



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE POSTGRADO

EL COHECHO Y LA LEY 20.393 SOBRE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS

TESIS PARA OPTAR AL GRADO DE MAGISTER EN DERECHO
PENAL DE LOS NEGOCIOS Y LA EMPRESA

LORETO CLAUDIA SANTIS GANGAS

Profesor Guía

Vivian Bullemore G.

Santiago, Chile 2012

INDICE

	Página
INTRODUCCION.....	1
CAPÍTULO I	
EL COHECHO.....	3
1.1.- Aspectos Generales.....	3
1.2.- Concepto de cohecho.....	7
1.3.- Clasificación.....	10
1.3.1.- Cohecho Pasivo y Activo.....	10
1.3.2.- Cohecho propio e impropio.....	11
1.3.3.- Cohecho antecedente y subsiguiente.....	11
1.4.- Naturaleza jurídica del delito de cohecho.....	12
1.5.- Bien jurídico protegido.....	12
1.6.- Delito de cohecho del funcionario público.....	15
1.6.1.- Figura básica del Cohecho de funcionario público.....	15
1.6.2.- Figura agravada del cohecho del empleado público del artículo 248 bis del Código Penal.....	23
1.6.3.- Figura agravada del delito de cohecho de funcionario Público del artículo 249 del Código Penal....	28
1.7.- Delito de cohecho de particular.....	30
1.7.1.- Figura básica del delito de cohecho de particular.....	30
1.7.2.- Figura privilegiada del delito de cohecho de particular.....	33
1.8.- Sobre el Iter Criminis de las figuras de delito de cohecho de funcionario público y particular.....	34
1.9.- Delito de cohecho a funcionario público extranjero.....	35
CAPITULO II	
LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONA JURIDICAS....	40
Introducción.....	40
2.1.- Fundamentos de la responsabilidad penal de las	42

personas jurídicas.....	
2.2.- Modelos de responsabilidad penal.....	51
2.2.1.- Sistema vicarial o de Transferencia de responsabilidad.....	52
2.2.2.- Sistema de Culpabilidad.....	54
2.2.3.- Sistemas Mixtos.....	57
2.3.- La responsabilidad penal de las personas jurídica en la doctrina chilena.....	58
2.3.1.- Dogmática Penal Nacional.....	58
2.3.2.- Legislación Nacional.....	60

CAPITULO III

LA LEY Nº 20.393 QUE ESTABLECE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y EL DELITO DE COHECHO.....	63
3.1.- Antecedentes generales de la ley 20.393.....	63
3.2.- Ámbito de aplicación de la ley.....	67
3.3.- Delitos bases que permiten sancionar la responsabilidad penal de las personas jurídica.....	69
3.4.- Sistema de atribución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas establecido en la Ley 20.393.....	72
3.5.- De los modelos de prevención del delito.....	75
3.6.- Circunstancias modificatorias.....	80
3.7.- Consecuencias jurídicas por la comisión de las figuras penales previstas y sancionadas en los artículos 250 y 251 bis del Código Penal.....	81
3.8.- Transmisión de la responsabilidad penal.....	83
3.9.- Algunas consideraciones a las reglas procedimentales establecidas en la Ley 20.393.....	84
CONCLUSIONES.....	87
BIBLIOGRAFÍA.....	94

INTRODUCCIÓN

El fenómeno de la corrupción ha sido una preocupación constante a nivel internacional, así importantes instrumentos internacionales como son La Convención Interamericana contra la Corrupción del año 1996 y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción del año 2003 establecen recomendaciones que deben cumplir los Estados miembros para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción. Chile, como Estado miembro de las Convenciones Internacionales y actual integrante de la OCDE, junto con realizar importantes reformas legales en materia de cohecho, con fecha 2 de diciembre de 2009 publicó en el Diario Oficial la Ley N° 20.393 en el cual establece un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Si bien la Ley N° 20.393 restringe la responsabilidad penal de las personas jurídicas de derecho privado y a las empresas del Estado a un catálogo cerrado de tipos penales como son el Lavado de Activos (art. 27° de la Ley N° 19.913 que crea la Unidad de Análisis Financiero), Financiamiento del Terrorismo (art. 8° de la Ley N° 18.314, sobre conductas terroristas) y Soborno o cohecho de particulares tanto a empleados nacionales (art. 250 del CP) como a funcionarios públicos extranjeros (art.251 bis CP), establece un sistema de responsabilidad en la que además de existir una conexión entre el individuo responsable y su hecho con la persona jurídica, requiere que ésta haya

contribuido al hecho por la vía de haberse organizado defectuosamente de manera tal que favorezca o no impidan la realización de un acto delictivo, no siendo responsables penalmente cuando las personas jurídicas hayan establecido modelos de organización, administración y supervisión destinados a prevenir y detectar la comisión de estos delitos.

Siendo el cohecho una de las manifestaciones más importantes de la corrupción, esta tesis tiene por propósito principal analizar la responsabilidad penal de las personas jurídicas desde la perspectiva de las figuras penales previstas en el artículo 250 y 251 bis del Código Penal, identificando y determinando, los tipos penales y las sanciones en que incurrirán las personas jurídicas cuando hayan cometido estos delitos conforme a las disposiciones de la Ley 20.393 sobre Responsabilidad de las personas jurídicas.

CAPÍTULO I

I.- “EL COHECHO”

1.1.- ASPECTOS GENERALES

El fenómeno de la corrupción ha sido durante los últimos tiempos una preocupación constante de la comunidad internacional, ésta se puede analizar desde distintos puntos de vista como económico, ético- jurídico, lingüístico, moral, psicológico, político o sociológico, por lo que es difícil encontrar un concepto unívoco. Es así como, De La Mata Barraco señala que en las distintas definiciones aparecen tres elementos esenciales que caracterizan este fenómeno como son: el abuso de una posición de poder, la consecuencia de una ventaja patrimonial a cambio de su utilización y el carácter secreto del pago¹. Otro autor preocupado de este tema es CARBAJO el que señala que la corrupción “supone una utilización desviada, desleal o perversa de potestades públicas para satisfacer intereses privados o particulares del titular de esas potestades y/o de uno o varios terceros relacionados con el mismo por cualquier relación económica o de confianza”.² En consecuencia, se podría entender que la corrupción es el abuso de una potestad pública del cual está

¹ DE LA MATA BARRACO, N. “La Respuesta a la Corrupción Pública. Tratamiento Penal de la Conducta De Los Particulares que Contribuyen a ella”, Granada, Comares, SL. 2004. pág. 4.

² CARBAJO CASCÓN, Fernando. “Corrupción Pública, Corrupción Privada y Derecho Patrimonial: Una Relación Instrumental. Uso Perverso, Prevención, Represión y Represión. En Rodríguez García, N., Caparros Edo. Fabián y Contreras Alfaro, Luis. “Prevención y Represión de la Corrupción en el Estado de Derecho”, Santiago de Chile, Lexis Nexis, 2005, pág. 171

investido un individuo para beneficiar sus intereses particulares o de un tercero en perjuicio de los intereses generales, implica un mal uso de la función pública.

Si bien la corrupción se extiende a diversos aspectos de la vida pública, donde tiene mayor interés es en el funcionamiento de la Administración Pública debido a que afecta directa o indirectamente el funcionamiento de la eficiencia de la administración³ lesionando la imagen y la confianza de los ciudadanos en el Estado. En definitiva se puede decir entonces que, la corrupción constituye una amenaza para el Estado Social y Democrático de Derecho, puesto que irrumpe el buen gobierno y la justicia social, destruye la competencia, retrasa el desarrollo económico y pone en peligro la estabilidad y moralidad de las instituciones democráticas, siendo necesario que los Estados afronten este fenómeno implementando medidas represivas y preventivas. Sin embargo, ha quedado en evidencia que las medidas adoptadas a nivel de derecho interno por los Estados han sido insuficientes, siendo necesario adoptar medidas internacionales de tipo multilaterales obligatorias que llevarán a una armonización de los derechos internos en esta materia fortaleciendo la cooperación internacional.

