica.*

*Si los servicios prestados se realizan sin sujeción a los requisitos señalados en el inciso anterior o se limitan sólo a la intermediación de trabajadores a una faena, se entenderá que el empleador es el dueño de la obra, empresa o faena, sin perjuicio de las sanciones que correspondan por aplicación del artículo 506”.*

<sup>79</sup> “*En cuanto a los delitos que provocan la responsabilidad de la persona jurídica, deben haber sido cometidos por los sujetos sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en la letra a) del apartado 1, siendo suficiente que operen en el ámbito de dirección, supervisión, vigilancia o control de estas. No es necesario que se establezca una vinculación formal con la empresa a través de un contrato laboral o mercantil, quedando incluidos autónomos o trabajadores subcontratados, siempre que se hallen integrados en el perímetro de su dominio social”.* Fiscalía Nacional del Estado Español. Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015. P. 12.

sentido en la legislación española, en tanto, en ésta el defecto de organización refiere directamente a la omisión grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control<sup>80</sup>.

En forma mucho más discutible, surge una segunda preocupación vinculada a temas de higiene y seguridad. En efecto, si bien el artículo 183-A del Código del Trabajo contempla como principio general la autonomía entre empresas mandantes y contratistas en función del criterio “*por su cuenta y riesgo*”, el artículo 183-E contempla una excepción, por la cual, la empresa mandante, sin perjuicio de las obligaciones de la contratista, es obligada de modo “directo” y “subjetivo” a la protección de los trabajadores<sup>81</sup>.

En este derrotero, como existe una hipótesis de distribución legal “*del dominio organizativo*”, perfectamente por un mismo evento podrían responder la mandante y la empresa contratista, aunque en nuestra opinión esto difícilmente ocurrirá por el obrar de un mismo agente, siendo mucho más probable la imputación por defectos en sus propias esferas de organización, lo que nos lleva de vuelta a las reglas generales.

Esta discusión, pese a que por nuestros objetivos ha sido abordada someramente, es sumamente relevante desde la posibilidad que la subcontratación suponga vacíos de punibilidad injustificables político-criminalmente en un país movido por industrias con claras tendencias hacia la externalización. Un estudio del consejo de competencias mineras estimó que la participación contratista en minería bordeaba el 68%<sup>82</sup>.

De este modo, el determinar -razonablemente- el dominio de la organización será una tarea de máxima importancia dada la amplitud de la expresión “*función*”: “*Tarea que corresponde realizar a una institución o entidad, o a sus órganos o personas*”<sup>83</sup>.

---

<sup>80</sup> Artículo 31 BIS numeral 1 literal B de la BOE: “*De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso*”.

<sup>81</sup> CERON REYES, Roberto. Corte Suprema. Rol N° 9.858-2013: Recurso De Unificación De Jurisprudencia (Artículos 183-B Y 183-E Del Código Del Trabajo). *RDUCN* [online]. 22(1), 2015 pp.573-584. Disponible en: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-97532015000100015&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532015000100015&lng=es&nrm=iso). [Visitado el 14-11-2024],

<sup>82</sup> Consejo de competencia mineras. [www.ccm.cl](http://www.ccm.cl). Disponible en: [https://ccm-eleva.cl/wp-content/uploads/2023/12/EstudioFuerzaLaboral2023\\_2032.pdf](https://ccm-eleva.cl/wp-content/uploads/2023/12/EstudioFuerzaLaboral2023_2032.pdf). [Visitado el 16 de noviembre 2024].

<sup>83</sup> RAE. Disponible en: <https://www.rae.es/diccionario-estudiante/funci%C3%B3n> [Visitado el 18 de noviembre 2024].

Después de todo, no resulta descabellado asumir que un rápido análisis de los significantes puede llevarnos a comprender que un trabajador subcontratado presta funciones en la empresa Mandante.

### **3.3.2.- El evento base: Los sujetos relevantes externos a la organización.**

Como se dijo, la ley 21.595/2023 amplió los sujetos relevantes. Pero no solo se extendió dentro de la organización sino también fuera de ella como deja entrever la conjunción disyuntiva “o” situada en la parte final del inciso 1° del artículo 3 de la ley 20.393/2023 “...o le preste servicios gestionando asuntos suyos ante terceros, con o sin su representación...”.

Con respecto a estos últimos, corresponden a casos fáciles los llamados mandatarios, por tratarse de individuos que, a través de un mandato expreso o tácito, usualmente personas que ejercen profesiones liberales<sup>84</sup>, gestionan intereses ante terceros como abogados u otras clases de asesores atendida la naturaleza del encargo, quedando abierta la duda al surgimiento de casos difíciles por la amplitud de la expresión “servicios”<sup>85</sup>.

### **3.3.3.- Evento base: Debe tratarse de un delito “relevante”.**

Como indicamos, la ley 20.393/2009, en forma reactiva a un contexto histórico-social marcado por casos de corrupción, fue experimentando paulatinamente la ampliación del catálogo de delitos como dan cuenta las leyes 20.931/2016, 21.121/2018 y 21.132/2019, encontrando dicha expansión su punto cúlmine a la fecha en la referida ley 21.595/2023 sobre “delitos económicos”, transitando aproximadamente desde 40 figuras penales a más de 200<sup>86</sup>, según las estimaciones más moderadas.

