



Facultad de Derecho

Universidad de Chile

Magister en Responsabilidad Penal de los Negocios y de la Empresa

**“CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES”**

PROFESOR GUÍA: VIVIAN BULLEMORE GALLARDO

AUTOR: CRISTIÁN ANDRÉS ORTIZ OLIVA

SANTIAGO – CHILE

JULIO 2017



## RESUMEN

El objetivo del presente trabajo está dirigido a realizar un análisis del delito de corrupción entre particulares, fenómeno que se encuentra muy presente en la sociedad actual, donde lo encontramos cada vez mas presente en el ámbito de los negocios.

En una primera parte abordaré aspectos generales sobre el fenómeno de la corrupción, analizando los efectos que este delito provoca en la sociedad actual, principalmente efectos asociados a los negocios como puede ser desequilibrio en la competencia en los mercados.

Posteriormente, analizaré legislaciones del derecho comparado las cuales regulan el delito de corrupción entre particulares en la legislación comparada. Para ello, revisaré cuerpos normativos como el Código Penal Español y Alemán, y de esa forma tener una mirada de cómo ambas legislaciones hacen frente a la corrupción en el ámbito privado.

Por ultimo, analizare el Proyecto de Ley impulsado en Chile con la finalidad de hacer frente a un fenómeno creciente en nuestra sociedad, y que requiere de una regulación que se ajuste a las necesidades actuales.

## INDICE

RESUMEN.....	3
ÍNDICE.....	4
INTRODUCCIÓN.....	6
1. NOCIONES GENERALES SOBRE EL DELITO DE CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES.....	11
1.1. Aspectos generales de la corrupción, regulación de la corrupción en el ámbito privado en contraposición a la corrupción en el ámbito público.....	11
1.2. Efectos en la sociedad del fenómeno de la corrupción entre particulares, y la relación que ésta tiene con el poder.....	15
2. REGULACIÓN DEL DELITO DE CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES EN EL DERECHO COMPARADO.....	19
2.1. Análisis general de los artículos 286 bis y 286 ter del Código Penal Español.....	19
2.2. Elementos del tipo penal de corrupción entre particulares, considerando el sentido y estructura del artículo 286 bis del Código Penal Español.....	27
2.3. Competencia leal como bien jurídico protegido en los artículos 286 bis y 286 ter del Código Penal Español.....	31

2.4. Intervinientes considerados en el tipo penal de los artículos 286 bis y 286 ter del Código Penal Español.....	35
2.5. Regulación de la corrupción entre particulares y el bien jurídico protegido en el derecho alemán.....	36
3. REVISIÓN DEL PROYECTO DE LEY QUE TIPIFICA EL DELITO DE CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES Y MODIFICA LAS DISPOSICIONES DEL CÓDIGO PENAL.....	39
3.1. Origen del Proyecto de Ley.....	39
3.2. Intervinientes activos y pasivos, y bien jurídico protegido en el delito de corrupción entre particulares.....	44
3.3. Revisión del proyecto aprobado por la Cámara de Diputados, y cuáles son las principales modificaciones realizadas.....	46
CONCLUSIONES.....	55
BIBLIOGRAFÍA.....	60

## INTRODUCCIÓN

La corrupción es un fenómeno internacional, el cual provoca graves problemas de tipo económico, social, político y moral, sobre todo en transacciones internacionales tanto comerciales, financieras y tecnológicas.<sup>1</sup>

Chile a lo largo de su historia ha sido considerado un país probo y con bajos índices de corrupción tanto en América Latina como en el resto del mundo. Sin embargo, con el pasar de los años y sobretodo en el último tiempo, la corrupción ha presentado un crecimiento acelerado, cambiando la percepción no solo interna del país, sino también en el resto del mundo.

Hoy las nuevas sociedades expuestas al riesgo, y al crecimiento de las nuevas tecnologías, se caracterizan por su elevada complejidad, por la ciberglobalización económica que influida por factores corruptógenos, propicia una corrupción globalizada.<sup>2</sup>

Es por esta razón que hoy Chile en atención a los factores asociados al fenómeno de la corrupción, y que se encuentran insertos en la sociedad, busca ponerse a tono con las exigencias legislativas asociadas a la corrupción como fenómeno mundial, cumpliendo con ello exigencias normativas internacionales.

---

<sup>1</sup> ARGANDOÑA, Antonio. España. La Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción y su impacto sobre las empresas internacionales. IESE Business – School – Universidad de Navarra. Pag.3.

<sup>2</sup> IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel / MEDINA ARNÁIZ, Teresa. España. Herramientas preventivas en la lucha contra la corrupción en el ámbito de la Unión Europea. Revista Penal. Pág. 53.

Por su parte, si bien es efectivo que la corrupción en el ámbito público enfrenta graves y nocivos efectos para la sociedad, estos también se manifiestan cuando nos enfrentamos a la corrupción en el ámbito privado.

La corrupción entre particulares muchas veces es silenciosa y muchas veces imperceptible sin distinción en el ámbito público como privado, es por ello que las sociedades actuales deben hacer frente de forma decidida para perseguir y sancionar estas conductas que no solo corrompen a las instituciones, al mercado y las empresas.

Las conductas de corrupción en el ámbito privado, fueron en sus comienzos poco consideradas al momento de planificar la regulación y tipificación de dicho delito, en gran medida la globalización y las propias exigencias que los estados comenzaron a generar cambios en las legislaciones de muchos países interesados de sobre manera en regular de forma correcta la corrupción privada.

Por su parte, la corrupción como fenómeno delictivo nace muy ligado al poder, pero la corrupción no es solamente un fenómeno relacionado al poder o a la política, tampoco requiere la existencia de alguien ligado a la autoridad.<sup>3</sup>

Hoy en día este fenómeno se encuentra muy enraizado en el ámbito privado, y muy ligado a los mercados y a las empresas. Esto último, es lo que ha impulsado muchas veces la comisión de conductas delictivas o prácticas corruptas. Son precisamente los sujetos que detentan poder o capacidad de decisión los que son susceptibles de ser objeto de corrupción, afectando y muchas veces perjudicando el ámbito en donde ellos se desempeñan a diario cumpliendo labores propias de su cargo o posición de poder.

---

<sup>3</sup> VÁZQUEZ, Rodolfo. (2005). Derecho, Moral y Poder. Ensayos de Filosofía Jurídica. Editorial Porrúa México. Pág. 129.

Desde el punto de vista ético, “La corrupción supone la violación de principios necesarios para la vida social y la economía”.<sup>4</sup>

En el ámbito económico y empresarial es uno de los principales escenarios donde se desarrolla, y se despliegan conductas de corrupción. Sin perjuicio de los efectos negativos que provoca la corrupción en el ámbito público o privado, en la legislación chilena y comparada, e incluso en la doctrina, se puede apreciar que la corrupción en el ámbito privado, siempre ha ocupado un lugar secundario frente al tratamiento y regulación de la corrupción en el ámbito público.

Como se puede apreciar a lo largo del tiempo, no solo los estados y sus legislaciones estuvieron lejos de tratar el fenómeno de la corrupción entre particulares, sino también podemos apreciar que la doctrina ha mostrado poco o casi nulo interés por profundizar la investigación sobre la corrupción en el ámbito privado. Solo con el surgimiento del fenómeno de la globalización a nivel mundial, la doctrina comienza a tomar conciencia de la magnitud del problema de la corrupción en el ámbito privado.

En la primera parte del presente trabajo, abordaré la corrupción propiamente tal estableciendo de qué manera ésta ha ido ganando terreno y espacio en las legislaciones de los países, y cómo éstos han cambiado su forma de abordar esta temática, lo cual se encuentra desarrollado tanto en el ámbito doctrinario, como también legislativo.

En una segunda parte de este trabajo abordaré la regulación del delito de corrupción entre particulares en el marco del Código Penal español y alemán, desde un análisis crítico a la forma en cómo estos países a través de su normativa,

---

<sup>4</sup> ARGANDOÑA, Ob. Cit., Pag.3



han cubierto sus necesidades de regulación del delito de corrupción en el ámbito privado.

Así mismo en una tercera etapa del presente trabajo, abordaré el tratamiento del proyecto de ley número 10155-07, impulsado por el ejecutivo con fecha 17 de junio del año 2015, y las modificaciones que este mismo busca incorporar al Código Penal chileno en el ámbito de la corrupción entre particulares.

En definitiva, la intención de esta investigación es contribuir al análisis acerca de la escasa regulación en nuestro país, de la corrupción entre particulares.

Finalmente haré presente mi preocupación acerca de las normas planteadas en el proyecto de ley indicado, en cuanto a posibles deficiencias, haciéndose necesaria la discusión respecto a la incorporación como tipo penal de la figura de la corrupción entre particulares.



## **1. NOCIONES GENERALES SOBRE EL DELITO DE CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES.**

### **1.1. Aspectos generales de la corrupción, regulación de la corrupción en el ámbito privado en contraposición a la corrupción en el ámbito público.**

Para Kindhauser “El concepto de corrupción emanaría en su sentido literal del vocablo latín *Corrumpere*, lo que en un sentido amplio se referiría a los conceptos de corruptela, decadencia y perversión moral”.<sup>5</sup>

Por otra parte, la RAE (Real Academia Española) nos entrega el siguiente concepto de corrupción “En las organizaciones, especialmente en las públicas, práctica consistente en la utilización de funciones y medios de aquéllas en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores”.<sup>6</sup>

La doctrina alemana en cambio, asociaría el concepto de corrupción al intercambio irregular de ventajas, siendo “El acuerdo delictivo” el elemento central de la corrupción, a la luz de la doctrina dominante. En consecuencia, “El comportamiento del receptor de la ventaja, y el otorgamiento de la ventaja deberán estar en una mutua relación sinalagmática: la prestación debe realizarse para obtener la contraprestación”.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> KINDHAUSER, Urs. (2007) Presupuestos de la corrupción punible del Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código Penal Alemán. Polic. Crim. N°3. Pág.5

<sup>6</sup> Real Academia Española. (2016) Diccionario de La Lengua Española. [consulta 05 de enero de 2017]

<sup>7</sup> Ibid.

“La corrupción es un delito o una infracción que implica la violación de alguna obligación por parte de un decisor”.<sup>8</sup>

La corrupción en el ámbito de las funciones públicas presenta un alto grado de impacto, no sólo porque conduce a una frustración de las expectativas de los ciudadanos, quienes esperan que los funcionarios públicos se desempeñen con probidad en el ejercicio de sus cargos.<sup>9</sup> “La corrupción en el ejercicio de la función pública resulta distintivamente incompatible con la observancia de la exigencia de imparcialidad”.<sup>10</sup>

De las figuras específicas de corrupción existe una relación precisa entre la prestación del particular, y el acto del funcionario público no permite abarcar todos aquellos casos en los que las dádivas son efectuadas de manera continuada, con el fin de obtener la disponibilidad pre-constituida del funcionario público para que desarrolle una actividad ilícita a favor del particular.<sup>11</sup>

El profesor alemán Kindhäuser propone un concepto de corrupción desde 3 puntos de vista:<sup>12</sup>

1. Lo primero que se señala, es que debe existir es una relación trilateral, debe confiarse una actuación en interés de un tercero a una determinada persona, esta persona debe tener atribuciones para tomar decisiones de

---

<sup>8</sup> GARZÓN VALDÉS, Ernesto “Acerca del concepto de corrupción” /RABOTNIKOF, Nora “Corrupción política: Definiciones técnicas y sentidos sedimentos”. Poder, Derecho y Corrupción. Siglo veintiuno Editores. Pág. 23.