Entre estos instrumentos internacionales se hace mención a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, presentada ante la Conferencia Política de Alto Nivel, en Mérida, Yucatán realizado entre 9 al 11 de

³ Op. cit. pág. 173

Diciembre de 2003 entrando en vigor el 14 de diciembre de 2005 como derecho interno de los Estados partes, la Convención Interamericana contra la Corrupción adoptada el 29 de marzo de 1996 la que entró en vigor el 6 de marzo de 1997 y la Convención para combatir el Cohecho de funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, instrumentos en los cuales se han abordado con distinto énfasis medidas que deben implementar los Estados partes, para prevenir y reprimir la corrupción.

La figura central del fenómeno de corrupción es el delito de Cohecho en el marco de los delitos contra la Administración Pública. Al respecto, se dice que este delito encabeza el grupo de infracciones delictivas comúnmente denominadas de corrupción encaminadas a la obtención de un beneficio económico y articuladas en torno al elemento común de la instrumentalización del cargo con fines ajenos a los públicos⁴.

El delito de Cohecho en la legislación chilena ha sido objeto de diversas modificaciones debido a los compromisos que ha contraído Chile en las convenciones internacionales antes señaladas. Es así como consecuencia de la aprobación por el Congreso Nacional de la Convención Interamericana contra la corrupción el 22 de septiembre de 1998 , se dicta la **Ley N° 19.645** que *Modifica disposiciones del Código Penal que sanciona delitos de corrupción*, publicado en el Diario Oficial del 11 de diciembre de 1999, en la cual se

⁴ De La Mata Barraco. Op. cit, pág. 10.

introdujeron principalmente modificaciones en el título V del Libro II del Código Penal haciendo cambios en la regulación de los delitos cometidos por funcionarios públicos, en particular se tipifican distintas hipótesis del delito de cohecho activo y pasivo. Posteriormente, ratifica con fecha 18 de abril de 2001 la Convención para combatir el Cohecho de funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales suscrita por el Estado de Chile con fecha 17 de diciembre de 1997 y dicta la Ley 19.829 que implementó la Convención incorporando dos nuevos artículos en el Código Penal, artículo 250 bis A y 250 bis B, que sancionan el delito de cohecho a funcionario público extranjero y define lo que debe entenderse por éste.

Finalmente, con fecha 22 de abril de 2009, con ocasión de las recomendaciones realizadas por la OCDE para cumplir con las obligaciones impuestas por la Convención se publica la Ley 20.341 que introduce modificaciones al Código Penal en la regulación de ciertos Delitos contra la Administración Pública en la cual se aumentan las penas a algunos delitos, se consideran nuevas formas obtenidos en los delitos de cohecho tanto de funcionarios públicos nacionales como extranjeros incorporando además multas para aquellos casos en que el beneficio tengan carácter extra patrimonial y , se introducen cambios a los verbos rectores del delito de cohecho de funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, eliminando el calificativo de comerciales y sustituyendo en el artículo 250 bis “empresa de servicios públicos” por el de empresa pública.

1.2.- CONCEPTO DE COHECHO

No existe consenso entre los autores para determinar la raíz etimológica del término cohecho, si bien se remiten al latín, para algunos deriva de la voz “*Conficere*” que se considera equivalente a sobornar o corromper a un funcionario público o bien, del vocablo “*Coactar*”, como sinónimo de forzar, obligar o compeler.⁵

Según el Diccionario de la Lengua Española cohecho es la acción o sobornar a un funcionario público. Cohechar en su primera acepción significa “Sobornar, corromper con dadas al juez, a persona que intervenga en el juicio o a cualquier funcionario público, para que, contra justicia o derechos, haga o deje de hacer lo que se le pide.”⁶

En la bibliografía revisada, se pudo comprobar que en la doctrina comparada como nacional no existe un concepto unívoco de cohecho. OLIVER, en su intento de buscar una definición adecuada para el tipo penal descrito en Código Penal nacional, analiza las definiciones de distintos autores como Carrara, Anton Oneca/Rodríguez, la que desecha debido a que sólo aluden a la conducta pasiva del funcionario público como del particular. Al respecto cita a Carrara, quien señala que cohecho es la “venta que de un acto perteneciente a sus funciones y que por regla general debería ser gratuito, lo hace un

⁵ Op.cit. pág. 20

⁶ Ibid .pág. 20

funcionario público a una persona privada”⁷. Sin embargo, no es una definición aplicable a la legislación nacional debido a que pone el acento sólo en uno de los sujetos intervinientes, el funcionario, desconociendo que también puede haber cohecho únicamente con la actividad del particular. Además, para OLIVER no es necesario que exista prestación para que se consuma el delito.

Otra definición que recoge OLIVER es la de Anton Oneca/ Rodriguez siguiendo a Maggiore, quienes expresan que el cohecho es “El hecho de aceptar el funcionario público una retribución no debida, entregada o prometida en consideración a actos de su oficio”⁸, pero la definición no logra ser del todo convincente debido a que sólo alude a la conducta pasiva del funcionario público (aceptar) omitiéndose a su vez referirse a la conducta del particular, por lo demás no sólo con la aceptación se puede configurar el delito de cohecho, también posible advertir una conducta activa del funcionario, esto es, cuando solicita un beneficio económico.

Otra de las definiciones que cita OLIVER es la de Enrique Casas Barquero, que define cohecho como “la conducta, activa o pasiva, realizada por un funcionario público que, en virtud de una remuneración económica, tiende a incumplir sus deberes para con el Estado, así como la conducta, activa o pasiva, del particular que, mediante una retribución de carácter económico, trata

⁷ Citado en OLIVER C., G. “Aproximaciones al delito de Cohecho” [en línea] REJ- Revista de Estudios de la Justicia- N°5, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2004.<<http://www.derecho.uchile.cl/cej/recej/RECEJ%205/APROXIMACION%20AL%20DELITO%20DE%20COHECHO.pdf>>(consulta:7 de noviembre 2012).pág. 85

⁸ Op. cit. pag.86

de conseguir que un funcionario público quebrante el cumplimiento de los deberes que al mismo son impuestos por razón del ejercicio del cargo”⁹. A diferencia de las definiciones anteriores la definición antes citada considera todas las conductas que podrían presentar tanto el funcionario público como el particular, poniendo el acento en el incumplimiento de deberes para con el Estado por parte del funcionario público, que según OLIVER, sólo es mencionada en el artículo 248 bis de nuestro Código Penal.

Por su parte, VALEIJE define el cohechos como “un trato o pacto o un intento de llevarlo a cabo entre funcionario y particular que tiene por objeto el ejercicio de una función pública, de tal forma que la función pública en aras de ese pacto o convenio se coloca al servicio de intereses particulares que pueden entrar gravemente en colisión con los interese públicos. La esencia del delito de cohecho es desde luego individualizable en el libre convenio al que pretenden llegar funcionario y particular, convenio que tiene por objeto la venta a cambio de un precio de las facultades jurídicas o *de facto* que el cargo confiere al funcionario y se concreta por este motivo en un tráfico ilícito de la función pública.”¹⁰ Sin embargo, para OLIVER esta definición no explica la situación del cohecho subsiguiente, modalidad que no es admitida por VALEIJE, principalmente porque no está prevista en la legislación española y realizar una

⁹Ibid pág 86.

¹⁰ VALEIJE ALVAREZ, I. “Tratamiento Penal de la corrupción del funcionario: El delito de Cohecho”, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1995.pág. 47

interpretación amplia del precepto descrito en el Código Penal Español a juicio de VALEIJE, atentaría contra la certeza y seguridad jurídica.

Finalmente, OLIVER conceptualiza al cohecho como “la conducta activa o pasiva de un funcionario público destinada a recibir una retribución no debida en el ejercicio de su cargo, así como la conducta activa o pasiva de un particular destinada a dar a un funcionario público una retribución no debida en el ejercicio del cargo”¹¹.