Hasta aquí, tenemos que un sujeto “relevante” debe cometer un delito enjuiciable como “relevante” por estar contenido en los artículos 1, 2, 3, o 4 de la Ley 21.595/2023, en el artículo 8 de la ley N° 18.314/1984 que determina conductas terroristas; en el Título II de la

---

<sup>84</sup> Art. 2118 del Código Civil chileno: “Los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato”. Art. 2125 del Código Civil chileno: “Las personas que por su profesión u oficio se encargan de negocios ajenos, están obligadas a declarar lo más pronto posible si aceptan o no el encargo que una persona ausente les hace; y transcurrido un término razonable, su silencio se mirará como aceptación. Aun cuando se excusen del encargo, deberán tomar las providencias conservativas urgentes que requiera el negocio que se les encomienda”.

<sup>85</sup> HERNÁNDEZ, Héctor et al. La guía del Compliance...p. 39.

<sup>86</sup> HERNÁNDEZ, Héctor et al. La guía del Compliance...p.25.

ley N° 17.798/1977, sobre Control de Armas, o en los artículos 411 quáter, 448 septies y 448 octies del Código Penal.

Nótese que, como deja ver la expresión “...*sean o no considerados como delitos económicos por esa ley ...*”<sup>87</sup>, para efectos de comprometer a la persona jurídica no es necesario que el delito sea enjuiciable como “económico” ya sea por la naturaleza jurídica de los bienes en juego o por el empleo de la técnica del catálogo condicionado<sup>88</sup>, lo relevante se encuentra en la expresión “*en el marco de su actividad*” que analizaremos en otro apartado.

### **3.4.- El factor de conexión: El evento debe ser reconducible al ámbito de dominio de la organización.**

Como se desprende del mencionado artículo 3 de la Ley 20.393/2023, no basta con que la conducta del sujeto “relevante” configure un delito “relevante”, sino que debe existir una conexión entre el sujeto y el ámbito de dominio de una organización. Esta referencia surge de la expresión “...*en el marco de su actividad...*” la que, claramente, corresponde a un concepto mucho más abierto que el derogado y bullado<sup>89</sup> criterio del interés “*inmediato*” y “*directo*” empleado por la versión del año 2009.

De este modo, la expresión “*en el marco de su actividad*” se presenta como un criterio normativo cuya función es operar como bisagra, distinguiendo entre las conductas cometidas por sujetos relevantes auxiliados por la organización de aquellas que solo se encuentran en sus periferias por su vinculación formal o material. Suma a esta postura como razón de texto, las expresiones “*facilitar*” o “*favorecer*” empleadas por la norma. La inspiración de la regla es claramente liberal. En principio, no se es responsable más que de los propios actos.

En nuestra opinión, el Legislador chileno acertó al emplear las expresiones “*facilitar*” o “*favorecer*” desde el momento en que, aquellas pueden ser empleadas tanto en términos instrumentales como de con-causalidad. Más aun, si nuestra tradición jurisprudencial sigue fuertemente anclada a la noción de “causalidad” comprendida como *conditio sine qua non*.

---

<sup>87</sup> Artículo 1° Ley 20.393/2023: ... “*Los delitos por los cuales la persona jurídica responde penalmente conforme a la presente ley son los siguientes: 1. Los delitos a que se refieren los artículos 1, 2, 3 y 4 de la Ley de Delitos Económicos, sean o no considerados como delitos económicos por esa ley*”.

<sup>88</sup> BASCUÑÁN, Alejandro y WILEMANN, Javier. Derecho Penal Económico chileno. Tomo I. La Ley de Delitos Económicos. Editorial Der. Santiago, Chile. 2023. p. 60.

<sup>89</sup> HERNÁNDEZ, Héctor et al. La guía del Compliance...p. 44-49.

Suma a lo indicado previamente el hecho que, siendo realistas, la persona jurídica se encuentra imposibilitada de *inducir* a la comisión de un ilícito por lo que difícilmente podríamos hablar de causalidad directa en hipótesis de autoría: Quien inducirá será siempre algún sujeto quien podrá o no valerse de una organización para sus fines. Del mismo modo, tampoco puede emitir conducta alguna que permita configurar alguna otra hipótesis de participación.

### **3.3.5.- Elemento negativo: La persona jurídica no debe ser víctima exclusiva del delito relevante cometido por un sujeto relevante.**

El mismo artículo 3 de la ley 20.393/2023 en su inciso final indica que no se atribuirán consecuencias jurídicas “penales” a las personas jurídicas cuando estas sean víctimas exclusivas del delito.

En este punto bastará con indicar que dicho enunciado puede ser comprendido como una causa de atipicidad. En este sentido, un rápido barrido por el catálogo de delitos permite afirmar que, las hipótesis en que esto es posible refieren en general a bienes jurídicos disponibles como lo es, por ejemplo, la propiedad. En estos casos, cuando el bien jurídico disponible sea de libre disposición por corresponder al propio dominio de la persona jurídica afectada -en forma exclusiva-, según las reglas generales, resulta de toda lógica que el Estado no ejerza el *ius puniendi*.

De allí, lo esencial será determinar si existen o no otros perjudicados por el delito relevante cometido por un sujeto relevante.