<sup>9</sup> OLIVER, Guillermo. (2004) Aproximaciones al delito de Cohecho. Revista de Estudios de Justicia nº 5 año 2004. Pág. 83.

<sup>10</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. El delito de negociación incompatible. Estructura de injusto y criterios de imputación. Pág. 2.

<sup>11</sup> STORTONI, Luigi (2001) Nada personal ensayos sobre crimen organizado y sistema de Justicia. Ediciones de Palma Buenos Aires. Pág, 169.

<sup>12</sup> KINDHAUSER, Op. Cit., Pág. 6.

peso en representación del tercero, y que dichas decisiones tengan una relevancia no solo económica sino también jurídica. Por último debe existir también una persona que otorgue una ventaja indebida a quien toma la decisión relevante.

2. El segundo aspecto que nos señala el profesor Kindhäuser, es que la ventaja que se entrega con motivo de la obtención de un beneficio indebido, no necesariamente debe ser de tipo económica, la ventaja también puede ser de otra naturaleza que no sea necesariamente pecuniaria.
3. Por último, para estimar que efectivamente exista un acto de corrupción, el otorgamiento de la ventaja de estar en relación a la posición que tiene el encargado. Lo relevante aquí, es la relación entre la posición de deber y la ventaja sea indebida.

Para el profesor Sánchez Bernal “Las prácticas corruptas no se desarrollan en un contexto hostil para la sociedad; sino más bien, se configuran como una actividad realizada en el marco de las rutinas institucionales del Estado”.<sup>13</sup> A pesar de que la corrupción es un fenómeno que afecta negativamente a la sociedad como ya se mencionó, los elementos antes mencionados son mirados de forma positiva por la sociedad, es por ello que deben ser estudiados a propósito de la Teoría de la elección racional y de las actividades rutinarias.

“La teoría de la elección racional considera que los sujetos privados de la actividad económica toman sus decisiones sobre la base de búsqueda de la mayor utilidad o satisfacción y la maximización de sus propios beneficios”.<sup>14</sup> La comisión de un determinado delito no depende sólo de las necesidades del sujeto, sino también del contexto en el que se mueve, y de la información que está a su alcance

---

<sup>13</sup> SÁNCHEZ BERNAL, Javier. 2010. La corrupción en el sector privado: Debate en torno a su inclusión en el Código Penal. Pág. 209.

<sup>14</sup> Ibid. Pág. 210

en el momento de comisión de la actividad ilícita<sup>15</sup>. El sujeto actúa en base a una utilidad o beneficio esperado, que no obtendría si no incurre en la conducta ilícita de corrupción.

Por otra parte, tenemos la teoría de las actividades rutinarias, esta nace aparece como resultado de las actividades ordinarias del estado o administración, estas conductas no nacerían a cualquier ciudadano de la sociedad, sino nacerían producto del ambiente propicio que se produce en la rutina institucional para cometer conductas de corrupción, se menciona el ejemplo del funcionario público que tiene permanente contacto con el empleado de una empresa que opera a diario en el mercado.<sup>16</sup>

La corrupción “Es un delito o infracción participativo en el que una de las partes intenta influir en el comportamiento de la otra a través de promesas, amenazas o prestaciones prohibidas por el sistema normativo relevante”.<sup>17</sup>

Históricamente la corrupción fue siempre un asunto asociado al ámbito público, específicamente a la acción de funcionarios público dentro del ámbito de atribuciones asociadas al cargo que desempeña. Dichos funcionarios públicos aprovechando se dé su posición o cargo venden sus funciones como contraprestación de un beneficio económico, aprovechándose del particular que muchas veces incluso eran extorsionados.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> SÁNCHEZ BERNAL, Op. Cit., Pág. 210.

<sup>16</sup> Ibid. Pág. 210.

<sup>17</sup> GARZÓN VALDÉS, O. Cit., Pág. 24.

<sup>18</sup> NIETO MARTÍN, Adán. (2013) Valencia. El derecho Penal Económico en la era Compliance “La privatización en la lucha contra la corrupción”. Pág. 191.

Esta es la imagen históricamente que ha predominado en los Códigos Penales Europeos del siglo XIX, imagen de corrupción que ha permanecido entre los ciudadanos hasta la fecha.<sup>19</sup>

Desde el ámbito económico del derecho, han existido variados intentos por mostrar cómo la corrupción pudiese incluso ser considerada como funcional para el funcionamiento de los mercados internacionales, desconociendo los efectos nocivos y evidentemente negativos que este fenómeno provoca no solo en el mercado sino en toda la sociedad.

Los estados europeos a lo largo del tiempo se centraron solo en la corrupción en el ámbito público, pasando por alto que este fenómeno hace bastantes años que es transversal en la sociedad. Un ejemplo claro de la inclinación de las legislaciones europeas por regular solo la corrupción en el ámbito público, es que, en España hasta la reforma penal del año 2010, las penas de corrupción de funcionarios públicos eran mayores que la de los particulares, se llegó a pensar que los particulares compraban votos por la baja cantidad de sanciones de los sujetos en el ámbito público en comparación a las sanciones que experimentaban los funcionarios públicos.

## **1.2. Efectos en la sociedad del fenómeno de la corrupción entre particulares, y la relación que está tiene con el poder.**

Respecto a la relación que existe entre las conductas de corrupción y el poder como tal, debemos tener claridad respecto de los efectos que provoca el poder en la sociedad, el fenómeno del poder tiende a corromper a los sujetos insertos en la sociedad. Es evidente que existe un nexo necesario entre el poder

---

<sup>19</sup> Ibid. Pág. 191.

y la corrupción. A través del poder, es que se pueden desarrollar conductas corruptas.

Por poder podemos entender la capacidad o competencia que se confiere a una persona para decidir en un determinado sentido, decisión que el sujeto realiza en el ejercicio de sus obligaciones que le son propias. El profesor Michael Mann, señala que existe 4 tipos de poder: El Poder Ideológico, el poder económico, el poder militar y el poder político.<sup>20</sup>

De cada uno de estos tipos de poder insertos todos en la sociedad actual, pueden surgir focos de corrupción, conductas que provocan nocivos efectos no solo al interior de la sociedad como tal, sino las instituciones, al mercado y a las empresas.

A pesar de toda la información con la que se cuenta y debido, fundamentalmente, a la forma en que se cometen los episodios de corrupción, la verdadera dimensión de sus consecuencias negativas sólo es reconocible para los expertos. La imperceptible indivisibilidad de organizaciones criminales conduce a un desinterés por parte de todos los que se sienten directamente afectados por este fenómeno.<sup>21</sup>

Como sabemos el Cohecho en el derecho privado, busca sancionar la competencia desleal en el comercio, la incriminación de estas actividades parece necesaria para llenar lagunas en una extensa estrategia contra la corrupción”<sup>22</sup>, todas estas actividades normalmente están asociadas al fenómeno de la corrupción. “Como fundamento se argumenta la socavación de valores como la

---

<sup>20</sup> Mann, M., Las fuentes del Poder Social I. Pág. 2.

<sup>21</sup> IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel / MEDINA ARNÁIZ, Teresa, Op. Cit. Pág. 55.

<sup>22</sup> HUBER, Bárbara, Lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional. Revista Penal. Pág. 49.



confianza y la lealtad que son necesarios para mantener y desarrollar las relaciones sociales y económicas.<sup>23</sup> Todas estas actividades de corrupción en definitiva afectan no solo la competencia justa, sino también la libre competencia y el normal funcionamiento de los procesos que se desarrollan en los mercados.

Los agentes que ejecutan muchas veces actos de corrupción en el ámbito privado, y dentro de la esfera de los negocios en la cual se desempeña dicho agente, lo hace por un afán de poder personal como ya fue mencionado, o muchas veces con la finalidad de generar un efecto de control de aspectos del mercado que se desenvuelve el negocio de su empresa, incluso con la finalidad de obtener réditos económicos que representen una posición de poder social.

“Los resultados perversos que generan este tipo de conductas a la sociedad se hacen más evidentes en los países industrializados debido a que el control en las instancias de decisión del Estado, tendentes a luchar contra este tipo de delincuencia, se hace cada vez más difícil”.<sup>24</sup>

Dentro del análisis propiamente tal del fenómeno que provoca en la sociedad los actos de corrupción en el ámbito de los particulares, debemos mencionar que muchos otros delitos de características similares se encuentran tremendamente arraigados en nuestra sociedad, los cuales son denominados como delitos de cuello blanco, en los que se consideran la corrupción en el ámbito público y privado, el blanqueo de capitales, fraudes en el ámbito económico.

Los efectos negativos que provoca la comisión de este tipo de delitos en la sociedad, se debe principalmente y la sensación de ineficiencia del sistema judicial y administrativo del Estado para poder sancionar este tipo de conductas delictivas entre los que se encuentra el delito que nos convoca que es la corrupción entre

---

<sup>23</sup> Ibid. Pág. 49.

<sup>24</sup> SÁNCHEZ BERNAL, Javier, Op. Cit., Pág. 212.

particulares. Este tipo de delitos son de alta complejidad, en donde muchas veces el organismo que investiga desconoce la forma e instrumentos a través de los cuales se comenten este tipo de conductas, lo que provoca a la larga malos e infructuosos resultados en las investigaciones, lo que trae como consecuencia que los delitos queden muchas veces sin sanción, o sanciones que a simple vista parecen bajas, considerando los perjuicios que traen aparejadas este tipo de conductas en la sociedad.

Otro factor que influye negativamente en el desarrollo de investigaciones en el ámbito del delito de corrupción entre particulares, es que este tipo de conductas son cometidas al interior de la empresa. Como señala la doctrina, es que “Uno de los elementos característicos del delito de corrupción es precisamente su perfil sistémico, es decir su existencia misma en el ámbito interno de las instituciones”.<sup>25</sup>

Muchas veces la razones por la cuales se genera el fenómeno de la corrupción en el ámbito de los particulares, es que las empresas y sus agentes internos buscan aumentar sus réditos económicos o mejorar sus resultados de negocio, y disminuir sus costos, efectos que se pueden logran interfiriendo mediante mecanismo de corrupción el normal funcionamiento del mercado, provocando no solo perjuicios a los competidores, y al Estado, sino a la sociedad completa.

Es por esta razón que se torna tan necesario que los Estados adopten medidas directas frente al fenómeno de la corrupción, buscando minimizar los efectos negativos que estas prácticas provocan en la sociedad.

Como ya se señaló “La corrupción impide el correcto desarrollo de un país, pues limita la capacidad de explotación de los recursos existentes, dificulta el

---

<sup>25</sup> SÁNCHEZ BERNAL, Javier, Op. Cit., Pág. 213.

correcto funcionamiento de los mercados, debido a que mina la confianza de los agentes económicos en su estabilidad”.<sup>26</sup>

## **2. REGULACIÓN DEL DELITO DE CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES EN EL DERECHO COMPARADO.**

### **2.1. Análisis general de los artículos 286 bis y 286 ter del Código Penal Español.**

Cuando tratamos el tema de la corrupción como fenómeno inserto dentro de la sociedad, es fundamental tener presente que debe ser abordado de manera responsable, desarrollando una regulación acorde a las necesidades que deben cubrirse respecto de la corrupción en el ámbito privado.