1.3.- CLASIFICACIÓN

De acuerdo a diversos autores el cohecho puede clasificarse en:

1.3.1.- Cohecho Pasivo y Activo.-

Es la clasificación más tradicional y más utilizada por los autores, que distingue el cohecho desde la perspectiva del sujeto que realice la conducta, en la antigua legislación chilena se sancionaban sólo la conducta pasiva del funcionario público y la conducta activa del particular, es así como cohecho activo se refiere a la conducta del particular que corrompe al funcionario y cohecho pasivo alude al funcionario que se deja corromper. Sin embargo, con la modificación hecha a partir de la Ley 19.640, esta clasificación ya no es aplicable pues la actual legislación nacional tipifica conductas activas y pasivas tanto para el funcionario público como el particular. Actualmente, es más

¹¹Oliver C. Op. cit. pág. 87

apropiado distinguir entre el cohecho de funcionario público y cohecho del particular.

1.3.2.- Cohecho propio e impropio

Es una subdivisión del cohecho pasivo, el carácter propio o impropio dependerá del criterio adoptado en cada legislación. En Chile se está al carácter del funcionario o de delito ministerial del acto que se quiere obtener, en consecuencia cohecho pasivo propio es aquel en el cual el funcionario ejecuta u omite ejecutar un acto propio del cargo y cohecho pasivo impropio persigue la realización de un delito ministerial.

La terminología utilizada en esta clasificación es poco adecuada y debería abandonarse debido a la falta de criterios uniformes para distinguir entre cohecho propio e impropio. Es una terminología que se puede prestar para confusión pues sugiere que el cohecho propio es un verdadero cohecho y el impropio no lo es. Razón por la cual siguiendo con el profesor OLIVER, en lugar de utilizar esta clasificación es preferible distinguir una figura básica (artículo 248 del Código Penal) y dos figuras agravadas (artículo 248 bis y 249 del Código del mismo cuerpo legal).¹²

1.3.3.- Cohecho antecedente y subsiguiente

Cohecho antecedente alude a la situación en la que el beneficio económico se solicita, se ofrece, se acepta o consiente en dar para la ejecución

¹² Op. cit ,pág. 91

de un acto futuro por parte del empleado público. En cambio en el cohecho subsiguiente se han de incluir los casos en que el beneficio económico se solicita, ofrece, acepta o consiente en dar como recompensa por un acto ya realizado por el funcionario.

1.4.- NATURALEZA JURÍDICA DEL DELITO DE COHECHO

Tradicionalmente en Chile se sostenía que la naturaleza jurídica del delito de cohecho era bilateral en la cual era necesario que existiera un acuerdo entre el funcionario y el particular, en virtud de la cual el empleado público acepta una compensación no debida por un acto en el ejercicio de su cargo. Sin embargo, después de la modificaciones introducidas por la Ley 19.645, se afirma que la naturaleza jurídica del delito de cohecho es unilateral debido a que basta la mera solicitud del funcionario o el ofrecimiento del particular para que se configure el delito, no siendo necesario que la solicitud u ofrecimiento sean aceptados por sus destinatarios. De acuerdo ello, se desprende que hablar de delito de cohecho de funcionario público y de particular son dos delitos autónomos e independientes.

1.5.- BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

En la doctrina extranjera el debate sobre la determinación del bien jurídico protegido abarca tanto el objeto de tutela como determinar además, si el bien jurídico protegido es uno sólo para el delito de cohecho de funcionario

público y particular o se está en presencia de dos bienes jurídicos protegidos distintos.

Desde la perspectiva del objeto tutelado, se advierten diversas posiciones que intentan definir el objeto tutelado. En la doctrina española por ejemplo, se propone la Incorruptibilidad¹³ donde el interés está en que el funcionario público no incurra en corrupción, no obstante, mayor acogida tiene el concepto de integridad para definir el objeto de protección¹⁴, así Octavio Toledo señala que la integridad del funcionario interesa en la medida en que afecte el correcto desenvolvimiento de la función que le compete¹⁵. Otros en cambio precisan que el objeto tutelado está en el correcto o fiel desempeño de las funciones del cargo o en el no quebrantamiento o dejación de los deberes que le son propios y en concreto la fidelidad, lealtad y probidad¹⁶.

Sin embargo, estas posiciones son criticadas debido a que los conceptos utilizados son demasiados genéricos no permitiendo diferencias los delitos de corrupción con otros delitos en contra la administración pública. En el caso de aquellas concepciones que se basan en la infracción de deber del funcionario público, se les critica debido a que sólo se analiza desde la perspectiva de la relación entre el funcionario y la Administración, lo que resulta incompatibles con un Estado social y democrático de derecho donde el interés principal radica en la función de servicio hacia el ciudadano.

¹³ De La Mata B. Op. cit, pág. 53

¹⁴ Op cit. pág. 54.

¹⁵ Citado en De La Mata B. Ibid. pág. 54.

¹⁶ Op. cit. pág.55

Algunos autores establecen que el bien jurídico protegido es el prestigio o la dignidad del Estado, otros la pureza en el ejercicio del cargo, la confianza de los ciudadanos en el correcto funcionamiento de la Administración o el principio de imparcialidad en el ejercicio de la función pública.

Autores nacionales como OLIVER admiten que el bien jurídico del delito de cohecho tanto del funcionario público como del particular es el correcto servicio que la Administración presta a los ciudadanos. Al respecto el autor afirma “Si el cohecho consiste,..., en una conducta activa o pasiva de un funcionario público destinada a recibir una retribución no debida en el ejercicio del cargo de éste, o una conducta activa o pasiva de un particular destinada a dar a un funcionario público una retribución no debida en el ejercicio del cargo de éste, la razón para castigar esta clase de comportamientos es que impiden o dificultan que el servicio a los ciudadanos-razón de ser de la existencia de los organismos públicos y los deberes funcionarios- se preste de manera correcta.”¹⁷ Conforme al planteamiento expuesto por OLIVER, desde el punto de vista de la afectación del bien jurídico, el delito de cohecho puede ser de lesión o de peligro. Será lesión cuando se trate de un cohecho de funcionario público, debido a que si éste pide o acepta beneficios económicos por ejecutar actos propios del cargo, que de acuerdo al ordenamiento jurídico se tratan de actos cuyos derechos están establecidos en los aranceles aprobados por la autoridad o son actos que los ciudadanos no deben pagar derechos por ellos, de esta

¹⁷Op cit. Pág. 95

manera habrá impedido que sea correcto el servicio prestado por el funcionario. Por otro lado, será un delito de peligro cuando se trate del cohecho del particular porque “si el particular ofrece un beneficio económico, en caso de prestaciones gratuitas o mayores derechos de los debidos, en caso de prestaciones remuneradas, su conducta no necesariamente impedirá que el servicio se preste de manera adecuada, toda vez que no está en sus manos, sino en las del funcionario, la efectiva lesión del bien jurídico, aunque generará un peligro que así ocurra.”¹⁸

1.6.- DELITO DE COHECHO DEL FUNCIONARIO PÚBLICO

En el artículo 248, 248 bis y 249 se tipifican las figuras de cohecho sancionadas por el Código Penal chileno, en términos generales las tres figuras de cohecho cometidas por empleados públicos presentan dos modalidades, una activa y otra pasiva, y tienen una motivación económica común que es de la pedir o aceptar una contraprestación o retribución a cambio de la realización u omisión de un determinado comportamiento relativo a su ámbito de competencia.

1.6.1.- Figura básica del Cohecho de funcionario público

La figura básica se encuentra consagrada en el artículo 248 del Código Penal, en la cual se sanciona al empleado público que solicitare o aceptare recibir mayores derechos de los que le están señalados por razón de su cargo,

¹⁸ Op. cit. Pág. 96

o un beneficio económico para sí o un tercero para ejecutar o por haber ejecutado un acto propio de su cargo en razón del cual no le están señalados derechos. A continuación se analizarán los elementos de la figura básica del artículo 248.

a).- Tipicidad Objetiva

El primer verbo recto es “Solicitar”, lo que implica una actitud activa por parte del funcionario público. De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española solicitar significa en su primera acepción “Pretender, pedir o buscar algo con diligencia y cuidado” o su cuarta acepción “Pedir algo de manera respetuosa, o rellenando una solicitud o instancia.”, por lo que la acción típica exige que se pretenda o se pida para obtener algo.