## **CAPÍTULO IV.- EL DEFECTO DE ORGANIZACIÓN: LÍMITES A LA IMPUTACIÓN Y SU PRUEBA.**

### **4.1.- El defecto de organización.**

En general, parece que no existe mayor discusión en que, en nuestros sistemas, existe libertad para emprender actividades organizadas siempre y cuando estas sean lícitas. Claro está, la sociedad del riesgo ha ido modulando el alcance de esta “licitud” la que, ha ido reemplazando la máxima “no causar daño al otro” por su símil moderno, que, consciente de nuestros límites, no exige un resultado sino nuestro mejor obrar orientado a dicho objetivo: es lícito obrar dentro del riesgo permitido. Si esto es así, entonces la persona jurídica solo puede ser

responsabilizada por un “*defecto de organización*” cuando este ha creado o aumentado el riesgo permitido.

En apartados anteriores indicamos que la imputación a la persona jurídica es “*monista*” esto significa que, quien pretenda atribuir consecuencias jurídicas a una persona jurídica no requiere probar intencionalidades, ni capacidad para ajustar la conducta a derecho, sino demostrar que la organización creó o aumentó el riesgo por sobre el umbral permitido “*facilitando*” o “*favoreciendo*” el obrar delictivo de un sujeto relevante. Si estamos de acuerdo con dicho postulado, el “*defecto de organización*” -a falta de un mejor término- debe comprenderse como una “*especie*” de causa del evento base<sup>90</sup>.

*“En síntesis, y recapitulando, la PJ no realiza delito alguno (solo la persona física lo realiza), sino una infracción penal (eso sí, autónoma), que se integra exclusivamente con elementos objetivos. De ahí que quepa asegurar que a la PJ se le imputa un hecho propio objetivamente (que no subjetivamente) antijurídico, con la peculiaridad añadida de que el hecho delictivo cometido por la persona física forma parte del referido hecho propio de la PJ”<sup>91</sup>.*

Dicho aquello, no podemos olvidar que el fenómeno observable no es el “*defecto*” sino una organización y su caracterización como “*defectuosa*” corresponde a un juicio que deberá efectuar el Tribunal recurriendo a la medida o graduación de favorecimiento. En este orden de ideas, puede conceptualizarse al “*defecto de organización*” en base a la tradicional distinción *analítico/sintético* como “*el resultado del juicio de disvalor realizado con respecto a una organización de medios humanos y materiales por haber facilitado la comisión de un delito y un sujeto calificables como relevantes jurídico penalmente*”.

Destaquemos que las expresiones “*favorecimiento*” o “*facilitar*” son tratadas *analógicamente* como criterios causales, en tanto, su propio sentido natural da cuenta que no refieren a una relación necesaria entre causa y efecto, sino más bien a lo que se conoce en el Derecho Civil como con-causalidad complementaria. En otras palabras, sin que exista un concurso de voluntades, la conducta del sujeto relevante es auxiliada o facilitada por el defecto de

---

<sup>90</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. “*La Estructura de la infracción Penal de la Persona Jurídica*” ...p. 29.

<sup>91</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. “*La Estructura de la infracción Penal de la Persona Jurídica*” ...p. 31.

organización.

Así las cosas, la existencia de un defecto de organización imputable penalmente a una organización dependerá de una serie factores de riesgo<sup>92</sup> o críticos que se relacionan con la manera en que la entidad se ordena, administra sus recursos, supervisa sus operaciones y previene la comisión de delitos dentro de su estructura organizacional. Estos factores son esenciales para determinar si a una organización se le pueden atribuir consecuencias penales por un defecto de organización. Dada la complejidad de factores de riesgo que se suceden en las organizaciones, y más aún, en aquellas intensas en recursos físicos y materiales, no podría entregarse un listado taxativo de estos, sino no más bien, solo aquellos factores que por su criticidad contienen un riesgo y probabilidad efectiva de concretarse en un hecho ilícito no deseado para la organización.

<b>Ejemplo Factores de Riesgo [No taxativo]</b>			
<b>Estructurales administrativos</b>	<b>Estructurales físicos</b>	<b>Conductuales</b>	<b>Liderazgo</b>
Falta o deficiencia en procedimientos y protocolos	Mal diseño de procesos	Bajo nivel de capacitación	Ejecutivos baja adhesión al riesgo
Falta o deficiencia de recursos en sistemas de control o tecnología	Falta o escasos recursos en renovación de materiales y equipos	Deficientes canales de comunicaciones interna	Historial de comportamientos delictivos o infracciones previas sin ser tomadas en cuenta.
Falta o deficiencia en recursos humanos	Deficiencia en modelos de mantención	Bajo interés o incentivos en cumplir programas de compliance	Directorio con visión de maximizar la rentabilidad por sobre la sustentabilidad del negocio.
Deficiente organización estructural administrativa	Bajo nivel de control y seguimiento de los funcionamientos		Bajo control y vigilancia de los sistemas por parte de los ejecutivos
Bajo nivel de controles de forma			

Fuente: Elaboración propia

Si se ha llegado a este punto y lo que se ha expresado tiene sentido, entonces se podrá adherir a un planteamiento que PIÑA ROCHEFORT realizaba en el año 2012, esto es, que una organización adecuada constituye un elemento negativo del tipo<sup>93</sup>. Actualizando la idea a

<sup>92</sup> Artículo 2 Numeral 8 Decreto 44. Aprueba nuevo reglamento sobre gestión preventiva de los riesgos laborales para un entorno de trabajo seguro y saludable. “Factor de riesgo: Es todo objeto, sustancia, energía o característica derivados de la organización del trabajo que pueda contribuir a la materialización de un riesgo laboral o agravar sus consecuencias. Esto incluye, entre otros, instalaciones, máquinas, equipo y herramientas de trabajo, sustancias y materias primas. También se consideran factores de riesgo la especial sensibilidad de la persona trabajadora, el entorno de trabajo y la organización”.