“El cohecho en el derecho privado, esto es, desde o a través de los integrantes de empresas, está sancionado penalmente en pocos ordenamientos jurídicos como competencia desleal en el comercio (Alemania desde 1997, Inglaterra, Suecia, Francia, Países Bajos, Austria, Suiza, California, Nueva York)”.<sup>27</sup>

España en una necesidad manifiesta de hacer frente al delito de corrupción entre particulares, buscó por medio de reformas al Código Penal español, no solo

---

<sup>26</sup> Ibid. Pág. 214.

<sup>27</sup> HUBER, Bárbara, Op. Cit., Pág. 49.

solucionar los problemas que la corrupción acarrea consigo, sino también cumplir con exigencias asumidas en el ámbito internacional.

Los Estados de Derecho han buscado durante años combatir de forma eficiente la corrupción, más específicamente en el sector privado, esta tarea presenta diversas dificultades. Una de las grandes dificultades que presenta la regulación de este fenómeno, es la delimitación entre la corrupción de carácter público y privado, delimitación que no es del todo simple, ya que los Estados tienden a regular ambos tipos de corrupción en forma común.

Otra de las dificultades que presenta la delimitación de la corrupción en el ámbito privado al momento de determinar la regulación de la misma, es la delimitación que debe realizarse respecto de la administración desleal y la competencia desleal.

La discusión en torno a la corrupción en el sector privado parece haberse centrado notablemente, al menos en la Unión Europea gracias a la Decisión Marco de 22 de julio de 2003<sup>28</sup> “Si bien tanto la Acción Común de la Unión Europea de 22 de diciembre de 1998 y el subsiguiente Convenio del Consejo de Europa contra la corrupción de 27 de enero de 1999, obligan a introducir en los estados firmantes el delito de corrupción en el sector privado antes de que finalizara el año 2000.<sup>29</sup>

Debemos tener presente al momento de analizar el fenómeno de incriminación del delito de corrupción entre particulares, debemos detenernos en la ya mencionada decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo de 22 de julio de 2003 relativa a la lucha contra la corrupción el ámbito privado. El objetivo principal que

---

<sup>28</sup> GÓMEZ – JARA DÍEZ, Carlos. (2008) Corrupción en el sector privado ¿Competencia desleal y/o administración desleal? Revista cuatrimestral de las facultades de Derecho y Ciencias económicas y Empresariales N°74. Pág. 227.

<sup>29</sup> Ibid. Pág. 227.

busca esta Decisión Marco es asegurar que la corrupción activa y pasiva en el sector privado sea una infracción penal en las legislaciones de la totalidad de los Estados miembros, con esto se logra que los Estados miembros actúen en forma conjunta frente al combate de la corrupción, transformándose con ello no solo en un problema de algunos Estados, sino una problemática transnacional.

Otro de los pasos fundamentales para llegar a la incriminación del delito de corrupción entre particulares, es “La LO 5/2010, de modificación del Código Penal, da cumplimiento a la Decisión Marco 2003/568/JAI, introduciendo un nuevo artículo que incrimina la corrupción entre particulares”.<sup>30</sup> Otro de los pasos importantes dados por la Unión Europea respecto a la incriminación de la corrupción fue dado en el Tratado de la Unión Europea en la Letra C del apartado 2 artículo K3, la regulación descrita está dirigida a sancionar actos de corrupción cometidos por funcionarios de las Comunidades o Estados Miembros de la Unión Europea.<sup>31</sup>

Por todas las razones expuestas es que el Legislador Español se ha visto en la obligación de introducir las reformas al Código Penal Español tendientes a incluir en dicho cuerpo normativo el delito de Corrupción entre particulares. La reforma planteada en la legislación española, fue la inclusión del artículo 286 bis, el cual tipifica el delito de corrupción entre particulares en España.

Al tratar el tema de la inclusión de este tipo penal en la legislación española, es necesario detener en la decisión de punición de la conducta de corrupción en el ámbito privado. En razón de ello es que el profesor Carlos Gómez – Jara Díez plantea 4 modelos para fundamentar la conducta de corrupción: El primero de ellos

---

<sup>30</sup> OTERO GONZÁLEZ, Pilar. (2012-2013). Madrid España. Corrupción entre particulares. Revista en cultura de la legalidad. Pág. 175.

<sup>31</sup> Ibid. Pág. 175.

- Modelo Laboral - se basa el quiebre de la buena fe contractual en la relación laboral entre empleador y empleado. Para el segundo – modelo competencia – resulta decisivo la perturbación de la libre competencia que implica este tipo de actuaciones. En el tercero – modelo de administración desleal – la ruptura del deber de lealtad del agente con su principal desempeña un papel fundamental. Finalmente, cuarto modelo resuelve el problema estableciendo una regulación genérica de la corrupción.<sup>32</sup>

La justificación de la incriminación de la corrupción existente en el sector privado hay que buscarla en garantizar el respeto de la competencia equitativa y leal puesto que la corrupción, tanto en el sector público como en el sector privado, distorsiona las reglas de la competencia respecto de la adquisición de bienes o servicios.<sup>33</sup>

Los autores y en general en el derecho comparado se reconocen otros modelos de incriminación respecto del delito de corrupción entre particulares, cada uno de estos distintos modelos, son adoptados por diversos países de la Comunidad Europea, los modelos de incriminación son los siguientes:

1.- “Deber de fidelidad del trabajador. Francia, hasta 2005, incriminaba la corrupción de empleados en el marco de la relación laboral, protegiendo el deber de fidelidad que los trabajadores respecto del empresario su empresa”.<sup>34</sup>

2.- “Modelo omnicomprensivo. Suecia desde 1978. Delito común aplicable a sujetos públicos y privados (Foffani, 2006: 386) como consecuencia de la creciente privatización de empresas públicas”.<sup>35</sup>

---

<sup>32</sup> GÓMEZ – JARA DÍEZ, Carlos, Op. Cit., Pág. 228 – 229.

<sup>33</sup> OTERO GONZÁLEZ, Pilar, Op. Cit., Pág.175.

<sup>34</sup> Ibid. Pág. 178.

<sup>35</sup> Ibid. Pág. 178.

3.- Modelo patrimonialista. Austria e Italia. Austria vincula la corrupción privada a la deslealtad patrimonial entre mandatario y mandante (De la cuesta Arzamendi y Blanco Cordero, 2002: 274). Italia, por su parte (Foffani, 2003: 64 -65, 2006: 386 -387) sigue un modelo político criminal contradictorio en lo que atañe a la corrupción privada. Tradicionalmente arts. 137 y siguientes del CP italiano, la corrupción se ha vinculado al sector público al igual que sucede en España pero, por otro lado, hay una tendencia a la incriminación fragmentaria de determinadas formas de corrupción.<sup>36</sup>

4.- Protección de la competencia. Alemania sigue este modelo desde 1997, en que se introduce el §299, bajo el título delitos contra la competencia, castigando con pena de tres años o multa al empleado o representante de una empresa que pretende, se deja prometer o acepta una ventaja para sí o para tercero a título de contraprestación para privilegiar deslealmente al corruptor o a un tercero en el intercambio de mercancías o de prestaciones profesionales.<sup>37</sup>

España es uno de los países de la Comunidad Europea que tardó en regular por la vía penal el delito de corrupción entre particulares. Es en la Decisión Marco de 2003/568/JAI donde podemos hallar la incorporación del delito de corrupción entre particulares, introducido con la reforma LO 5/2012 tipificado en el artículo 286 bis del Código Penal Español.

El artículo 286 bis menciona lo siguiente: 1. Quien por sí o por persona interpuesta promete, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados para que le favorezca él o a un tercero frente a otros, incumpliendo sus

---

<sup>36</sup> OTERO GONZÁLEZ, Pilar, Op. Cit., Pág.178

<sup>37</sup> Ibid. Pág. 178.

obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales, será castigado con la pena de prisión de seis meses o cuatro años, inhabilidad especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al tiple del valor del beneficio o ventaja.

2. Con las mismas penas será castigado el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados con el fin de favorecer frente a terceros a quien le otorga o del que espere el beneficio o ventaja, incumplimiento sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales.

3. Los jueces y tribunales, en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y la trascendencia de las funciones del culpable, podrán imponer la pena inferior en un grado y reducir la multa a su prudencia arbitrio.

4. Lo dispuesto en este artículo será aplicable, en sus respectivos casos, a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como a los deportistas, árbitros o jueces, respecto de aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva profesionales.<sup>38</sup>

Las modificaciones introducidas en el Código Penal Español, específicamente por medio de la incorporación del artículo 286 bis el cual tipifico el delito de Corrupción entre particulares recibió, la tipificación de este delito trajo

---

<sup>38</sup> BOLEA BARDON, Carolina. (2013) El delito de corrupción privada. Barcelona España. Revista para el análisis del Derecho In Dret. Pág. 4.



críticas positivas y negativas.<sup>39</sup> Indudablemente la incorporación de este delito fue aplaudida en España por un sector de la sociedad precisamente por sancionar penalmente las conductas de corrupción en el ámbito privado, que hasta ese momento habían sido sancionadas por medio de normas de tipo administrativa o mercantiles. Dentro de las principales críticas que recibió la incorporación del artículo 286 bis al Código Penal Español, fue precisamente que las normas de carácter administrativo y mercantil son estimadas como suficientes para regular y sancionar conductas asociadas corrupción entre particulares, conductas que representan infracciones a la competencia leal.

Debemos tener presente la estructura típica del artículo 286 bis, la cual debe ser más flexible en la corrupción en el ámbito privado que el ámbito público. La razón de ser necesaria una mayor flexibilidad, esto porque la ejecución de actos de corrupción en el ámbito público importa la afectación de la credibilidad y la estabilidad de instituciones estatales, la estructura típica en el ámbito público es menos flexible con el objeto de evitar la corruptibilidad de los funcionarios de la administración del estado.

Por su parte, al momento de regular el delito de corrupción entre particulares, o de determinar la estructura típica, se deben tener presentes tanto las conductas comerciales como empresariales, así como también se debe tener a la vista de forma preponderante la normativa de tipo administrativa que regula y sanciona las conductas de corrupción en el ámbito privado o empresarial, esto permitirá al legislador tener muy presentes las reglas establecidas en el ámbito privado o empresarial, reglas por lo demás que deben ser respetada y sancionada su infracción al momento de establecer un tipo penal que sancione el delito de corrupción entre particulares.

---

<sup>39</sup> Ibid. Pág. 5.

Dentro del análisis realizado no solo a la legislación española, respecto de la regulación y tipificación del delito de Corrupción entre particulares, analizamos también el acercamiento de la Unión Europea respecto de las conductas de Corrupción entre particulares. Es por esa razón que nos parece importante hacer referencia a como se encuentra estructurado el delito de corrupción entre particulares en el Código Penal Alemán.

La tipificación del delito en referencia e encuentra en el artículo 299 del señalado Código, norma que fue estructurada por el legislador de la siguiente forma.

#### Artículo 299 **Corruptela y Soborno en el tráfico comercial**

(1) Quien como empleado o encargado de un establecimiento comercial exija, permita que le prometan o acepte en el tráfico comercial una ventaja para si o para un tercero como contraprestación para que prefiera a otro de manera desleal en la adquisición de mercancía o servicios comerciales, será castigado con pena privativa de la libertad hasta tres años o con multa.