El comportamiento típico sólo exige que la solicitud llegue a conocimiento del sujeto, no importa de qué forma esto se hace y en qué modo sea formulada, lo importante es que la solicitud sea realizada por un funcionario público en forma escrita, oral, en forma expresa o tácita incluso en forma figurativa; lo esencial es que el medio adoptado sea idóneo para hacer llegar el contenido al particular. VALEIJE agrega que la solicitud debe ser cierta, concreta, dirigida a una persona cierta y determinada la cual reúna todas las cualidades suficientes para que en caso de aceptar pueda ser capaz de desempeñar el papel de sujeto activo en la figura de cohecho del particular¹⁹. Asimismo, exige que el destinatario deba ser persona física determinada y ha de tener capacidad de

¹⁹ Valeije A. Op cit. pág. 97

acción, excluyendo desde este punto de vista a las personas jurídicas. En consecuencia, en este supuesto el particular es un mero destinatario de la solicitud siendo indiferente que el particular sea o no corrupto, debido a que “la acción conminada se circunscribe en la mera solicitud del funcionario”²⁰.

El segundo verbo rector es “aceptar” que conforme al Diccionario de la Real Academia Española significa en su segunda acepción “Aprobar, dar por bueno, acceder a algo”, al igual que la solicitud no es necesario que la aceptación sea de manera expresa, bastando cualquier comportamiento que revele inequívocamente la manifestación de voluntad en el sentido de consentir²¹. Aceptar indica una actitud pasiva del funcionario público frente a las prestaciones del particular. Al respecto VALEIJE infiere que la conducta típica del funcionario lleva implícita la conducta típica del particular, para esta autora el cohecho es un pacto o convenio entre funcionario y el particular, prosigue señalando que para que exista aceptación típica es necesario que junto con el comportamiento material que representa la exteriorización de la voluntad debe existir un elemento psicológico que permita establecer una relación entre el aceptar del funcionario con el ofrecimiento del particular, esto es, el funcionario debe reconocer una declaración de voluntad que le asegure una ventaja económica como contraprestación de un acto contrario al ejercicio del cargo²².

²⁰ POLAINO NAVARRETE, M. “Delitos contra la Administración Pública (V) cohecho”. *En* Curso de Derecho penal, parte especial II, dirigido por Manuel Cobo del Rosal, Madrid, Marcial Pons, 2007.pág. 365.

²¹ Oliver C. Op. cit. pág. 96

²² Op. cit. pág.122 y 123

El delito del artículo 248 del Código Penal se consume con el solo hecho de manifestar la voluntad ya sea solicitando o aceptando por parte del funcionario público, no siendo necesario la materialización efectiva de lo pedido a través de la solicitud ni que sea cumplida la oferta que aceptó el funcionario público. En consecuencia, desde el punto de vista de los verbos rectores “Solicitar” o “Aceptar” el delito de cohecho del funcionario público se configura como un delito de mera actividad, pues se satisface con un único comportamiento, esto es, una manifestación externa de voluntad, sin que sea necesario que además se produzcan ciertas consecuencias externas separables ontológica y cronológicamente de ellas.²³

b) Objeto material del delito

Del artículo 248 del Código Penal se desprende que el objeto material del delito, esto es aquella sobre la cual recae o versa la conducta típica del funcionario público debe tratarse de “mayores derechos de los que le están señalados por razón de su cargo, o un beneficio económico”. VAILEIJE señala que aunque los tipos penales no mencionan el rol que desempeña la retribución o remuneración ésta no puede desaparecer del delito de cohecho.

Según OLIVE, en la primera hipótesis referidos a aquellos funcionarios que solicitan o aceptan recibir “mayores derechos de los que están señaladas en razón de su cargo”, debemos incluir a aquellos funcionarios públicos que normalmente cobran derechos por sus actuaciones como los conservadores,

²³ Op. cit pág. 94

archiveros, receptores entre otros, incurriendo en delito de cohecho cuando solicitan o aceptan sumas superiores a las establecidas en sus respectivos aranceles. En la segunda hipótesis se incluye a aquellos funcionarios que no se encuentran facultados para cobrar dinero al público por el ejercicio de su cargo, pero solicitan o aceptan un beneficio económico. En esta situación, OLIVER distingue entre aquellos funcionarios que nunca pueden cobrar al público y aquellos que estando facultados para hacerlo, que en ciertos casos se les prohíbe hacerlo, como son aquellos funcionarios públicos que prestan servicios a quienes gozan del privilegio de pobreza.²⁴

En la doctrina comparada se discute sobre la naturaleza de esta retribución o ventaja que obtiene el funcionario. Por ejemplo en España, desde el punto de vista de la naturaleza cuantitativa se distinguen dos posturas, unos sostienen un criterio material objetivo por medio del cual defienden la naturaleza pecuniaria o patrimonial del soborno, esto es si no existe una ventaja económica valuable no puede haber delito de cohecho y, la segunda postura es un criterio inmaterial subjetivo en virtud del cual no es necesario que la ventaja sea de naturaleza patrimonial, el contenido puede ser todo aquello que represente una ventaja o una utilidad para el funcionario, tenga o no naturaleza patrimonial.

En Chile, quizás el tema pudo ser debatido antes de las modificaciones introducidas por la Ley 19.645, pues al igual que en la legislación española se

²⁴ Op. cit.: Pág.97-98

utilizaba la palabra de dádiva y promesa, pero actualmente la legislación habla de “Beneficio Económico”, por lo que deja claro que nuestra legislación adopta un criterio material objetivo, en que el contenido de la retribución o recompensa debe ser de carácter patrimonial, sin embargo, no es imprescindible que sea avaluable en una suma de dinero.

En relación a la naturaleza cualitativa de esta retribución, en la doctrina comparada, particularmente española, se distinguen tres posturas. En primer lugar, se encuentran aquellos que mantienen un criterio tradicional mediante al cual la cuantía del beneficio económico es irrelevante. Señalan que la ley no fija criterios válidos en orden a calcular el monto o valor a que debe asumir el beneficio económico que excluya el cohecho en los casos que es muy exigua la cantidad solicitada o aceptada.

En segundo lugar, otros sostienen que debe aplicarse un criterio de proporcionalidad, esto es, que el beneficio económico debe ser proporcional al acto a cumplir por el funcionario público. Los que defienden este criterio sostienen que la ventaja económica tendrá relevancia típica cuando su cuantía o valor sea proporcional a la importancia de la actividad desempeñada por el funcionario, en consecuencia se excluye el delito de cohecho en las hipótesis de pequeños donativos.