<sup>93</sup> PIÑA, ROCHEFORT, Juan. Algunas consideraciones acerca de los modelos de prevención de delitos (MPD), establecidos en la ley N° 20.393 sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas. Doctrina y Jurisprudencia Penal. 10, 2012. P. 18.

nuestros tiempos, la organización que a contrario sensu “*dificulta*” u “*obstaculiza*” la comisión de delitos por parte de los sujetos relevantes, no configura tipo alguno, solo desarrolló su actividad dentro del riesgo permitido y, por tanto, la conducta del sujeto relevante pese a encontrarse en su contexto, no le es atribuible.

Esta alegación no tiene solo implicancias teóricas. Como excepción, si la defensa de una persona jurídica estuviese en condiciones de acreditar que la organización supuso el entorpecimiento de la conducta del sujeto relevante, perfectamente podría justificarse su salida en etapas tempranas del procedimiento, por ejemplo, a través del artículo 250 literal A del Código Procesal Penal chileno.

Lo anterior no se opone al hecho que el artículo 4 de la mencionada ley establece como “*eximente*” el contar con un modelo de prevención de delitos en el estándar que la misma regula. En efecto, dicha norma como da cuenta la expresión “*se entenderá*”, corresponde a un mandato dirigido al juez una vez acreditado el delito, y tiene por objeto construir una “*especie*” de causal de “*exculpación*”, en aquellos casos en que, la persona jurídica, en forma “*seria*” y “*razonable*”, atendido su contexto, implementó un modelo de prevención de delitos considerando los elementos que la misma norma propone. En otras palabras, mientras la “*debida organización*” opera como elemento negativo del tipo por “*dificultar*” la comisión de ilícitos, la causal de exculpación opera en aquellos casos en que, pese a la implementación seria y razonable de un modelo de prevención de delitos, concurrió un defecto de organización que facilitó o favoreció la comisión de un delito relevante por parte de un sujeto relevante.

#### **4.2.- Cuestiones de prueba y el estándar organizativo.**

Según lo indicado en acápites anteriores, dado que la comisión de un ilícito relevante por parte de un sujeto relevante no es condición suficiente para responsabilizar a la persona jurídica. En la academia española se ha indicado que no debería ser considerado más que como un “*indicio*” de un defecto de organización<sup>94</sup>. Pero, dicha afirmación no parece correcta

---

<sup>94</sup> “...de modo que un fallo organizativo de prevención solo es un indicio de defectos estructurales en el cumplimiento de la legalidad y no supone automáticamente responsabilidad penal de la persona jurídica, pues si, pese al fallo de prevención en un caso concreto, se demuestra que la persona jurídica dispone de una adecuada cultura de cumplimiento, la pena puede resultar innecesaria, por no quedar en entredicho la norma penal...” En: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Reflexiones sobre el núcleo de la responsabilidad penal de

en el marco de nuestro ordenamiento dada la exigencia de “*favorecimiento*”.

Establecida esta idea, de los artículos 3 y 4 se desprende que el legislador no ha impuesto la obligación de implementar un modelo de prevención de delitos, ni mucho menos que cumpla taxativamente con cada una de las directrices contenidas en el artículo 4. Esto permite afirmar que es lícita la defensa basada en modelos alternativos o divergentes a la propuesta efectuada por el Legislador.

Esto no puede ser de otro modo desde que la realidad da cuenta que las directrices contenidas en la ley, que pueden ser reconducidas a los lineamientos contenidos en otras directrices como lo es la norma ISO 31.000/2018 sobre gestión de riesgos, deben adecuarse a la concreta realidad que deben regular. En efecto, no se trata de llegar e implementar medidas sin tomar en consideración el contexto de la organización, después de todo, es muy distinta la aproximación al riesgo de una sociedad anónima abierta al mercado que, la gestión que debe realizarse en empresas en donde el dominio es familiar, ni es lo mismo el operar en Chile que en EEUU o Europa donde el daño reputacional es tanto o más importante que el económico.

Lo anterior supone que el juez no puede limitarse a realizar un *check list* de las menciones que contiene la norma, sino que su tarea, una vez verificado el *facilitamiento*, se encuentra en los criterios normativos que exigen evaluar la seriedad y razonabilidad de las medidas.

Nótese, que desde nuestra perspectiva y según lo explicado en la sección II, el favorecimiento/entorpecimiento es un juicio “episódico”, esto es, supone analizar si, para el riesgo en concreto, existían o no estructuras de gestión y control y si estas cumplieron o no la función de obstaculizar la amenaza. En cambio, la seriedad y razonabilidad del modelo, por tratarse de un enfoque estructural, debe corresponder a un análisis global e histórico. Lo anterior, en tanto, las mencionadas normativas suponen “ciclos” de cambio y, son ellos, los que precisamente permiten de modo objetivo dar cuenta del correcto funcionamiento del sistema.

---

las personas jurídicas en el derecho penal español y algunos cabos sueltos. Revista de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Compliance. 2. 2023. P. 23. DISPONIBLE EN: <https://www.redepec.com/reflexiones-sobre-el-nucleo-de-la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas-en-el-derecho-penal-espanol-y-algunos-cabos-sueltos/> [Visitado el 14-11-2024],

Es esta razón por la cual no es necesario recurrir a conceptos tales como la “*cultura corporativa*”, en tanto, la cultura es un producto emergente en las organizaciones, pero su emergencia no es necesariamente causa de las mismas, sin considerar, además, que al referirse al concepto de cultura organizacional ella conlleva un aspecto intrínseco o subjetivo del tipo cognitivo-emocional.