(2) De igual manera será castigado quien en el tráfico comercial con fines de competencia ofrezca, prometa o conceda a un empleado o encargado de un establecimiento comercial una ventaja para éste o para un tercero como contraprestación para que prefiera a él u a otro de manera desleal en la adquisición de mercancía o servicios comerciales.<sup>40</sup>

---

<sup>40</sup> Versión del Código Penal alemán traducida por la profesora Claudia López Díaz es la publicada bajo el título Strafgesetzbuch, 32a., edición, Deutscher Taschenbuch Verlag, C. H. Beck, Munich, 1998. Pág. 104.

Este precepto normativo realiza una redacción del tipo penal bastante amplio, norma que regular las relaciones comerciales, buscando con dicha regulación evitar conductas de corrupción en el ámbito privado. La redacción amplia que se aprecia en la norma alemana, da pie para que ciertos incentivos no cumplan con la envergadura suficiente para ser considerados como conductas de corrupción que altera las relaciones comerciales afectando directamente al mercado.

## **2.2. Elementos del tipo penal de Corrupción entre particulares, considerando el sentido y estructura del artículo 286 bis del Código Penal Español.**

Dentro de los elementos del tipo penal de Corrupción entre particulares encontramos los siguientes elementos: a) El otorgamiento de una ventaja injustificada, b) El favorecimiento frente a otros y c) El incumplimiento de obligaciones del empleado de la empresa que recibe la ventaja injustificada.

### 1) El otorgamiento por parte del agente una ventaja injustificada.

Al analizar el tipo penal del artículo 286 bis del Código penal español, se aprecian claramente las 2 modalidades de comisión del delito de corrupción entre particulares, estas son: La modalidad de comisión activa y pasiva.

Volviendo al análisis del tipo del art. 286 bis CP, la conducta típica en su modalidad pasiva consiste en el empleado de la empresa reciba, solicite o acepte una ventaja no justificada a cambio de tomar una decisión incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales, con el fin de favorecer al otorgante de la ventaja frente a

terceros; mientras que la modalidad activa, simétrica respecto a la anterior, consiste en prometer, ofrecer o conceder tal ventaja indebida.<sup>41</sup>

En definitiva, lo que se busca obtener con la comisión de conductas de corrupción en el ámbito de los particulares es un beneficio. La ventaja en este caso puede ser de tipo económico, “El beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados”<sup>42</sup> cumpliendo además con tener cierto tipo de envergadura que permita configurar el delito de corrupción, ya que existen ciertas ventajas que por su envergadura podrían no ser suficientes para cumplir los presupuestos del tipo penal.

Es importante tener presente que, en la corrupción entre particulares, la ventaja injustificada que se entrega debe ir en directo beneficio o provecho de la persona corrompida. De la forma como está estructurado el tipo penal de corrupción entre particulares, es impensado que la ventaja que se entrega pueda en algún caso ser justificada o debida para incumplir finalmente una obligación del empleado corrupto.

## 2) Favorecimiento frente a terceros.

“La ventaja injustificada debe solicitarse o aceptarse para favorecer al otorgante de tal ventaja frente a terceros”.<sup>43</sup> Como ya fue señalado al describir el elemento anterior del delito la ventaja injustificada debe haber sido solicitada o aceptada con el objeto de beneficiar a un tercero con el incumplimiento de obligaciones que son propias del empleado que las debe desarrollar, incumpliendo con ello de tareas asociadas al cargo que

---

<sup>41</sup> NAVARRO FRÍAS, Irene / Melero Bosch, Lourdes V. (2011) Corrupción entre Particulares y Tutela del Mercado. Barcelona España. Revista para el análisis del Derecho In Dret. Pág. 19.

<sup>42</sup> Ibid. Pág. 19.

<sup>43</sup> Ibid. Pág. 21

desempeña en la empresa. En definitiva, la conducta de favorecimiento respecto de un agente debe ser siempre vista frente a un tercero que no obtiene el beneficio, y que en otro escenario o de no haber mediado la conducta de corrupción podría haber sido beneficiado.

Para favorecer al otorgante de tal ventaja frente a terceros, no se está exigiendo como resultado del delito un efectivo favorecimiento del sobornador frente a terceros, con el correspondiente perjuicio para terceros. Pero sí hace surgir la duda acerca de si lo que se reclama es la mera tenencia subjetiva (el mero fin) de la persona sobornada de favorecer a aquél que le concede el beneficio extraposicional; o si bien, este elemento debe interpretarse en calve objetiva como elemento objetivo de idoneidad, es decir, como exigencia de que se trate de conductas idóneas para perjudicar a terceros competidores y favorecer al que ofrece la ventaja indebida.<sup>44</sup>

3) El incumplimiento de obligaciones del empleado de la empresa que recibe la ventaja injustificada.

En este elemento con encontramos en la situación en la cual un empleado, el cual goza de una relación laboral con una determinada empresa, incumple sus obligaciones profesionales y que dicen relación con la compra de bienes o la adquisición de servicios, labores que por lo demás son propias de su cargo. Este empleado incumple obligación en razón de haber recibido un soborno para caer en dicho incumplimiento.<sup>45</sup>

La conducta de corrupción ejecutada por el empleado, desencadena perjuicios evidentes a la empresa que muchas veces puede como puede

---

<sup>44</sup> NAVARRO FRÍAS, Irene / Melero Bosch, Lourdes V., Op. Cit., Pág.21.

<sup>45</sup> Ibid. Pág. 22.

ser el caso adquirir un bien a mayor precio que el promedio de mercado, o contratar un servicio de menor calidad y de mayor precio.

El empleado al aceptar recibir la ventaja injustificada, esta evidentemente incurriendo en el delito de corrupción entre articulares. Debemos tener siempre presente, que no todo favorecimiento obtenido mediante un acto de corrupción puede configurar el delito que nos convoca, puede ocurrir que el favorecimiento de unos sobre otros pueda decir relación con ámbitos distintos a los que desarrolla normalmente su negocio la empresa.

De todas formas, la doctrina plantea que la *ratio legis* ha sido tratar de abarcar conductas o comportamientos anticompetitivos en todos los sectores económicos, tanto en el mercado de adquisición de bienes como en el de la prestación de servicios, sin que parezca que se haya querido limitar la conducta típica a la prestación de servicios profesionales.<sup>46</sup>

Lo que debemos poner énfasis es el incumplimiento en que incurre el empleado frente a la empresa, conducta de corrupción que configura el delito de corrupción entre particulares, lo que trae a su vez un incumplimiento de tipo contractual frente a la empresa que lo contrato, y que por medio del contrato de trabajo impuso una serie de obligaciones propias de la labor para la que fue contratado. Adicionalmente, la conducta de corrupción provoca un incumplimiento frente a la lealtad y buena fe que debe tener el empleado que recibe la ventaja injustificada para incumplir obligaciones propias asociadas al cargo que desempeñan, desencadenando con dicho incumplimiento un beneficio indebido de un tercero.

---

<sup>46</sup> Ibid. Pág. 22

La lealtad es precisamente el bien jurídico que se entiende vulnerado frente a la ejecución de una conducta de corrupción entre particulares, esa mi misma lealtad exigida que debe existir en la relación laboral que existe entre el empresario y el trabajador, así como la relación de tipo comercial que existe. La lealtad en las relaciones comerciales evita que existan distorsiones en el mercado que provocan situaciones comerciales asimétricas entre los actores.

Al analizar los elementos que son propios del tipo penal de corrupción entre particulares, nos parece relevante señalar la necesidad de que el empresario sea considerado dentro de los sujetos que puede cometer una conducta de corrupción, toda vez que el empresario si bien puede verse perjudicado por conductas de corrupción al interior de su empresa, es posible que dichas conductas puedan acarrear también beneficios para el mismo. Si el empresario no es incorporado dentro del tipo penal de corrupción entre particulares, puede que este frente a una situación de beneficio propio de una conducta de corrupción puede este omitir algún tipo de denuncia, o medida al interior de la empresa, lo que evidentemente podría traer perjuicios en las relaciones comerciales con otros agentes del mercado.

### **2.3. Competencia leal como bien jurídico protegido en los artículos 286 bis y 286 ter del Código Penal Español.**

Al momento de analizar el bien jurídico afectado, podemos decir que el Bien jurídico protegido en concreto en el cohecho, entiendo que se trata de un único bien jurídico común al delito de cohecho pasivo y al delito de cohecho activo. El

bien jurídico protegido en el delito de cohecho será el correcto funcionamiento de la Administración pública.<sup>47</sup>

Cuando nos referimos al bien jurídico que busca proteger el tipo penal de corrupción en el ámbito privado, “No son pocos los problemas que surgen al tratar de delimitar el objeto de tutela detrás de la tipificación de las conductas de corrupción en el ámbito de los negocios privado”<sup>48</sup> respecto de los cuales nos encontramos, ello según los autores se debería en gran medida a las gran cantidad de modelos de incriminación existentes en el Derecho Comparado, así como la poca reflexión que se aprecia respecto de los legisladores, en donde se ponen en primer plano los compromisos internacionales adquiridos, por sobre la real necesidad de ajustar el tipo penal a las necesidades que deben ser cubiertas por la norma en cuestión.<sup>49</sup>

Como ya fue señalado en algunos pasajes del presente trabajo, la incorporación del delito de corrupción entre particulares es una medida legislativa adoptada en el Derecho español, norma que deriva de las exigencias de la normativa en la Unión Europea, la cual se denomina Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003.<sup>50</sup>

La Unión Europea en un afán de garantizar el Estado de Derecho, le conceden una gran importancia a la lucha contra la corrupción tanto en el ámbito público como privado.

---

<sup>47</sup> OLAIZOLA NOGALES, Inés. El delito de cohecho. Tirant Monografías. Pág. 111.

<sup>48</sup> GIL NOBAJAS, María Soledad. (2015) El delito de corrupción en los negocios (Art. 286 bis): Análisis de la responsabilidad penal del titular de la empresa, el administrador de hecho y la persona jurídica en un modelo puro de competencia. Estudios Penales y Criminológicos vol. XXXV. Pág. 571.

<sup>49</sup> Ibid. Pág. 571.

<sup>50</sup> SÁNCHEZ MELGAR, Julián. La Corrupción en el Sector Privado. Revista Xurídica Galega. Pág. 14.



Le regulación del delito de corrupción entre particulares nace en este ámbito como la garantía de una competencia justa y honesta, pasa por la represión de los actos encaminados a corromper a los administradores de entidades privadas de forma similar a lo que se hace a través del delito de cohecho. Porque con estos comportamientos, que exceden de la esfera de lo privado, se rompen las reglas de buen funcionamiento del mercado.<sup>51</sup>

A lo largo del tiempo, las empresas o sociedades comerciales en general han ido ganando un lugar preponderante dentro de la sociedad, es por ello que resulta fundamental que todas las legislaciones aborden la problemática de la corrupción en el ámbito de los particulares, toda vez que las decisiones que los gobiernos corporativos, toman al interior de las empresas o sociedades provocan efectos sumamente relevantes no solo en los mercados, sino que en la sociedad completa.