Una variante del criterio de proporcionalidad es el criterio de la causalidad adecuada, quienes efectúan dos objeciones al criterio de proporcionalidad. Al respecto VALEIJE cita a SEGREDO Y DE LUCA quien

señala que es irrelevante la exigencia de proporcionalidad en el cohecho pasivo propio, ya que se entiende adecuado al acto cualquier cantidad solicitada o aceptada por el funcionario por cumplir un acto, puesto que es el mismo quien valora su importancia. El cohecho del particular, por el contrario, en la medida que la propuesta corrupta provenga del particular habrá que tener en cuenta su entidad, a fin de valorar bien el riesgo que puede ser aceptado por el funcionario o bien el hecho de que pueda motivar su comportamiento. Asimismo VALEIJE cita a ALTAVILLA quien señala que una eventual situación de penuria del funcionario podría falsear la aplicación del criterio de proporcionalidad, para este autor el criterio de causalidad adecuada atiende a la concreta situación del funcionario. Conforme a este criterio el beneficio económico adecuado es aquella que de acuerdo a la experiencia es adecuada, para producir el resultado típico, esto es la aceptación del funcionario.²⁵

Finalmente, el tercer criterio es el de la adecuación social, que aplica la fórmula de H. Welzel llamada “Teoría de la adecuación social”²⁶. Teoría que parte de la idea de que los tipos penales hacen referencias a aspectos patológicos de la vida social, de modo que las acciones socialmente adecuadas, es decir, aquellas que entran por completo dentro del marco del orden colectivo que han llegado a ser normal en un momento histórico determinado, no pueden ser consideradas típicas, aun cuando formalmente pudieran ser incluidas en las descripciones legales y su ejecución revista un

²⁵ Citado en Valeije A. Op. cit.pág.139

²⁶ Op cit. pág. 142

peligro para el bien jurídico²⁷. Estas acciones se valoran caso a caso, atendiendo a cada campo de actividad. Un ejemplo son los regalos de cortesía o que persiguen ciertos fines de publicidad, gratificaciones a determinados funcionarios en épocas festivas, la entrega de estas gratificaciones no revisten la naturaleza de soborno. En Chile, los que sostienen este criterio citan el artículo 62 N°5 de la Ley 18.575 Orgánica Constitucional sobre Base Generales de la Administración para justificar la inexistencia del delito de cohecho, cuando el funcionario recibe por ejemplo regalos de navidad, ellos se realizan por haber ejecutado los actos propios del cargo durante todo un año que termina y para que lo siga ejecutando el año siguiente.

Ahora bien, la ley establece que la remuneración o retribución que solicita o acepta el empleado público tiene por fin ejecutar o haber ejecutado un acto propio del cargo. Este último -actos propios del cargo- es un elemento objetivo del tipo de injusto y que debe entenderse en un sentido amplio, comprendiendo no sólo los actos administrativos sino las atribuciones y competencias específicas del funcionario público, es decir, hay cohecho cuando el acto está dentro de las tareas que legítimamente le pueden ser encomendadas al funcionario por sus superiores, cuando el acto pertenece evidentemente a la competencia de la oficina donde el funcionario desarrolla sus tareas.

c).- Tipicidad subjetiva

²⁷ Ibid. pág. 142

El artículo 248 del Código Penal se pone en el caso, que el beneficio económico que solicita o acepta el funcionario sea para la realización futura de un acto o como recompensa por una acción ya realizada.

A diferencias de algunas legislaciones comparadas, como la española, en Chile se distingue entre el cohecho antecedente y subsiguiente, este último consisten en solicitar o aceptar recibir un beneficio económico por un acto ejecutado en el pasado. Ello revela una importante exigencia a nivel de tipicidad subjetiva, cual es, que debe concurrir Dolo Directo en el sujeto activo, no es compatible con el dolo eventual.²⁸ A través, de la locución “para ejecutar o haber ejecutado” se pone en evidencia, la exigencia de un elemento subjetivo del tipo que es el dolo directo, cuya presencia “es el presupuesto de la expresa finalidad económica que inspira la conducta del sujeto que llega a cometer, en el ámbito del ejercicio del cargo, un comportamiento constitutivo de delito para lograr un provecho propio o de un tercero”.²⁹

1.6.2.- Figura agravada del cohecho del empleado público del artículo 248 bis del Código Penal

El Art. 248 bis del Código Penal sanciona al empleado público que solicitare o aceptare recibir un beneficio económico para sí o un tercero para

²⁸COLLAO R. I. y OSSANDÓN W. M. 2008 “Delitos contra la función pública”. 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile Delitos contra la función pública, pag.336

²⁹ Polaino N. Op. cit. pág. 380.

omitir o por haber omitido un acto debido propio de su cargo, o para ejecutar o por haber ejecutado un acto con infracción a los deberes de su cargo.

a) Tipicidad Objetiva

Lo comentado respecto a las conductas típicas, el beneficio económico y acto propio del cargo son las mismas consideraciones realizadas en párrafos anteriores con respecto a la figura básica del delito de cohecho del funcionario público del artículo 248 del Código Penal , sin embargo, es importante precisar que la disposición no hace distinción entre empleados públicos que solicitan o aceptan recibir mayores derechos que los establecidos en razón de su cargo y aquellos que solicitan o aceptan beneficios económicos no estando facultados para cobrar, por lo que la disposición se aplica en ambos casos.

En relación al beneficio económico en esta figura no es posible aplicar el criterio de la adecuación social para excluir comportamientos que a pesar de cumplir con el tipo penal la propia sociedad tolera o estima adecuados, ello debido a que lo impide la finalidad que debe tener la solicitud o aceptación del beneficio económico. Al respecto, OLIVER indica “como se exige que este beneficio se solicite o acepte para omitir o haber omitido un acto debido propio del cargo del funcionario, o para ejecutar o haber ejecutado un acto con infracción a los deberes de su cargo, no resulta posible invocar un criterio de adecuación social para excluir conductas que quepan dentro de su tenor

literal”³⁰, para explicar esta situación el autor continua “ si bien la sociedad puede considerar adecuada o tolerar, en ciertas circunstancias, que los particulares entreguen a los funcionarios beneficios porque han cumplido su deber o para que lo cumplan, no resulta aceptable para la misma sociedad que esos beneficios se entreguen porque los empleados no han cumplido su deber o para que dejen de cumplirlo”³¹.

Las sanciones prevista en esta figura son superiores a las contempladas en el artículo 248, ello debido a que en la figura del artículo 248 bis el empleado público pretende obtener una ventaja económica dejando de cumplir con su deber, lo que resulta ser para el legislador, una conducta más grave que la del empleado público que solicita o acepta un beneficio económico para ejecutar un acto propio del cargo.

Desde el punto de vista de la tipicidad subjetiva al igual que la figura básica debe concurrir dolo directo del sujeto activo, ello se desprende de la frase “... *para omitir o por haber omitido un acto debido propio de su cargo, o para ejecutar o por haber ejecutado un acto con infracción a los deberes de su cargo*”, pues como acertadamente indica el profesor OLIVER “sólo quien actúa

³⁰ Oliver C. Op. cit. pág. 102

³¹ Ibid. pág. 102

con dolo directo se puede decir que solicita o acepta algo para omitir un acto debido o por haberlo omitido”.³²

Ahora bien, en la doctrina nacional se ha planteado el problema de cómo sancionar el caso en el cual la omisión que se pretende que incurra el empleado, a cambio de beneficio económico constituirá a su vez, un delito funcionario. Conforme lo expuesto por OLIVER es necesario realizar la siguiente distinción:

1º Si se trata de un delito funcionario de aquellos previsto en el párrafo 4º del Título III o en el Título V del Libro II del Código Penal, se producirá un concurso aparente de leyes penales entre el artículo 248 bis y el artículo 249, concurso que por aplicación del principio de subsidiariedad, se resolverá a favor del art. 249. Sin embargo, OLIVER advierte que en esta hipótesis el concurso sólo se presentaría si el empleado solicita o acepta el beneficio económico para incurrir en la omisión y no si se hace por haber incurrido en ella³³, debido a que el artículo 249 sólo alude a solicitar o aceptar el beneficio económico para cometer algunos de los delitos ministeriales sin hacer referencia a los casos en que se pida o acepte por haberlo omitido.

2º.-Delitos funcionarios distintos a los señalados en el artículo 249 del Código Penal. No habría ningún concurso y sería aplicable el artículo 248 bis.

³² Ibid. pág. 102

³³ Ibid. pág. 102

Otro aspecto a analizar del artículo 248 bis es la frase “con infracción a los deberes de su cargo”. Al respecto, se entenderá que el funcionario comete infracción a su deber cuando contraviene las disposiciones que regulan el desarrollo de sus funciones propias del cargo o del servicio al que pertenece, las que pueden estar contenidas en la ley, reglamentos, instrucciones u oficios circulares, entre otras. Para el profesor OLIVER, también existe una contravención “cuando lo realiza dentro su actividad discrecional, e importa una desviación o un exceso del poder que le ha conferido”.³⁴

El inciso 2º del artículo 248 bis aplica una sanción mayor que la contemplada en el inciso 1º de este artículo, si la infracción al deber del cargo consistiere en ejercer influencia en otro empleado público con el fin de obtener de éste una decisión que pueda generar un provecho para un tercero interesado.