“...*Sistema de valores, creencias y suposiciones sobre una organización que configuran el modo en que las personas actúan en su forma de comportarse e interactuar*<sup>95</sup>...”

Perfectamente puede ocurrir que, un nuevo miembro en la organización ingrese e instale una cultura contraria a derecho, creando en su seno redes de reciprocidad que, atendida la pobreza probatoria que habitualmente se aprecia en el proceso, pueda ser calificada como “*cultura corporativa*” por su extensión, mas no por su naturaleza estructural. Como se puede apreciar, dicho camino es problematizable por la facilidad en que puede comprometerse a la persona jurídica sin que la emergencia se encuentre en su dominio. Especialmente si, como se dijo, las estructuras pueden estar vigentes y con el potencial de hacerse cargo de la situación en los ciclos que corresponda.

### **4.3. Estándar organizativo y modelos divergentes ¿Comply or Explain?**

El llamado principio “*comply or explain*” supone ordenamientos en que se permite explicar en el evento en que la organización ha implementado medidas divergentes a las mandatadas. En el medio, se suele indicar que este principio al otorgar flexibilidad a las organizaciones otorgaría una serie de beneficios, tales como adaptarse más rápidamente a las exigencias del medio o instaurar medidas mucho más eficaces atendido su contexto.

Sin perjuicio de lo anterior, existen diversos estudios que dan cuenta que el principio en realidad no cumple con lo que predica. Las explicaciones sobre la divergencia suelen ser genéricas o extensas<sup>96</sup> o se terminan convirtiendo en listas de chequeo por las presiones de

---

<sup>95</sup> Ortega, C. (2023, 15 noviembre). *Cultura organizacional: Qué es, características, tipos y ejemplos*. QuestionPro. Disponible en: <https://www.questionpro.com/blog/es/cultura-organizacional-2/>

<sup>96</sup> “*Reporting Council (FRC) demonstrated that one of the issues that influence the effectiveness of the approach is that the statements provided by many companies are 'frustratingly large quantities of predictably standard statements'*”. EN: LU, Wei. The value of the “Comply or Explain” Principle. *Advances in Social Science, Education and Humanities Research*, volume 580. P.29.

diversos agentes de interés<sup>97</sup>, dificultando la comprensión de las razones que justifican alejarse del status quo. Del mismo modo, en sociedades abiertas al mercado, es posible advertir que el riesgo de alejarse de las directrices recomendadas supone presiones que llevan al principio “*comply or explain*”<sup>98</sup>.

Establecido nuestro marco, ya indicamos que el artículo 4 de la ley 20.393/2023 no es un conjunto de directrices obligatorias, sin perjuicio de que, la consideración seria y razonable de la identificación de los riesgos, el establecimiento de un marco de autorregulación, la instauración de mecanismos de promoción, la apertura de canales de denuncia y la programación de auditorías externas constituye un imperativo práctico si se quiere reducir el riesgo de condena.

En este derrotero, podría suponerse que la ley, por las importantes implicancias prácticas de contar con un modelo no divergente nos lleva a una situación similar a lo que ocurre con el principio “*comply or explain*”, especialmente si, a primeras luces, el contar con un modelo divergente muy probablemente supondrá contar con medidas que no gozan de peso epistémico como lo es la referencia a la opinión experta.

En efecto, puede intuirse que la simple alegación del órgano persecutor en cuanto a que no se cuenta con alguna de las directrices contenidas en el artículo 4, suponen un riesgo procesal, en cuanto a no convencer al juez de la idoneidad de las medidas alternativas. Esto no es nada descabellado, por ejemplo, y sin negar que existen diferencias fundamentales entre nuestras legislaciones, en España existe jurisprudencia que sitúa la carga de la prueba de la idoneidad en la defensa:

---

<sup>97</sup> “Some companies claimed that they are under too much burden when providing explanations since there are too many prescriptive requirements provided by different entities that explain what should be included as a satisfactory explanation, and as a result companies tend to tick the boxes to comply rather than tick the boxes to explain since there also have other bad implications for non-compliance”. LU, Wei. The value of the “Comply or Explain” Principle... p-30.

<sup>98</sup> “it has also been demonstrated by empirical studies that many investors simply ignore any explanations and treat anything but comply as non-compliant and the non-compliance has been automatically interpreted by investors as a signal of bad corporate governance. Since investors are more willing to invest in companies with good governance, then it results in that there exists a trend for companies towards fully compliance, and most of the companies have increasingly consider the codes as mandatory requirements in order not to lose attractiveness of their companies”. Lu, Wei. The value of the “Comply or Explain” Principle... P.28.