Las conductas de corrupción en el ámbito de los particulares, no solo está presente o se manifiesta en las empresas o sociedades de carácter mercantil, sino también en otro tipo de sociedades, asociaciones, fundaciones u organizaciones.

Al revisar la normativa en términos generales, se aprecia la clara intención de tratar las conductas de corrupción privada de forma amplia y universal, abarcando distintos ámbitos no solo de tipo mercantil como se señaló con anterioridad. La Decisión Marco en su artículo 2.2 señala se aplicarán a las actividades profesionales de entidades con fines lucrativos y no lucrativos, pudiendo, sin embargo, los Estados miembros limitar el ámbito de aplicación de la Decisión Marco a aquellos actos que impliquen o puedan implicar una distorsión

---

<sup>51</sup> Ibid. Pág. 14

de la competencia en el ámbito de la adquisición de bienes o servicios comerciales.<sup>52</sup>

Cuando analizamos el bien jurídico protegido por el tipo penal de corrupción entre particulares, debemos necesariamente alejarnos de los bienes jurídicos protegidos por el delito de cohecho en el ámbito público. El bien jurídico que se busca proteger al tipificar estas conductas como delito es la lealtad de las relaciones comerciales entre los agentes presentes en el mercado. Lo que se persigue en definitiva son las acciones desleales de las empresas, conductas fuera de la ética en la adquisición de bienes o servicios en el ámbito mercantil o comercial, provocando con ellos perjuicios a terceros involucrados e inmersos en el mismo mercado afectado por dichas conductas.

Si analizamos el tema de la corrupción entre particulares desde la perspectiva de la política criminal, pudiese parecer una regulación algo exagerada, en la cual se tipifica como delito conductos estimadas como impropias y que se despliegan en las relaciones entre particulares, pareciera bastar la regulación y sanción de dichas conductas a través de normas de tipo administrativa. Analizados los tiempos que se viven en donde este tipo de conductas trascienden la esfera de lo privado, es adecuado pensar que la corrupción entre particulares debe ser atacada en los distintos frentes, tanto administrativo como penal.<sup>53</sup>

El comportamiento leal, limpio, ético y lícito en las transacciones mercantiles, no debe ser patrimonio exclusivo de los funcionarios públicos y autoridades mercantiles, sino de todos los intervinientes en tales mecanismos de

---

<sup>52</sup> SÁNCHEZ MELGAR, Julián, Op.Cit., Pág. 16.

<sup>53</sup> SÁNCHEZ MELGAR, Julián, Op. Cit., Pág. 18.

contratación, de modo que la obligación de comportarse *civiliter* afecta a todos, y no solamente a los funcionarios.<sup>54</sup>

Debemos tener siempre presente, que la conducta de los particulares trasciende el ámbito privado, afectando a toda la sociedad, por lo que no podemos pensar que, con la sola regulación de las conductas de corrupción, a través de normas de tipo administrativa bastan para cubrir todas las necesidades.

Después de analizados todos los aspectos de la regulación española respecto del delito de Corrupción entre particulares, podemos decir que la mayoría de la doctrina es que el bien jurídico protegido por el artículo 286 bis del Código Penal español, una vez abordada la cuestión del bien jurídico protegido, se intentará aclarar la estructura típica del nuevo delito de corrupción entre particulares y establecer los límites dogmáticos de la tipicidad frente a una práctica muy arraigada en nuestro país de admitir incentivos por parte de quienes se encargan de la adquisición de bienes y contratación de servicios para la empresa.<sup>55</sup>

#### **2.4. Intervinientes considerados en el tipo penal de los artículos 286 bis y 286 ter del Código Penal Español, y en el § 299 StGB Código Penal Alemán.**

En atención a los intervinientes incorporados en los artículos 286 bis y 286 ter del Código Penal Español respecto del delito de corrupción entre particulares, podemos mencionar que la corrupción en su modalidad de comisión activa, se configura tanto en España como en Alemania como un delito común.<sup>56</sup>

---

<sup>54</sup> Ibid. Pág. 18.

<sup>55</sup> BOLEA BARDON, Carolina, Op. Cit., Pág. 4.

<sup>56</sup> Ibid. Pág. 21.

Respecto a la corrupción en su modalidad de comisión pasiva tanto en España como en Alemania constituye un delito especial. En el Código Penal Español en su artículo 286 bis establece como sujetos del delito a “Directivos, administradores, empleados o colaboradores”.<sup>57</sup>

Por su parte, en Alemania el § 299 StGB Código Penal Alemán, esta norma limita la comisión del delito de corrupción entre particulares al empleado, encargado o delegado externo, al parecer que por la descripción que realiza la norma alemana estaríamos frente a un delito de posición más que frente a un delito de deber, considerando que el tipo vincula más a los sujetos por la posición que ocupan en la empresa, que al cumplimiento de un deber.<sup>58</sup>

Se puede apreciar que en la doctrina tienden a excluir al ayudante o colaborador como sujetos activos del delito. Toda hace parecer que las normas que regulan la corrupción entre particulares en España tiende a ser más amplia que la alemana en su regulación.

Respecto a la modalidad de comisión pasiva, en Alemania se discute si el empleado de la empresa puede ser autor del delito de corrupción entre particulares, cuando solicita al proveedor con el que contrata la compra de un bien o servicio el pago de una comisión. En España esta problemática parece zanjada con la sola lectura del artículo 286 bis del Código Penal Alemán “Quien por sí o por persona interpuesta prometa, ofrezca o conceda...”<sup>59</sup>

## **2.5. Regulación de la corrupción entre particulares y el bien jurídico protegido en el derecho alemán.**

---

<sup>57</sup> ESPAÑA Código Penal Español, artículos 286 bis. Pág. 99.

<sup>58</sup> Ibid. Pág. 99.

<sup>59</sup> Ibid. Pág. 99.

En razón de la importancia de analizar distintos criterios adoptados en la Legislación Europea al momento de regular la corrupción entre particulares, no podemos dejar de hacer una breve referencia a la regulación adoptada en el Código Penal Alemán en lo relativo al delito de corrupción en el ámbito privado.

Alemania es uno de los países europeos que cuentan con una regulación expresa respecto a la corrupción entre particulares. La regulación alemana respecto a la protección de la competencia, permaneció en la ley de competencia desleal, posteriormente en los años 90, se introduce el delito contra la competencia en Derecho Penal. Posteriormente, el 13 de agosto del año 1997 la Ley para la lucha contra la corrupción introduce el título “Delitos contra la competencia”.<sup>60</sup>

Alemania en un afán de obtener mayor protección frente a la corrupción en el ámbito privado, fue paulatinamente aumenta la regulación de la corrupción en los negocios, obteniendo con ellos proteger no solo la economía de su país, sino también el mercado y mejorar las practicas éticas de los agentes que afectan directamente a la sociedad.

Nos parece relevante para el desarrollo del presente trabajo, revisar los artículos 299 StGB y 300 StGB del Código Penal Alemán:

**§ 299 StGB** Código Penal Alemán (**Corruptela y soborno en el tráfico comercial**) (1) Quien como empleado o encargado de un establecimiento comercial exija, permita que le prometan o acepte en el tráfico comercial una ventaja para sí o para un tercero como contraprestación para que prefiera a otro de manera desleal en la adquisición de mercancía o servicios comerciales, será castigado con pena privativa de la libertad hasta tres años o con multa.

---

<sup>60</sup> BOLEA BARDON, Carolina, Op.Cit., Pág. 7.

(2) De igual manera será castigado quien en el tráfico comercial con fines de competencia ofrezca, prometa o conceda a un empleado o encargado de un establecimiento comercial una ventaja para éste o para un tercero como contraprestación para que prefiera a él u a otro de manera desleal en la adquisición de mercancía o servicios comerciales.<sup>61</sup>

**§ 300 StGB. (Casos especialmente graves de la corruptela y soborno en el tráfico comercial).** En casos especialmente graves un hecho según el § 299 se castigará con pena privativa de la libertad de tres meses hasta cinco años. Un caso especialmente grave se presenta cuando:

1. El hecho se refiera a una ventaja de grandes dimensiones, o
2. el autor actúe profesionalmente o como miembro de una banda que se haya asociado para cometer continuamente hechos de esta índole.<sup>62</sup>

Las conductas tipificadas en el § 299 StGB Código Penal alemán tiene un aspecto a considerar relevante en comparación a la regulación española, este aspecto es el considerar conductas de corrupción realizadas en el extranjero, buscando sancionar la corrupción transnacional. Por lo demás, en el § 300 StGB se establece una agravación (prisión de 3 meses a 5 años) cuando las conductas descritas en el § 299 StGB son consideradas especialmente graves. Esto sucede según en dos supuestos: 1. Cuando el hecho se refiere a una ventaja de grandes dimensiones; 2. Cuando el autor actúa como profesional o como miembro de una organización vinculada a la comisión de hechos de esta clase.<sup>63</sup>

---

<sup>61</sup> La versión del Código Penal alemán traducida por la profesora Claudia López Díaz es la publicada bajo el título Strafgesetzbuch, 32a., edición, Deutscher Taschenbuch Verlag, C. H. Beck, Múnich, 1998. Pág. 104.

<sup>62</sup> Ibid. Pág. 104.

<sup>63</sup> BOLEA BARDON, Carolina, Op. Cit., Pág. 8.

Parte de la doctrina alemana, comenzó a discutir sobre el real alcance de la regulación del § 299 StGB, todo por la preocupación de los empresarios alemanes de dejar de ser competitivos frente a empresas de otras naciones con regulaciones menos amplias que la alemana respecto a la corrupción privada.

El legislador Alemán zanjo la discusión, dejando en claro que la aplicación del § 299 StGB, no era solo extensiva para los nacionales, sino que para todos los mercados del mundo sin excepción, lo único que se requiere es que el hecho sea cometido en parte en el territorio alemán, cuando el acto de corrupción es cometido por un alemán en el extranjero, no rige el § 299 StGB salvo que dicha conducta de corrupción se encuentre expresamente tipificada en el país extranjero donde fue cometido el delito.<sup>64</sup>

Con respecto, a la protección del bien jurídico en la legislación alemana es la competencia leal como interés supraindividual. La profesora Bolea Bardon señala que la mayoría de las legislaciones europeas no sancionan al titular de la empresa por aceptar un soborno, sino establece que las reglas de la competencia pueden ser vulneradas tanto por el titular de la empresa como por sus empleados.<sup>65</sup>

### **3 REVISIÓN DEL PROYECTO DE LEY QUE TIPIFICA EL DELITO DE CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES Y MODIFICA LAS DISPOSICIONES DEL CÓDIGO PENAL.**

#### **3.1. Origen del proyecto de Ley.**

El proyecto de Ley propuesto por la presidenta Michelle Bachelet, fue ingresado al congreso en medio de una profunda crisis institucional que vive Chile,

---

<sup>64</sup> BOLEA BARDON, Carolina, Op. Cit., Pág. 9.

<sup>65</sup> Ibid. Pág. 9.

producto del estallido de diversos casos que comprometen la credibilidad no solo del Gobierno de la Presidenta Bachelet, sino que desnuda la falta de transparencia y conductas alejadas de toda legal tanto en instituciones públicas en el sector privado.