De la lectura del inciso primero se podría sostener que el legislador contempla como forma de comisión un tráfico de influencias, delito tipificado en el artículo 240 bis. Sin embargo, del análisis de ambas disposiciones se puede inferir que el delito de cohecho descrito en el inciso 2º del artículo 248 bis alude a cualquier tercero que pueda aprovecharse de la decisión administrativa en la cual ejerció influencias el empleado público. En cambio, en el delito de tráfico de influencias se exige que la persona beneficiada con la decisión obtenida bajo influencia sean específicamente el mismo empleador público que ejerció su

³⁴ Op. cit. pág. 104

influencia, su conyugue, parientes o determinados terceros, descritos en el inciso tercero y final del artículo 240 del Código Penal, por lo que según OLIVER no existe total coincidencia entre esta modalidad de cohecho y el tráfico de influencias.³⁵

Ahora bien, el Diccionario de la Real Academia Española define “influir” como “ejercer predominio o fuerza moral” (segunda acepción), e “influencia” significa “poder, valimiento, autoridad de alguien para con otro u otras personas o para intervenir en un negocio” (segunda acepción). En consecuencia, para estar en la situación descrita en el inciso 2º del artículo 248 bis, el funcionario que comete esta modalidad de cohecho debe estar en una situación de superioridad jerárquica, para influir a un empleador público de inferior jerarquía que tiene a su cargo adoptar una decisión sobre determinado acto administrativo. Es decir, quien ejerce la influencia debe abusar de una situación de prevalimiento³⁶.

1.6.3.- Figura agravada del delito de cohecho de funcionario público del artículo 249 del Código Penal

Este artículo sanciona al empleado público que solicita o acepta recibir un beneficio económico para sí o para un tercero para cometer alguno de los

³⁵ Ibid, pág. 104

³⁶ Ibid. pág. 104

crímenes o simples delitos expresados en este Título, o en el párrafo 4 del Título III. Lo anterior se entiende sin perjuicio a la pena aplicable al delito cometido por el empleado público, la que no será inferior, en todo caso, a reclusión menor en su grado medio.

No obstante las consideraciones hechas en cuanto a los verbos rectores y el beneficio económico, son las mismas realizadas para la figura básica del delito de cohecho del funcionario público del artículo 248, es necesario hacer presente que en materia de beneficio económico, según OLIVER tampoco se puede aplicar el criterio de la adecuación social para excluir conductas que cumplan con la situación descrita en el artículo 249, pues no es aceptable para la sociedad que se otorguen ventajas económicas a los funcionarios para que cometan delitos en el ejercicio de sus cargos.

El profesor OLIVER señala que el legislador no incluyó en esta figura típica las situaciones en que el empleado público pida o acepte el beneficio por haberlo cometido, no obstante de la gravedad de la conducta, resultaría impune por atípica, al no estar contempladas en el artículo 249, salvo señala “ que pueda considerarse que, al haberse cometido el delito funcionario de que se trate, se ha ejecutado un acto con infracción a los deberes del cargo que el empleador detenta, siendo entonces aplicable el artículo 248 bis”³⁷.

Ahora bien, si el delito funcionario expresados en este Título, o en el párrafo 4 del Título III no llegan a consumarse, se sancionará sólo el delito de

³⁷ Oliver C. Op. cit. pág. 105

cohecho conforme a la pena establecida en el inciso primero del artículo 249, si se consuman estos delitos funcionarios se produce un concurso material de delitos, para lo cual el legislador ha contemplado una regla especial de punición en el propio cuerpo legal “sin perjuicio a la pena aplicable al delito cometido por el empleado público”. Pero, qué sucede en los casos que el funcionario cometa delitos ministeriales distintos a los señalados en el artículo 249. Al respecto algunos autores³⁸ consideran que si el funcionario solicita o acepta un beneficio económico con finalidad de cometer un delito ministerial omitiendo un acto debido propio del cargo o ejecutando un acto con infracción a los deberes del cargo, se configuraría el tipo agravado del artículo 248 bis, la posterior concreción del delito ministerial daría lugar a un concurso materia de delitos (entre el cohecho del artículo 248 bis y el delito ministerial) que se soluciona aplicando las reglas generales. En cambio en los demás casos, la solicitud o aceptación del beneficio económico no originaría todavía responsabilidad penal, porque no cabría el tipo agravado

1.7.- DELITO DE COHECHO DE PARTICULAR.-

1.7.1.- Figura básica del delito de cohecho de particular

El artículo 250 sanciona al que ofreciere o consintiere en dar a un empleado público un beneficio económico, en provecho de éste o de un tercero,

³⁸ Collao y Ossandón. Op. cit. pág: 346-347.

para que realice las acciones o incurra en las omisiones señaladas en los artículos 248, 248 bis y 249, o por haberla realizado o haber incurrido en ellas.

Los verbos rectores son *ofrecer* y *consentir en dar*, tal como sucede en la figura típica del delito de cohecho de funcionario público, en estas figuras también se advierte una modalidad activa, es decir, ofrecer un beneficio económico y otra pasiva consistente en, consentir en dar un beneficio económico. Según el Diccionario de la Lengua Española ofrecer significa “Comprometerse a dar, hacer o decir algo.”(1ª acepción); “Presentar y dar voluntariamente algo” (2ª acepción). Para que el ofrecimiento sea típico se exige que se realice cualquier conducta que revele inequívocamente la proposición económica que el particular le hace al empleado no importando de qué forma y modo se manifiesta esta conducta, expresa, tácita, formal o de forma figurativa. En cuanto al segundo verbo rector “Consentir en dar”, según el Diccionario de la Lengua Española consentir significa “Permitir algo o condescender en que se haga” (1ª acepción), “Otorgar, obligarse” (4ª acepción), bastando en consecuencia que el particular realice cualquier conducta por la cual manifieste su voluntad de entregar lo pedido por el empleado público, no siendo necesario que se consienta de manera expresa ni que el particular entregue el beneficio para que su conducta se estime típica.

En relación al beneficio económico, actualmente en virtud de la modificación que hizo la Ley 19.820, se castiga al particular que ofrece o consiente en dar un beneficio económico en provecho del empleado público o

un tercero, para que realice las acciones o incurra en las omisiones previstas en el artículo 248, 248 bis y 249. En consecuencia, “el tipo de cohecho del particular contiene una exigencia subjetiva, cual es que debe concurrir dolo directa en el sujeto activo.”³⁹

Para algunos autores, la redacción del artículo 250 permite sostener que contiene una grave infracción al principio de proporcionalidad, específicamente a la falta de armonía que existe entre la pena aplicable al particular que ofrece o consiente en dar un beneficio económico para que cometa algunos de los delitos señalados en el artículo 249 y la pena aplicable al funcionario público que solicita o acepta recibir beneficio económico para cometer algunos delitos sin que en definitiva se consuman. Es así, como el inciso primero del artículo 250 sanciona al particular con pena de multa e inhabilitación y además con penas privativas de libertad (inciso 3º artículo 250). Sin embargo, conforme lo tipificado en el artículo sólo se impondrá al empleado público penas privativas de libertad cuando comete el delito ministerial señalado en el artículo 249, lo que se busca con la solicitud o aceptación. Esta proporcionalidad no resulta aceptable para el profesor OLIVER, pues el mayor desvalor de la conducta es del empleado público y no del particular. Asimismo, para él desde la afectación del bien jurídico, el cohecho del funcionario público es un delito de lesión o daño, que afecta el correcto servicio que la Administración debe prestar a los ciudadanos, por lo que desde el punto de

³⁹ Oliver C. Op. cit. pág.109

vista de la proporcionalidad y la lesividad debería conducir a que la pena del empleado público debe ser más severa que la aplicable al particular. Razón por la cual la interpretación del inciso 3º del artículo 250 debe ser restrictiva, aplicable sólo cuando el funcionario efectivamente cometa el delito ministerial de que se trate.