*“Se trata de un elemento negativo, lo que, al margen de cuál sea su naturaleza, acarrea ciertas elementales consecuencias procesales. Entre otras, que la carga de la alegación de ese factor excluyente de la responsabilidad recaerá, en principio, en la defensa. Si ésta se abstiene de proponer prueba alguna al respecto, y no realiza ni siquiera un amago de aportar un plan de cumplimiento y/o demostrar que la empresa se ajustaba en su funcionamiento a cada uno de los requisitos que perfila el Código Penal, será legítimo entender acreditado que no existía tal plan de cumplimiento; como, sin que se quiera extremar la analogía que, deliberadamente, es un tanto hiperbólica, tampoco se detecta inconveniente alguno en, a pesar de no contar con ninguna prueba o informe ad hoc, considerar imputable al acusado de un delito, cuando no existe el más mínimo indicio de un padecimiento psíquico, ni su defensa ha alegado nada al respecto. No podrá quejarse por haberse burlado su derecho a ser informado de la acusación en tanto en los escritos de acusación se omitía cualquier mención a su imputabilidad. Esta forma de razonar no supone invertir la carga de la prueba: las dudas sobre la imputabilidad habrán de ser resueltas también con arreglo al principio in dubio. Es un problema, más bien, de máximas de experiencia y contexto procesal. No es en absoluto descabellado -sí lo sería la actitud contraria- estimar probado que una persona es imputable cuando nadie ha insinuado otra cosa, ni siquiera el interesado en ello, y no existe el más mínimo indicio de padecimiento alguno” (STS español 298/2024 P.8).*

En este sentido, no parece imposible que, la mera comisión de un delito relevante por parte de un sujeto relevante, comprendido como indicio, unido a la falta de información sobre la idoneidad de las medidas divergentes adoptadas, termine en la condena de la persona jurídica pese a que dichas directrices no son obligatorias. Claro está, esta problemática tiene su esencia en que el proceso es un pésimo método para averiguar la verdad y expresa una tendencia natural a recurrir a autoridades epistémicas que son precisamente las que avalan las directrices del artículo 4º por su semejanza a las normas ISO. A lo que se puede sumar que, por muy instruido que se encuentre un juez en determinadas materias, hay una diferencia fundamental entre conocer la teoría y vivir la realidad.

Eso sí, destaquemos que, pese a la probabilidad de dicha dinámica, en Chile, a diferencia de España, se requiere como elemento típico el “facilitamiento” y éste, según las reglas generales, corresponde a una carga del órgano persecutor, de allí que, no nos parece correcto que la comisión de un ilícito relevante por parte de un sujeto relevante pueda por sí solo ser considerado indicio de un defecto de organización.

## V.- CONCLUSIONES.

1. Existen diferencias sustanciales entre los individuos y las personas jurídicas. Dichas diferencias justifican un abordaje penal basado en principios y reglas distintas a aquellas que suministra el derecho penal tradicional el cual tiene como trasfondo una ontología de orden subjetivo. Si el ser de la persona natural es el átomo esencial del Derecho Penal tradicional; no tiene por qué serlo también para el Derecho Penal que quiere cobijar el funcionamiento estructural de la ficción legal “Persona jurídica”.
2. Si se acepta dicho punto de partida, no existe mayor impedimento en la legislación chilena para adoptar un enfoque de imputación estructural, esto es, un enfoque monista que no requiere referencia a la imputación subjetiva ni al juicio de reproche.
3. El enfoque estructural presenta como ventaja el hecho que puede construirse sin referencias a la psique ni a elementos de difícil verificación como lo es la cultura organizativa. Del mismo modo, el enfoque estructural, al ajustarse de mejor modo a la realidad de las organizaciones, permite evaluar el defecto organizacional desde una doble perspectiva:
  - a. Episódica: Relativa a verificar si el evento base, esto es, la comisión de un ilícito relevante por parte de un sujeto relevante se ha visto facilitada o favorecida por un defecto de organización o no.
  - b. Histórica: En el sentido que, pese a que episódicamente pudo darse un “favorecimiento” de las estructuras, en el caso en que se haya instaurado un funcionamiento “cíclico” de todas formas pueden ser consideradas como aptas para disminuir el riesgo.
4. En base a estas consideraciones, especialmente al hecho que el delito puede generarse en el contexto de una organización adecuada, hemos conceptualizado al “defecto de organización” como “el resultado del juicio de disvalor realizado con respecto a una

*organización de medios humanos y materiales por haber facilitado la comisión de un delito y un sujeto calificables como relevantes jurídico penalmente”.*

5. La ley 21.595/2023 introdujo una serie de cambios a la ley 20.393/2009, entre las cuales se encuentra:
  - a. Se amplía el catálogo de sujetos que pueden comprometer a la persona jurídica. Pasa desde el órgano de gobierno y su cadena de mando más inmediata a incluirse a toda la organización e inclusive agentes externos bajo ciertas circunstancias.
  - b. Se amplía el catálogo de delitos que pueden comprometer a la persona jurídica.
  - c. Se amplía el factor de conexión, pasando de exigirse un “interés inmediato y directo” a emplearse el marco de actividad de la organización.
6. Pese a que podría considerarse la comisión de un ilícito relevante por parte de un sujeto relevante como un “indicio” de un defecto de organización, en Chile el elemento típico “*facilitamiento*” permite concluir que no basta con dicha constatación para presumir la existencia de un defecto de organización.
7. Si adherimos a la teoría de los elementos negativos del tipo, considerando la existencia de una especie de autorización social de actuación, parece razonable, entonces, que una organización no incurre en delito si obra dentro del riesgo permitido. Así da cuenta la “especie” de causal de exculpación incorporada en el artículo 4 de la ley en estudio, por cuanto dispone la seriedad y razonabilidad en la identificación de los riesgos delictivos a fin de actuar bajo el control y vigilancia de los mismos.