El presente proyecto de Ley surge por un compromiso adoptado por la presidenta, en su discurso el día 21 de mayo del año 2015. Dentro de los temas relevantes que busca desarrollar el proyecto está el impedir el tráfico de influencias, los conflictos de intereses y la corrupción en la política y en los negocios.<sup>66</sup>

A pesar de que el compromiso de la presidenta Michelle Bachelet respecto a atacar y los fenómenos de corrupción que han afectado al país en el último tiempo, se materializó en su discurso del 21 de mayo del año 2015, el punto de partida de esta tarea fue anterior, más precisamente el 9 de abril del mismo año donde por medio del decreto N° 002 del Ministerio Secretaria General de la Presidencia, creó un consejo asesor que trataría en profundidad el tema del Conflicto de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción.

Dentro de los principales objetivos que busca el proyecto está el promover y restablecer la confianza en las instituciones públicas y privadas, garantizar el correcto ejercicio de la función pública y mejorar el entorno en que se desarrollan las relaciones comerciales entre privados, pues hoy las relaciones entre la actividad pública y los negocios exigen mayores estándares de transparencia y fe pública.

El proyecto de Ley entre su contenido, incorpora una serie de temas entre los que se encuentra el delito de corrupción entre particulares. La incorporación de

---

<sup>66</sup> Proyecto de Ley que tipifica el delito de corrupción entre particulares y modifica disposiciones del Código Penal relativas a delitos funcionarios. Boletín N° 10155-07 año 2015.



este delito a nuestra legislación busca cubrir necesidades y exigencia internacionales frente a este tema, ya que hasta la fecha en Chile solo se encuentra regulado y sancionado el delito de corrupción en el ámbito público. Otra de las razones por las cuales fue impulsado el proyecto de ley que regula el delito de Corrupción entre particulares, fue el salvar vacíos en nuestra legislación, vacíos de los cuales dio cuenta el informe de la Consejo Asesor Presidencial, presidido por don Eduardo Engel, consejo que trata los temas de Conflictos de Interés, Tráfico de Influencias y Corrupción.<sup>67</sup>

Como señala el Mensaje del proyecto de Ley la Corrupción entre Particulares no solo genera una enorme desconfianza en las relaciones comerciales en el sector privado, sino también efectos negativos en el sistema económico y en los mercados. <sup>68</sup>

La idea matriz y fundamental del proyecto, busca sancionar la corrupción en el sector público y privado, planteando no solo modificaciones al Código Penal, sino también a la Ley 20.393 sobre responsabilidad penal de la Persona Jurídica.

El delito de Corrupción entre Particulares, que intenta incorporar el proyecto de Ley a nuestra Legislación Nacional busca sancionar al director, gerente, administrador o ejecutivo principal de una empresa o entidad que, por sí o a través de otra persona, solicita o acepta recibir un beneficio económico en interés o provecho propio de un tercero, para favorecer o por haber favorecido a otro, con infracción de sus deberes u obligaciones, en la contratación de bienes o servicios o en las relaciones comerciales.<sup>69</sup>

---

<sup>67</sup> Ibid. Pág.1.

<sup>68</sup> Id.

<sup>69</sup> Ibid. Pág 1.

Por otra parte, se busca también sancionar a quien por si o a través de otra persona, ofrece o consiente en dar o entregar a un director, gerente, administrador o ejecutivo principal de una empresa o entidad, o a quien estos señalen, un beneficio económico en interés o provecho propio o de un tercero, para que favorezca o por haber favorecido, con infracción de sus deberes u obligaciones, en la contratación de bienes o servicios o en las relaciones comerciales.<sup>70</sup>

Ya entrando directamente en el proyecto de Ley presentado, el cual busca la incorporación del delito de Corrupción entre Particulares, presenta la inclusión de 2 artículos al Código Penal Chile, estos son el artículo 287 bis. y 287 ter.

Lo mencionados artículos en el proyecto original presentado por la Presidenta Michelle Bachelet mencionan los siguiente:

Artículo 287 bis. El Director, gerente, administrador o ejecutivo principal de una empresa o entidad que, por sí o a través de otra persona, solicitare o aceptare recibir un beneficio económico en interés o provecho propio o de un tercero, para favorecer, o por haber favorecido, con infracción de sus deberes u obligaciones, a otro en la contratación de bienes o servicios o en las relaciones comerciales, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado medio a máximo y multa del tanto al cuádruple del beneficio solicitado o aceptado .<sup>71</sup>

Artículo 287 ter. Con las mismas penas señaladas en el artículo anterior será sancionado el que, por sí o a través de otra persona, ofreciere o consintiere en dar o entregar a un director, gerente, administrador o ejecutivo principal de una empresa o entidad, o a quien estos señalen, un beneficio económico en interés o provecho propio o de un tercero, para que le favorezca, o por haber favorecido, a

---

<sup>70</sup> Ibid. Pág. 4 -5.

<sup>71</sup> Id.

él o a un tercero frente a otros en la contratación de bienes o servicios o en las relaciones comerciales.<sup>72</sup>

Como se aprecia en los artículos incorporados en el proyecto de Ley, la propuesta fue bastante amplia al incorporar agentes en el tipo penal, estableciendo como posibles sujetos cubiertos por el tipo penal al Director de la empresa, gerentes, administradores o ejecutivos principales de la misma empresa, contemplando el modo activo y pasivo de comisión del delito de corrupción entre particulares. Cuando se aprecia la redacción del articulado incorporado en el proyecto, vemos una enorme similitud que las disposiciones normativas del Código Penal Español que regula en forma muy precisa el tipo penal de corrupción entre particulares incorporando al Director, administrador, empleado o colaborador de la empresa o sociedad.

Respecto a la intención de incorporar un nuevo delito al Código Penal Chileno como parte de diversas modificaciones a dicho cuerpo normativo, modificaciones impulsadas con motivo de la agenda corta del gobierno.

En Chile existe una escasa discusión doctrinaria sobre la incorporación del delito de corrupción entre particulares, dichas discusión debe estar dirigida a determinar la conveniencia y necesidad de tipificar este delito en nuestro Código Penal. En este delito está en juego la competencia leal entre las empresas, o el deber de lealtad que debe tener un trabajador, director o alto ejecutivo de una empresa en la cual desempeña funciones, en base a ello algunos pudiesen plantear la posibilidad de que las normas de carácter administrativo pueden

---

<sup>72</sup> Proyecto de Ley que tipifica el delito de corrupción entre particulares y modifica disposiciones del Código Penal relativas a delitos funcionarios. Boletín N° 10155-07 año 2015. Pág. 7.

proporcionar la defensa de los deberes de lealtad o derechamente la competencia leal.

### **3.2. Intervinientes activos y pasivos y bien jurídico protegido en el delito de corrupción entre particulares.**

El delito de corrupción entre particulares se configura, como se ha dicho, como un delito de cohecho entre particulares que, en su modalidad pasiva se presenta como delito especial que únicamente puede ser cometido por los directores, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización. Siendo en cambio, en principio, en su modalidad activa un delito común que puede ser cometido por cualquiera, pero que tiene como objeto de la acción delictiva a ese mismo grupo de sujetos. Es decir, que la ventaja debe ofrecerse a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización, no siendo penalmente relevante la conducta cuando el ofrecimiento va dirigido directamente al empresario.<sup>73</sup>

El proyecto de Ley impulsado en Chile incorpora como agente del delito el "Director, gerente, administrador o ejecutivo principal de una empresa o entidad".<sup>74</sup> El artículo 287 bis del Código Penal Chileno, incorporó a los agentes antes mencionados tanto como sujetos activos y pasivos del delito de corrupción entre particulares, el artículo mencionado señala que estos agentes "por sí o a través de otra persona, solicitare o aceptare recibir un beneficio económico en interés o provecho propio o de un tercero, para favorecer, o por haber favorecido, con infracción de sus deberes u obligaciones."<sup>75</sup> En el artículo citado se aprecia como

---

<sup>73</sup> NAVARRO FRÍAS, Irene / Melero Bosch, Lourdes V., Op. Cit., Pág. 9.

<sup>74</sup> Proyecto de Ley que tipifica el delito de corrupción entre particulares y modifica disposiciones del Código Penal relativas a delitos funcionarios. Boletín N° 10155-07 año 2015. Pág. 7.

<sup>75</sup> Ibid. Pág. 7

los directores de empresas o de sociedades mercantiles, pueden solicitar en una modalidad de comisión activa del delito, o aceptar recibir en una modalidad pasiva de comisión del mismo delito, un beneficio económico.

Si bien a todas luces pareciera que la determinación de los sujetos activos o pasivos del delito de corrupción entre particulares es simple, pero dicha determinación no está del todo exenta de problemas, ya que se debe determinar quien es director, gerente, administrador, o ejecutivo principal, para ello debemos revisar aspectos mercantiles o laborales.

El artículo 287 bis incluido en el proyecto original, excluyo al socio de la empresas o sociedad mercantil dentro de los sujetos activos y pasivos incorporados en la norma, el socio en este caso no es comparable o equiparable al director, administrador, gerente o ejecutivo, el problema será determinar cuando el socio detenta en forma paralela alguna de las calidades antes descritas, la pregunta que nace en este supuesto, es si el socio seria sancionado penalmente por una conducta de corrupción cuando este además detente algunas de las calidades mencionadas en forma paralela a su calidad de socio de la empresa o sociedad.

Otro de los sujetos que no fue considerado en el proyecto de Ley que busca sancionar la corrupción entre particulares, fue el empresario. Esta exclusión dentro del tipo penal parece bastante lógica, toda vez que este último dentro del desarrollo de la actividad económica goza de mayor libertad de acción en comparación de las acciones que podría ejecutar un empleado de la empresa independiente del cargo que desempeñe en la misma.

Si bien es bastante lógico que el empresario haya sido excluido en el tipo penal que incorpora el delito de corrupción entre particulares a la legislación chilena, este debe siempre ser objeto de prohibiciones u obligaciones asociada a

su posición dentro de la empresa, ya que este puede perfectamente ejecutar las mismas conductas del empleado en el desarrollo de actividades comerciales o mercantiles de la empresa. El empresario también puede ser seducido a recibir algún tipo de ventaja o beneficios injustificados, para que tome alguna decisión respecto a la adquisición o venta de mercaderías que, si bien no produciría efectos internos en la empresa por las libertades propias del empresario, perfectamente podría provocar efectos negativos en el mercado.

Respecto al bien jurídico que este proyecto busca proteger tipificando la corrupción entre particulares en nuestra legislación. El tipo penal que se crea procura evitar que la coima sea el medio legítimo de competencia en el mercado. Los casos paradigmáticos son aquellos en que un actor de la competencia, por ejemplo, un proveedor de ciertos bienes o servicios, les paga a los empleados del potencial adquirente de esos bienes o servicios, por ejemplo, una cadena de supermercados, para que lo prefieran sobre otros competidores que no sobornan ni saben que esa es la forma en que se compete.<sup>76</sup>

En atención a lo que el tipo penal busca proteger, es relevante mencionar que en este delito no se exige que exista perjuicio para el empleador o representante, porque esta figura no se establece para su protección, sino para la protección de los competidores insertos en el mercado.