1.7.2.- Figura privilegiada del delito de cohecho de particular

El artículo 250 bis del Código Penal establece sólo una pena de multa cuando el particular ofreciere o consintiera en dar un beneficio económico en provecho del empleado público o un tercero cuando tuviere por objeto realizar o incurrir en alguna omisión de las señaladas en los artículo 248 y 248 bis, que medie en causa criminal a favor del procesado, y que sea cometido por su cónyuge o por otros parientes.

El fundamento de la atenuación se encuentra en el concepto normativo de culpabilidad, y la exigibilidad de otra conducta, es decir, en los casos del artículo 250 bis el legislador estima menos exigible el comportamiento adecuado a Derecho atendido al lazo que une al autor con el sobornante.

Según la posición de otros autores como OLIVER, la norma del artículo 250bis no se funda en la exigibilidad de otra conducta, sino en consideraciones Políticas Criminales que buscan proteger la institución de la familia. Por lo que afirma que la disposición constituye una semi-excusa legal absolutoria o más

precisamente una excusa legal atenuatoria que dice relación con la punibilidad. Al respecto señala que el legislador no alude de modo expreso a consideraciones de efectividad u otras análogas que deban unir al sobornante con la persona favorecida en su conducta.

El sostener una u otra posición produce importantes efectos. Por ejemplo en el error acerca de la concurrencia de la relación de parentesco, si se afirma que el artículo contiene una semi excusa legal, en caso de concurrir el nexo exigido, se aplicara el artículo 250 bis aunque el sujeto activo desconozca la existencia del vínculo de parentesco. En cambio, si el fundamento se ubica dentro de la culpabilidad al que ignora el vínculo se aplicará la norma del artículo 250 y no el artículo 250 bis⁴⁰.

1.8.- SOBRE EL ITER CRIMINIS DE LAS FIGURAS DE DELITO DE COHECHO DE FUNCIONARIO PÚBLICO Y PARTICULAR

El delito de cohecho es un delito de mera actividad, se perfecciona con la realización de una conducta, sin exigir para su consumación que se produzca un resultado material unido por la relación de causalidad e imputación objetiva en su comportamiento, para su consumación basta la sola solicitud o aceptación del funcionario público o el ofrecimiento o el consentimiento del particular.

⁴⁰ Collao y Ossandón. Op. cit. pág. 352

En relación a las figuras básicas y agravadas del delito de cohecho del funcionario público se consume en el lugar y momento en que el funcionario solicita o acepta recibir el beneficio económico. En igual situación sucede con el particular que ofrece o consiente en dar un beneficio económico, por lo que en estas figuras no se admiten formas imperfectas, como el delito en grado de frustrado.

Sin embargo, algunos reconocen en la modalidad de “solicitar”, la posibilidad de apreciar un delito de cohecho del funcionario público en grado de tentativa, para lo cual es necesario fragmentar en dos fases este comportamiento típico. 1º Emisión de la declaración de voluntad y 2º Recepción de esa declaración. En todos aquellos casos en que, pese haberse ejecutado todo los actos idóneos dirigidos de un modo inequívoco a que el particular tenga conocimiento de la oferta, ésta no ha llegado a su destino cabe la posibilidad de tentativa⁴¹. Pero, es necesario analizar caso a caso, si la tentativa de cohecho presenta un desvalor tal que justifique un castigo o el grado de lesividad que afecte notoriamente el bien jurídico.

1.9.- DELITO DE COHECHO A FUNCIONARIO PÚBLICO EXTRANJERO

Con el fin de cumplir con las obligaciones contraídas por Chile como adherente a la Convención para Combatir el Cohecho de funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, la Ley 19.829

⁴¹ Valeije Op. cit. pág. 98

publicada en el Diario Oficial con fecha 8 de Octubre de 2002, incorporó dos nuevos artículos referidos al delito de cohecho a funcionario público extranjero (artículo 250 bis A y 250 bis B). Posteriormente, producto de las observaciones que se realizaron a Chile por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), en el marco de la evaluación de la implementación de la citada convención por Ley 20.341 de 22 de abril de 2009, los referidos artículos fueron objeto de modificaciones estableciendo un nuevo párrafo 9º sobre el cohecho de funcionario público extranjero que contempla los artículos 251 bis y 251 ter.

La esencia de esta figura es sancionar al particular que realiza una inversión en el extranjero o que participa en una licitación internacional y que está dispuesto a entregar un beneficio económico o retribución para efectos de obtener o mantener un contrato anterior o bien asegurarse cualquier negocio o para obtener una ventaja indebida, en el contexto de una transacción internacional.

En consecuencia es una norma que sólo se refiere al sobornante su persecución se encuentra entregada a la jurisdicción del Estado al cual pertenece el particular generando un caso de extraterritorialidad de la ley pues la negociación sucedió en otro país. Por su parte, la sanción del funcionario público extranjero quedará entregada a la jurisdicción del Estado de su nacionalidad.

A diferencia de las figuras de cohecho cometido por funcionario público y particular, el bien jurídico protegido tiene un marcado enfoque socioeconómico, puesto que el objeto de la tutela es “la libre e igualitaria competencia económica en el ámbito de las transacciones internacionales o en otras palabras el normal desarrollo de las relaciones económica internacionales”⁴² Bien jurídico que se desprende de los fundamentos de la Convención de la OCDE, al indicar que el cohecho se ha difundido a las transacciones comerciales internacionales y la inversiones, afectando el buen gobierno de los países y en especial el desarrollo económico distorsionando las condiciones competitivas internacionales.

El artículo 251 bis del Código Penal castiga a el que ofreciere, prometiére o diere a un funcionario público extranjero, un beneficio económico o de otra naturaleza, en provecho de éste o de un tercero, para que realice una acción o incurra en una omisión con miras a la obtención o mantención, para sí u otro, de cualquier negocio o ventaja indebidos en el ámbito de cualesquiera transacciones internacionales.

En relación al sujeto activo, el Código utiliza la expresión “El que...”, por lo que puede tratarse de cualquier persona sea particular o funcionario público nacional, lo importante es que esta persona esté interesada en un negocio internacional o cualquier transacción internacional.

⁴² FERNÁNDEZ ARACENA, H. “Análisis del delito de cohecho trasnacional”. Revista Jurídica del Ministerio Público, Santiago, Nº 45, 2010. pág. 63.

El sujeto pasivo es el funcionario público extranjero, el artículo 251 ter establece que se considera funcionario público extranjero a toda persona que tenga un cargo legislativo, administrativo o judicial en un país extranjero, haya sido nombrada o elegido, así como cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, sea dentro de un organismo público o de una empresa pública. También se entenderá que inviste la referida calidad cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional. Es decir, el texto legal utiliza un concepto amplio en la cual se considera una serie de autoridades pertenecientes a los poderes del Estado, siendo relevante que desempeñen una función pública en el extranjero, incluyendo no solo entidades estatales sino también otras de distinta naturaleza como las organizaciones públicas internacionales.

Los verbos rectores son tres ofrecer, prometer y dar. Como anteriormente se señaló al describir la figura típica del delito de cohecho del particular ofrecer significa, según el Diccionario de la Real Lengua Española “Comprometerse a dar, hacer o decir algo.”(1ª acepción); “Presentar y dar voluntariamente algo” (2ª acepción). Por su parte, Promete significa “Obligarse a hacer, decir o dar algo”. Razón por la cual la conducta típica está constituida por un compromiso u obligación de entregar un beneficio futuro económico o inmaterial a cambio de que el funcionario público extranjero realice una acción o incurra en una omisión, por lo que es necesario que el particular manifieste inequívocamente su voluntad de ofrece o prometer de cualquier manera,

expresa, tácita o de forma figurativa. Y finalmente respecto del verbo rector “dar”, el Grupo de la OCDE hizo hincapié que la legislación debía incorporar este acto típico en aquellos casos que el funcionario público extranjero solicita o recibe concretamente un beneficio, sin que haya operado una oferta previa. Lo importante es que se entregue un beneficio económico o de otra naturaleza, pues el tipo penal no requiere una forma de entrega determinada pudiendo ser directo, indirecto, explícito o implícito.