Finalmente, el Derecho Penal debe adecuarse a la realidad y no viceversa. Y por lo demás, dicha pauta debe ser a una mayor velocidad. Ello, dado el avance significativo de la tecnología y la creación de nuevos conocimientos e innovaciones. La imputación estructural da pie inicial para dotar de una aceleración mayor al ajuste de la legislación para enfrentar los nuevos actores que se van desarrollando en la sociedad. Uno de los ejemplos más atinente es el desafío que conlleva la inteligencia artificial, la que viene a justificar aún más las conclusiones de este trabajo, toda vez que, tal tecnología complementada con la robótica, conformarán uno de esos nuevos actores que surgen junto a las personas. Si un robot puede razonar, aprender y crear, ¿Qué Derecho Penal de

correspondería? ¿El tradicional? ¿El que adapta el tradicional mediante analogía de la persona natural?

## VI.- BIBLIOGRAFÍA.

1. ARNOLD-CATHALIFAUD, Marcelo. Las Organizaciones desde la Teoría de los Sistemas Sociopoiéticos, Cinta Moebio 32. 2008. EN: [www.moebio.uchile.cl/32/arnold.html](http://www.moebio.uchile.cl/32/arnold.html) [Visitado el 11-11-2024]
2. ARTAZA VARELA, Osvaldo. Sistemas de prevención de delitos o programas de cumplimiento: Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad en sede jurídico penal. Polít. crim. 8(16) 2013, pp.544-573. EN: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-33992013000200006&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992013000200006&lng=es&nrm=iso). [Visitado el 11-11-2024]
3. BACIGALUPO, SAGGESE Silvina. La responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Un estudio sobre el sujeto del derecho penal [Tesis doctoral publicada]. Universidad Autónoma de Madrid, 1997.
4. BALMACEDA, Gustavo: Una aproximación al Criminal Compliance Program en la Ley chilena N° 20.393, Revista Criminalia Nueva Época. 86 (1), 2020. Pp. 101-130. EN: <https://www.criminalia.com.mx/index.php/nueva-epoca/issue/view/4> [Visitado el 11-11-2024]
5. BEDACARRATZ, SCHOLZ, Francisco. Defecto de organización y reglas de comportamiento en la imputación de las personas jurídicas. Polít. Crim. 15(30), 2020, pp. 694-728 EN: <http://politerim.com/wp-content/uploads/2020/12/Vol15N30A7.pdf> [Visitado el 11-11-2024].
6. BEDECARRATZ SCHOLZ, Francisco. El defecto de organización en organizaciones criminales sin fines de lucro. Polít. Crim. 16(32). 2021. P. 615. EN: <http://politerim.com/wp-content/uploads/2021/10/Vol16N32A5.pdf> [Visitado el 11-11-2024].
7. BERMUDEZ, Carla. “Revisión del modelo de prevención de delitos de la OCDE y la Ley 20.393”. Actividad formativa equivalente en tesis para optar al grado de Magíster en contabilidad. 2022. EN:

- <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/193832/Tesis%20%20%20Carla%20Bermudez.pdf?sequence=1&isAllowed=y> [Visitado el 11-11-2024].
8. BESABÉ, Santiago. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas desde la teoría de sistemas. Editorial Universidad Andina, Simón Bolívar. Quito, Ecuador. 2003.
  9. CERON REYES, Roberto. Corte Suprema. Rol N° 9.858-2013: Recurso De Unificación De Jurisprudencia (Artículos 183-B Y 183-E Del Código Del Trabajo). RDUCN [online]. 22(1), 2015 pp.573-584. Disponible en: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-97532015000100015&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532015000100015&lng=es&nrm=iso). [Visitado el 14-11-2024].
  10. CURY, URZUA, Enrique. Derecho Penal. Parte General. Editorial UC. 2011. P. 631.
  11. CZARNIAWSKA, Barbara. Complex organizations are still complex. International Public Management Journal. 2007. Pp. 139.
  12. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Reflexiones sobre el núcleo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho penal español y algunos cabos sueltos. Revista de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Compliance. 2. 2023. P. 23. DISPONIBLE EN: <https://www.redepec.com/reflexiones-sobre-el-nucleo-de-la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas-en-el-derecho-penal-espanol-y-algunos-cabos-sueltos/> [Visitado el 14-11-2024].
  13. ETOR, Comfort. Chapter 3: Formal and Informal Organizations. EN: Educational Management: A Guide for Practitioners. Publisher: University of Calabar Press. 2016. EN: [https://www.researchgate.net/publication/327111799\\_Formal\\_and\\_Informal\\_Organizations](https://www.researchgate.net/publication/327111799_Formal_and_Informal_Organizations) [Visitado el 13-11-2024].
  14. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el derecho penal: Fundamento y consecuencias dogmáticas. Derecho Penal y Criminología. 21(69). 2000.
  15. GÓMEZ-JARA, Carlos. Autorregulación y responsabilidad penal de las personas jurídicas. Editorial Olejnik, Santiago, Chile. 2017.

16. HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor et al. La guía del Compliance. Responsabilidad penal de las empresas; Modelos de Prevención. Editorial Colombara. Santiago Chile. 2024. P. 35.
17. HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Desafíos de la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Revista de Estudios de la Justicia. 2013. P. 79-80. EN: [https://www.researchgate.net/publication/269968615\\_Desafios\\_de\\_la\\_ley\\_de\\_responsabilidad\\_penal\\_de\\_las\\_personas\\_juridicas](https://www.researchgate.net/publication/269968615_Desafios_de_la_ley_de_responsabilidad_penal_de_las_personas_juridicas) [Visitado el 11-11-2024].
18. HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile. Polít. Crim. 5(9), 2010. p. 207-236. EN: [https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-33992010000100005](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992010000100005) [Visitado el 11-11-2024].
19. KINDHÄUSER, Urs. Hechos brutos y elementos normativos del tipo. InDret. 2. 2014.
20. LARREDONDA, ALCAYAGA, Pablo. Análisis de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal establecidas en la ley 20.393, sus alcances, efectos y configuración. Actividad formativa equivalente a tesis para obtener el grado de Magister en la Universidad de Chile. EN: <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/183117/Analisis-de-las-circunstancias-modificatorias-de-responsabilidad-penal.pdf?sequence=1&isAllowed=y> [Visitado el 11-11-2024].
21. LU, Wei. The value of the “Comply or Explain” Principle. Advances in Social Science, Education and Humanities Research, volume 580. P.29.
22. LUHMANN, Niklas. Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento. Editorial Anthropos, Barcelona. 1997 P.14.
23. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. La Estructura de la infracción Penal de la Persona Jurídica: El Presupuesto (El Déficit Organizativo Peligroso) y el Resultado/Condición Objetiva De Punibilidad (El Hecho De Conexión Posterior). Revista de responsabilidad penal de las personas jurídicas y Compliance. 3. 2023. DISPONIBLE EN: <https://www.redepec.com/la-estructura-de-la-infraccion-penal-de-la-persona-juridica-el-presupuesto-el-deficit-organizativo-peligroso-y-el-resultado-condicion-objetiva-de-punibilidad-el-hecho-de-conexion-posterior/> [Visitado el 13-11-2024].

24. MASCAREÑO, Aldo. Entre la diferenciación y los individuos. Derechos fundamentales y las redes de la infamia. Estudios Públicos 124. 2018.
25. NAVAS, Iván & JAAR, Antonia. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia chilena. Polít. Crim., 13(26), 2018. pp. 1027-1054. EN: [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_13/n\\_26/Vol13N26A10.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_13/n_26/Vol13N26A10.pdf) [Visitado el 11-11-2024].
26. ÖNDAY, Özgür Classical to modern organization theory. International Journal of Business and Management Review. 4 (2). 2016.
27. PIGNUOLI OCAMPO, Sergio. Doble contingencia y orden social desde la teoría de sistemas de Niklas Luhmann. Sociológica (Méx.) 28(78), 2013. pp.7-40. DISPONIBLE EN: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0187-01732013000100001&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0187-01732013000100001&lng=es&nrm=iso). ISSN 2007-8358. / [Visitado el 11-11-2024].
28. PIÑA ROCHEFORT, Juan. Algunas consideraciones acerca de los modelos de prevención de delitos (MPD), establecidos en la ley N° 20.393 sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas. Doctrina y Jurisprudencia Penal N° 10, 2012.
29. PIÑA ROCHEFORT, Juan. Autonomía, complejidad y cultura corporativa: el corsé cognitivo de la dogmática para la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Revista de responsabilidad penal de las personas jurídicas y Compliance. 3 2023. DISPONIBLE EN: <https://www.redepec.com/autonomia-complejidad-y-cultura-corporativa-el-corse-cognitivo-de-la-dogmatica-para-la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas/> [Visitado el 13-11-2024].
30. SÁNCHEZ, ROSSI. Carlos. Problemas de la determinación de la pena en la ley 20.393. Tesis para obtener el grado de licenciado en ciencias jurídicas de la Universidad de Chile. 2013. EN: [https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/116232/de36Sanchez\\_Carlos.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/116232/de36Sanchez_Carlos.pdf?sequence=1&isAllowed=y) [Visitado el 11-11-2024].
31. SILVA SÁNCHEZ Jesús-María & VARELA, Lorena Capítulo 10: Responsabilidades individuales en estructuras de empresa: la influencia de sesgos cognitivos y dinámicas

- de grupo. En: Coord. Criminalidad de empresa y compliance prevención y reacciones corporativa. Editorial atelier. Barcelona. 2013.
32. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Lo real y lo ficticio en la RPPJ. Revista de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Compliance. 1. 2023. EN: <https://www.redepec.com/lo-real-y-lo-fictiio-en-la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas/> [Visitado el 11-11-2024].
33. SILVA SÁNCHEZ, Jesús. La expansión del Derecho Penal. Aspectos de Política Criminal en las sociedades postindustriales. Editorial B de F. Segunda Edición. Buenos Aires, Argentina. 2006.
34. SMITH, Adam. La riqueza de las naciones. DISPONIBLE EN: [https://www.uv.es/~mpuchade/MDH/02\\_Smith.pdf](https://www.uv.es/~mpuchade/MDH/02_Smith.pdf) [Visitado el 12-11-2024]
35. VAN WEEZEL, Alex. Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Polít. Crim. 5(9), 2010, Art. 3. EN: [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_05/n\\_09/Vol5N9A3.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A3.pdf) [Visitado el 11-11-2024]
36. VIVANCO, Manuel. Emergencia: Concepto y método. Cinta moebio. 49, 2014 pp.31-38. DISPONIBLE EN: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0717-554X2014000100004&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0717-554X2014000100004&lng=es&nrm=iso) [Visitado el 12-11-2024].
37. WINTER ETCHEBERRY, Jaime. Derecho Penal e Impunidad Empresarial en Chile. Revista de Estudios de Justicia. 19, 2013, pp. 91-125.

## SENTENCIAS

TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE ARICA. Causa RUC N° 1100770074-3 “ASEVERTRANS” 2012.p. 2338.