### **3.3. Revisión del proyecto aprobado por la Cámara de Diputados, y cuáles son las principales modificaciones realizadas.**

Continuando con el análisis del Proyecto de Ley impulsado por el gobierno, con la finalidad de tratar de impedir y combatir el tráfico de influencias, los

---

<sup>76</sup> Discusión Parlamentaria, Proyecto de Ley que tipifica el delito de corrupción entre particulares y modifica disposiciones del Código Penal relativas a delitos funcionarios. Boletín N° 10155-07 año 2015. Pág. 32.

conflictos de intereses y la corrupción en la política y en los negocios. La nueva figura busca equiparar el ejercicio arbitrario de funciones por empleados por empleados públicos, con la misma conducta cuando se trata de ciertas actividades económicas desarrolladas por privados cuyo objeto es la provisión de bienes públicos. Hoy no existen razones de peso para estimar que la obtención de ventajas indebidas en ámbitos como la salud o la educación debería tener tratamiento diferenciado, fundado únicamente en que el proveedor sea público o privado.<sup>77</sup>

Para graficar lo anterior, el profesor Gonzalo Medina nos entrega en la discusión parlamentaria un ejemplo sobre este tema dos personas con cáncer concurren a un hospital público; mientras una obtiene una fecha y hora de atención, la segunda paga para que le otorguen ese cupo. Se trata de dos personas en la misma condición. En este caso estamos ante la situación de cohecho a funcionario público, que obviamente está contemplada en la legislación penal. Sin embargo, si la misma situación se produjera en una clínica privada, no sería objeto de ningún tipo de sanción. Por tanto, existe una diferenciación en función de si el proveedor del mismo servicio- atención de salud- es público o privado.<sup>78</sup>

El presente Proyecto de Ley fue ingresado a la Cámara de Diputados con fecha 17 de junio de 2015, desarrollándose la tramitación y discusión parlamentaria respectiva a lo cual se aprueba en un primer trámite Constitucional el proyecto ingresado.

Con ello, la Cámara de Diputados despacha al Senado con fecha 2 de junio de 2016 oficio número 12.592, dicho documento da cuenta de las modificaciones

---

<sup>77</sup> Ibid. Pág. 31- 32.

<sup>78</sup> Id.

aprobadas por la Cámara baja, la cuales inician con esa fecha la respectiva discusión parlamentaria.

En la página número 10 de oficio número 12.592, se hace mención expresa a las modificaciones aprobadas quedando el texto de la siguiente forma:

11) Intercálese, en el Título VI del Libro Segundo, el siguiente párrafo 7 bis:

7 bis. De la corrupción entre particulares

Art. 287 bis. El empleado o mandatario que solicitare o aceptare recibir un beneficio económico, para sí o un tercero, para favorecer o por haber favorecido en el ejercicio de sus labores la contratación con un oferente sobre otro, será sancionado con la pena de reclusión menor en sus grados medio a máximo y multa del tanto al cuádruple del beneficio solicitado o aceptado.

Art. 287 ter. Con las mismas penas señaladas en el artículo anterior será sancionado el que ofreciere o aceptare dar a un empleado o mandatario un beneficio económico, para sí o un tercero, para que favorezca o por haber favorecido la contratación con un oferente por sobre otro.<sup>79</sup>

Como se puede apreciar, en el Proyecto de Ley modificado se introducen algunos cambios los cuales cambian la fisonomía del proyecto original, sobre todo respecto a la descripción utilizada para expresar que sujetos serían considerados dentro del tipo penal.

---

<sup>79</sup> Oficio número 12.592, de fecha 2 de junio de 2016 Proyecto de Ley que tipifica el delito de corrupción entre particulares y modifica disposiciones del Código Penal relativas a delitos funcionarios. Boletines 9956-07 y N° 10155-07.



El proyecto original incorpora como sujetos del tipo penal, a los directores, gerentes, administradores o ejecutivos principales de las empresas o entidades.<sup>80</sup> En el proyecto original no fue considerado el empresario como sujeto activo del tipo penal, la no incorporación del empresario puede tener su sentido, en que sería casi impensado que el propio empresario, entendiendo como tal al propietario de una empresa cometa actos de corrupción que muchas veces puede atentar y perjudicar directamente a la empresa en términos económicos, o indirectamente afectar su prestigio en el mercado en que desarrolla su actividad empresarial.

A simple vista parece bastante lógico que el empresario no fuere considerado en el proyecto, pero a nuestro parecer el empresario también debió ser considerado en el Proyecto de Ley que modifica nuestro Código Penal y que busca incorporar el tipo penal de corrupción entre particulares, toda vez el empresario muchas veces puede de todas formas cometer actos de corrupción en el ámbito público, sino también en el ámbito privado.

Por otra parte, es importante mencionar que el proyecto original modificado y aprobado por la Cámara de Diputados, y que hoy se encuentra tramitando en el Senado, modifíco en aspectos que nos parece importante mencionar.

El documento aprobado en el nuevo artículo 287 bis modificado, excluyo a los sujetos incorporados los cuales eran “El director, gerente, administrador o ejecutivo principal.”<sup>81</sup> En el nuevo artículo 287 bis el legislador incorpora como

---

<sup>80</sup> Boletín 10155-07, artículo 287 bis del proyecto de Ley que busca tipifica el delito de corrupción entre particulares. Pág. 7.

<sup>81</sup> Ibid Pág. 7.

sujetos del tipo penal “Al empleado o mandatario que solicitare o aceptare recibir un beneficio económico”<sup>82</sup>

Cuando apreciamos las modificaciones planteadas por la Cámara de Diputados al proyecto original, apreciamos la inclusión de las palabras empleado y mandatario. Por empleado podemos entender a toda aquella persona, que detenta un cargo al interior de una empresa o entidad, en donde desarrolla labores o tareas que son propias de la posición que ocupa, recibiendo a cambio de su trabajo un sueldo o remuneración. De la sola lectura de la palabra empleado, se nos generan ciertas dudas respecto a la envergadura o alcance que puede tener una referencia tan general respecto de los sujetos del tipo penal incorporado en el Proyecto de Ley.

Al parecer el legislador al utilizar la palabra empleado, se está buscando abarcar una mayor cantidad de funcionarios que se desempeñan al interior de la empresa, y que posiblemente podrían ser potenciales sujetos de actos de corrupción en el ámbito privado.

Por otra parte, el artículo 287 bis modificado también incorpora la palabra mandatario, la RAE define al mandatario como “Persona que, en virtud del contrato consensual llamado mandato, acepta del demandante representarlo personalmente, o la gestión o desempeño de uno o más negocios”.<sup>83</sup>

Cuando analizamos la palabra “mandatario” utilizada en el Proyecto de Ley, nos nacen las preguntas que alcance se le quiso dar al ser incorporado este concepto a la norma.

---

<sup>82</sup> Oficio número 12.592, de fecha 2 de junio de 2016 artículo 287 bis del Proyecto de Ley que tipifica el delito de corrupción entre particulares y modifica disposiciones del Código Penal relativas a delitos funcionarios. Boletines 9956-07 y N° 10155-07.

<sup>83</sup> Real Academia Española. (2016) Diccionario de La Lengua Española.

Al incorporar la mandatario en el artículo 287 bis, surge la pregunta si la intención del legislador fue la de utilizar un concepto bastante general que abarcare la mayor cantidad de potencial sujetos de actos de corrupción, sin perjuicio de ello es muy posible que y de hecho es así que en gran cantidad de empresas los gerentes, directores o ejecutivos principales no siempre son mandatarios de la empresa en la desempeñan el respectivo cargo, lo que nos lleva a concluir que solo se incorporarían aquellos agentes que cuentan con facultades como mandatario de la empresa, lo que en la práctica está pensado para unos pocos.

4.5. Breve análisis sobre la posibilidad de incorporar el delito de Corrupción entre particulares como tipo penal de la Ley 20.393 sobre Responsabilidad Penal de la persona jurídica.

“Las personas jurídicas están frecuentemente implicadas en casos de cohecho, especialmente cuando trata de actividades comerciales. Identificar a la persona concreta que ha ejecutado la acción suele ser complicado debido al tamaño o a la estructura de la empresa”.<sup>84</sup>

Entendiendo la necesidad de incorporar en la regulación del tipo penal de corrupción entre particulares, y revisamos el proyecto de Ley que busca incorporar el delito de corrupción en el ámbito privado, apreciamos que en su mensaje original que solo menciona la corrupción entre particulares, estableciendo como posibles agentes los establecidos en el artículo 287 bis del Proyecto de Ley el Director, gerente, administrador o ejecutivo principal de una empresa o entidad que por sí o a través de otra persona , solicitare o aceptare recibir un beneficio económico en interés o provecho propio o de un tercero, para favorecer, o por haber favorecido,

---

<sup>84</sup> HUBER, Bárbara, Op. Cit., Pág. 50.

con infracción de sus deberes u obligaciones, a otro en la contratación de bienes o servicios o en las relaciones comerciales.<sup>85</sup>

Por su parte, la modificación al proyecto de original aprobada por la Cámara de Diputados, y enviada a Senado introdujo como ya se mencionó las siguientes modificaciones artículo 287 bis. El empleado o mandatario que solicitare o aceptare recibir un beneficio económico, para sí o un tercero, para favorecer o por haber favorecido en el ejercicio de sus labores la contratación con un oferente sobre otro, será sancionado con la pena de reclusión menor en sus grados medio a máximo y multa del tanto al cuádruple del beneficio solicitado o aceptado.<sup>86</sup>

Como se apreció de la sola lectura de los artículos propuestos, ninguno de ellos incorpora como agente posible de ser sancionado por el delito de corrupción entre particulares a la persona jurídica en sí. Si la corrupción entre particulares puede significar eventualmente la obtención de un beneficio para la empresa, o para alguno de los agentes que forman parte de ella, no es comprensible que al menos se considerara la sanción de este delito también para las personas jurídicas.

Por otra parte, parece aún más curioso que la sanción del delito de corrupción entre particulares, no haya sido incorporado en el proyecto de Ley impulsado por el gobierno considerando que las legislaciones que sirvieron de espejo para impulsar este Proyecto de Ley, si establecen y regulan como delito para la persona jurídica la corrupción en el ámbito privado.

---

<sup>85</sup> Boletín 10155-07, artículo 287 bis del proyecto de Ley que busca tipificar el delito de corrupción entre particulares. Pág. 7.

<sup>86</sup> Oficio número 12.592, de fecha 2 de junio de 2016 artículo 287 bis del Proyecto de Ley que tipifica el delito de corrupción entre particulares y modifica disposiciones del Código Penal relativas a delitos funcionarios. Boletines 9956-07 y N° 10155-07.

El profesor Sánchez Melgar menciona que las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho. En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas anteriormente mencionadas, hayan podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso; y todo ello, aún cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella.<sup>87</sup>

Por parte, el Código Penal Español en el artículo 288 inciso segundo incorpora a la persona jurídica en el tipo penal de Corrupción entre particulares, en dicha norma se señala: Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este capítulo, se le impondrán las siguientes penas:

En el caso de los delitos previstos en los artículos 277, 278, 279, 280, 282, 282 bis, 284 y 286 bis al 286 quater:

- a) Multa de dos a cinco años, o de triple al quíntuple del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada, cuando el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años privados de libertad.

---

<sup>87</sup> SÁNCHEZ MELGAR, Julián., Op. Cit., Pag.39.

- b) Multa de seis meses a dos años, o del tanto al duplo del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos.<sup>88</sup>

Cuando analizamos lo expuesto por los autores, y revisado el artículo 288 del Código Penal Español, no se comprende la razón por la cual, en el proyecto de modificación propuesto en Chile, no fue incorporada la persona jurídica dentro del tipo penal. Cuando el legislador busca sancionar a la persona jurídica como tal lo hace precisamente con la finalidad, de castigar conductas contrarias al derecho y que afecta negativamente al entorno cercano de la empresa, incluso a toda la sociedad. No tiene sentido, que la sociedad sea solo sancionada por algunos delitos de escasa ocurrencia o de difícil prueba en juicio.

Me parece relevante hacer hincapié al inciso primero del artículo 288 el cual establece y regula la corrupción entre particulares para la persona jurídica, pero hace una especial a una medida de publicidad de las sentencias, en inciso 1 del artículo 288 dice en los supuestos previstos en los artículos anteriores se dispondrá la publicación de la sentencia en los periódicos oficiales y, si lo solicitara el perjudicado, el juez o el tribunal podrá ordenar su reproducción total o parcial en cualquier otro medio informático, a costa del condenado.<sup>89</sup>

El efecto que provoca esta norma en las empresas, es muy potente, toda vez que la empresa puede verse expuesta a una publicidad que le provoque enormes daños no solo de imagen, sino muchas veces de posicionamiento en el mercado, lo que provoca evidentes costos económicos.

---

<sup>88</sup> ESPAÑA, Código Penal y Legislación Complementaria. Edición actualizada a 3 de noviembre de 2016, Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado BOE. Pág. 100.

<sup>89</sup> Ibid. Pág. 100

Este tipo de normas, deben ser consideradas y evaluadas en Chile para el futuro, ojalá siendo incorporadas en nuestra legislación lo que traería aparejado mayor control por parte de las empresas frente no solo a conductas de corrupción, sino también a todo otro delito que importe la responsabilidad penal de la empresa.

## CONCLUSIONES

### **Conclusiones respecto a la investigación sobre el delito de corrupción entre particulares.**

Durante el desarrollo del presente trabajo, nos hemos podido dar cuenta de que el fenómeno de la corrupción en el ámbito privado se encuentra inserta en la sociedad, provocando enormes daños y perjuicios no solo de tipo económico.

Apreciamos y analizamos, que muchas veces los actos de corrupción entre particulares ejecutados por agentes específicos son motivados por el afán de poder, y con el fin de obtener no solo réditos económicos, sino muchas veces posicionamiento en el mercado de forma fraudulenta.

A modo de conclusión, y tomando en consideración la opinión de la profesora Pilar Otero González quien señala que “Es aconsejable reconducir los casos de corrupción privada al delito de competencia desleal, y la infracción de deberes cuando pueda probarse el perjuicio patrimonial al delito de administración desleal, de lo contrario el delito de corrupción entre particulares nunca podrá ser operativo, pues siempre estará absorbido por la conducta de administración desleal”.<sup>90</sup>

Respecto a la regulación del delito de corrupción entre particulares, nos pudimos dar cuenta que, por el creciente incremento, y por la evolución de las conductas de corrupción ejecutadas, es evidente que la normativa de naturaleza administrativa, nos es suficiente para cubrir las necesidades de regulación y

---

<sup>90</sup> OTERO GONZÁLEZ, Pilar., Op. Cit., Pág. 180.



persecución de conductas de corrupción. Es por esta razón, que se hace necesario la regulación en el ámbito penal de las conductas de corrupción entre particulares.

Del análisis de algunas legislaciones europeas como la española y la alemana, se aprecia que existe un esfuerzo de dichos países por cubrir las necesidades de la sociedad y del mercado, y de esa forma cumplir los estándares y exigencias internacionales sobre la regulación de la corrupción como fenómeno ya inserto en la sociedad actual.

Por una parte, se analizó la legislación Española donde se aprecia el origen del delito de corrupción entre particulares, en la Decisión Marco 2003/ 568/ JAI, delito que fue introducido con la reforma LO 5/ 2012, siendo tipificado en el artículo 286 bis del Código Penal Español.<sup>91</sup> España reguló el delito de corrupción entre particulares con posterioridad a otros países Europeos, pero se estableció el artículo 286 bis del Código Penal, que cumple a nuestro parecer con las necesidades de regulación un delito de estas características, sobre todo por la forma en que han ido evolucionando la conductas de corrupción ejecutadas a medida que pasa el tiempo.

A mayor abundamiento, la legislación española en el artículo 288 del Código Penal Español, sanciona el delito de corrupción entre particulares determinando responsabilidad penal para la persona jurídica, esto es de suma relevancia, toda vez que parece bastante lógico que si se la legislación establece sanciones para personas naturales que actúan cometiendo acto de corrupción en el contexto de la adquisición de bienes o de servicios, es evidente que también debe ser incluida dentro de un tipo penal a la persona jurídica como tal.

---

<sup>91</sup> BOLEA BARDON, Carolina., Op. Cit., Pág. 4.

Al analizar el proyecto de Ley impulsado en Chile, se hecha de menos el haber considerado dentro de la nueva regulación de la Corrupción entre Particulares, el haber incorporado la sanción de la persona jurídica como sujeto activo del delito analizado en el presente trabajo. El no haber sido incluido ningún tipo penal que sancione a la persona jurídica, es bastante extraño considerando los hechos de connotación pública que fueron considerados al momento de dar origen al proyecto, y por otra parte tomando en consideración que nuestra legislación cuenta con la Ley 20.393, que precisamente incorpora sanciones y tipos penal para la persona jurídica.

De lo expuesto anteriormente, en nuestro país se hace necesario y urgente hacer frente a la corrupción entre particulares, partiendo de la base que la corrupción es un fenómeno que siempre ha estado presente en Chile, y que debe ser atacado de forma correcta considerando la cambios que ha experimentado nuestra sociedad en los últimos tiempos.

La idea es analizar el fenómeno considerando los enormes perjuicios que la corrupción trae al interior de las empresas, presentándose siempre como conductas ejecutadas en forma silenciosa, las cuales no son atacadas y erradicadas con la eficiencia e importancia que requiere.

En razón del gran incremento en los casos de corrupción que han salido a la luz pública en Chile, es que el gobierno impulso un proyecto de Ley de esta naturaleza, buscando tipificar precisamente conductas de corrupción en el ámbito privado, y modificar disposiciones del Código Penal asociados delitos funcionarios.

Como se aprecia en este trabajo, a nuestro parecer el proyecto presenta carencias iniciales, como por ejemplo el no considerar desde un comienzo tipificar como delito la corrupción entre particulares para la persona jurídica, algo que nos parece curioso considerando que las legislaciones que fueron tomadas como

espejo para impulsar dicho proyecto de Ley si tipifican como delito la corrupción entre particulares respecto de la persona jurídica.

Al analizar el proyecto que fue modificado por la Cámara de Diputados, en aspectos que nos parecen relevantes, como son aquellos agentes que están enmarcados dentro del tipo penal. En el proyecto original incorpora como sujetos al director, gerente, administrador o ejecutivo principal de una empresa, pero luego dicho artículo fue modificado excluyendo a los sujetos antes mencionado, siendo reemplazados por el “el empleado o mandatario”, lo que claramente reduce considerablemente el ámbito de aplicación de la norma.

En definitiva, tal como dijimos al inicio de este trabajo, el derecho debe estar siempre acorde a los avances y las exigencias de la sociedad actual, y debe adecuarse a la irrupción de situaciones nuevas que requieren ser reguladas y enfrentadas de la manera correcta.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **Fuentes bibliográficas**

1. ARGANDOÑA, Antonio. España. La Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción y su impacto sobre las empresas internacionales. IESE Business – School – Universidad de Navarra.

2. BOLEA BARDON, Carolina. (2013) El delito de corrupción privada. Barcelona España. Revista para el análisis del Derecho In Dret.
3. GARZÓN VALDÉS, Ernesto “Acerca del concepto de corrupción” /RABOTNIKOF, Nora “Corrupción política: Definiciones técnicas y sentidos sedimentos”. Poder, Derecho y Corrupción. Siglo veintiuno Editores.
4. GIL NOBAJAS, María Soledad. (2015) El delito de corrupción en los negocios (Art. 286 bis): Análisis de la responsabilidad penal del titular de la empresa, el administrador de hecho y la persona jurídica en un modelo puro de competencia. Estudios Penales y Criminológicos vol. XXXV.
5. GÓMEZ – JARA DÍEZ, Carlos. (2008) Corrupción en el sector privado ¿Competencia desleal y/o administración desleal? Revista cuatrimestral de las facultades de Derecho y Ciencias económicas y Empresariales N°74.
6. HUBER, Bárbara, Lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional. Revista Penal.
7. IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel / MEDINA ARNÁIZ, Teresa. España. Herramientas preventivas en la lucha contra la corrupción en el ámbito de la Unión Europea. Revista Penal.
8. KINDHAUSER, Urs. (2007) Alemania. Presupuestos de la corrupción punible del Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código Penal Alemán. Polic. Crim. N°3.
9. MAÑALICH, Juan Pablo. El delito de negociación incompatible: Estructura de injusto y criterios de imputación.
10. NAVARRO FRÍAS, Irene / Melero Bosch, Lourdes V. (2011) Corrupción entre Particulares y Tutela del Mercado. Barcelona España. Revista para el análisis del Derecho In Dret.
11. NIETO MARTÍN, Adán. (2013) Valencia. El derecho Penal Económico en la era Complice “La privatización en la lucha contra la corrupción” .

12. NIETO MARTÍN, Adán. La corrupción en el comercio internacional (o de cómo la americanización del derecho penal puede tener de vez en cuando algún efecto positivo).
13. OLAIZOLA NOGALES, Inés. El delito de cohecho. Tirant Monografías.
14. OLIVER, Guillermo. (2004) Aproximaciones al delito de Cohecho. Revista de Estudios de Justicia nº 5 año 2004.
15. OTERO GONZÁLEZ, Pilar. (2012-2013). Madrid España. Corrupción entre particulares. Revista en cultura de la legalidad.
16. SÁNCHEZ BERNAL, Javier. 2010. La corrupción en el sector privado: Debate en torno a su inclusión en el Código Penal. Revista Dialnet.
17. SÁNCHEZ MELGAR, Julián. La Corrupción en el Sector Privado. Revista Xurídica Galega.
18. STORTONI, Luigi. (2001). Nada personal ensayos sobre crimen organizado y sistema de justicia. Ediciones de Palma Buenos Aires.
19. VÁZQUEZ, Rodolfo. (2005). Derecho, Moral y Poder. Ensayos de Filosofía Jurídica. Editorial Porrúa México.

### **Fuentes documentales**

1. CHILE, Proyecto de Ley que tipifica el delito de corrupción entre particulares y modifica disposiciones del Código Penal relativas a delitos funcionarios. Boletín Nº 10155-07 año 2015.
2. CHILE, Cámara de Diputados. 2016. Oficio Nº 12.592 que aprueba el proyecto de ley que tipifica el delito de corrupción entre particulares relativas a delitos funcionarios.
3. ESPAÑA, Código Penal Español. Artículos 286 bis y 286 ter.
4. Versión del Código Penal alemán traducida por la profesora Claudia López Díaz es la publicada bajo el título Strafgesetzbuch, 32a., edición, Deutscher Taschenbuch Verlag, C. H. Beck, Múnich, 1998.

5. ESPAÑA, Código Penal y Legislación Complementaria. Edición actualizada a 3 de noviembre de 2016, Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado BOE.