Otro aspecto modificado por la Ley 20.341 dice relación con el retribución o remuneración que se ofrece, promete o entrega al funcionario público extranjero, pues a diferencia de lo que sucede con las figuras de cohecho de empleado público y particular, descritas en párrafos anterior, el beneficio puede ser todo aquello que represente una ventaja o una utilidad para el funcionario público extranjero, tenga o no naturaleza patrimonial. Estableciendo sólo penas pecuniarias para el caso que el beneficio sea, como expresa el Código de “otra naturaleza” o no patrimonial.

Importante en esta figura es considerar que la acción típica se haga con el propósito de obtener o mantener, para el particular u otro tercero, “cualquier negocio o ventaja indebida...”, por lo que constituye una exigencia subjetiva, siendo necesario para la realización típica sólo dolo directo.

Al igual que las figuras de delito de cohecho del funcionario público y particular, el cohecho a funcionario público extranjero es un delito de mera actividad, a excepción del verbo dar, el tipo no exige ningún resultado material

espacio-temporalmente, siendo un delito de carácter formal debido a que queda excluida su punición a título de frustración.

CAPITULO II

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONA JURIDICAS

INTRODUCCIÓN

La empresa ha tenido un papel preponderante en el desarrollo de la sociedad moderna adquiriendo, una posición fundamental como agente social y económico. En la actualidad la figura de la empresa individual ha quedado desplazada por una agrupación de personas organizadas bajo la forma de una

persona jurídica, caracterizada principalmente por presentar una estructura organizativa compleja, en la cual mientras mayor sea el grado de ganancia económico y financiera mayor será el anonimato de las personas que integran esta agrupación.

Este cambio de estructura ha favorecido la aparición de nuevas formas de delincuencia, específicamente, en el área de la economía, es así como a través de los medios de comunicación tenemos conocimiento de grandes escándalos financieros, en las que se encuentran involucradas grandes empresas que desarrollando su actividad empresarial infringiendo ley o por medio de conductas corruptas intentaron optimizar sus ganancias o esconder sus pérdidas incidiendo nocivamente en los sistemas económicos y financieros del país y de la economía mundial. Hoy la persona jurídica se ha convertido en la principal fuente de peligro de bienes jurídicos que tanto el Derecho Administrativo Sancionador como el Derecho Penal económico intentan proteger.

En el campo del Derecho Penal Económico, resulta de especial importancia la criminalidad de la empresa, noción elaborada por SCHÜNEMANN, en la cual se agrupan todos los delitos económicos que se cometen a partir de una empresa o a través de entidades colectivas y en la cual se lesionan bienes jurídicos e intereses externos, incluidos los bienes jurídicos e

intereses propios de los colaboradores de la empresa⁴³, lo que ha acaparado la atención de la doctrina debido a que bajo este concepto se tratan entre otros problemas, el de la responsabilidad penal de las personas jurídicas específicamente en relación a la imputación jurídico penal de un hecho delictivo cometido en el ámbito de la empresa.

Antes de analizar el tratamiento jurídico del delito de cohecho a funcionario público nacional e internacional en la Ley 20.393 sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas, será imprescindible conocer las actuales discusiones que existen en la dogmática penal sobre este tema, el que será objeto de estudio en el presente capítulo.

2.1.- FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

El problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la posibilidad de imponerles sanciones de carácter penal, es un tema de permanente discusión en la dogmática penal. Por una necesidad Político-Criminal se requiere extender el campo de acción del Derecho Penal hasta las personas jurídicas, sin embargo, en la dogmática penal los intentos por fundamentar la responsabilidad penal de éstas han sido infructuosos debido a que las justificaciones se centran en buscar las semejanzas existentes entre la persona natural y las personas jurídicas para adaptar las categorías dogmáticas

⁴³ BACIGALUPO S, S. "La Responsabilidad Penal de Las Personas Jurídicas", Barcelona, Bosch Casa Editorial S., 1998. pág. 27

de la Teoría del Delito tradicional (acción y culpabilidad), elaboradas a partir de concepciones en la cual el único sujeto de Derecho Penal era la persona natural o individuo, a las persona jurídicas.

Se distinguen dos posturas doctrinarias totalmente opuestas, así en países cuyos sistemas penales se basan en principios del derecho continental europeo en los cuales suele regir el principio de la *societas delinquere non potest*, en que se rechaza la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de que, se admita la posibilidad de aplicar sanciones administrativas o civiles. Y la otra postura, se admite la responsabilidad penal de las personas jurídicas en forma directa *societas delinquere potest* como sucede en el sistema penal Anglosajón y aquellos que ha recibido su influencia.

Las primeras discusiones que se generan en torno a la personas jurídicas, específicamente relativas a su esencia se remontan a los siglos XVIII y XIX, época en la que, desde consideraciones dogmática y político criminal se asienta el germen del principio *societas delinquere potest*⁴⁴. A mediados del siglo XIX, la Teoría dominante de las Personas Jurídicas es la Teoría de la Ficción de Savigny, basado en la teoría de la ficción que los canonistas y postglosadores que habían elaborado en forma práctica y recogiendo los conceptos fundamentales de la filosofía Kantiana y neokantiana de la

⁴⁴ DIAZ GOMEZ, A "La Responsabilidad Criminal de Las Personas Jurídicas en el Derecho Español [en línea].<http://www.newsmaticpol.com.ar/urs/721/6159/la_responsabilidad_criminal_de_las_personas_jur_dicas_en_el_derecho_espan_ol.pdf>. pag.7 (consultado 7 noviembre de 2012)

Personalidad en un sentido Ético-filosófico en la cual “solo pueden ser sujetos de Derecho, el ser humano individual, dado que el Derecho sólo es un medio para proteger la personalidad ética del ser humano, de manera tal que la personalidad jurídica debe ser necesariamente, reflejo de la ética”⁴⁵, replantea el problema de quién o quienes pueden ser sujetos de Derecho, señalando que las personas jurídicas son personas sin capacidad de acción y por tanto, sólo se trata de una ficción creada por el Derecho para la obtención de determinados fines⁴⁶. Contrarias a esta teoría, surgieron numerosas posiciones en que cuestionaban los fundamentos a la teoría de la Ficción, la más importante fue la “*Teoría Organicista*” o *Teoría de la Personalidad Real de la asociación* “de Gierke, en la que intenta dar un contenido real a la personalidad de los entes colectivos, permitiendo de esta forma, afirmar la responsabilidad de la personas jurídicas al considerar que éstas son tanto capaces de acción como de culpabilidad. Al respecto, Gierke sostiene que las personas jurídicas tienen, al igual que en las personas físicas voluntad que se expresa por medio de sus órganos, considerados por el autor como organismos superiores dotados de capacidad de voluntad⁴⁷. Sin embargo, las líneas argumentales son débiles debido a que éstas parten de la base que el Sujeto de Derecho es el individuo.

⁴⁵ BACIGALUPO S, S. “La Responsabilidad Penal de Las Personas Jurídicas”, Barcelona, Bosch Casa Editorial S A. 1998, pág. 60.

⁴⁶ BACIGALUPO, S. “Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”. En: BACIGALUPO, E (DIR) “Curso de Derecho Penal Económico”, segunda edición, España, Marcia Pons, 2005, pág. 87.

⁴⁷ Citado en Bacigalupo S, S. Op. cit. pág. 68.

La teoría de Gierke, tuvo gran influencia fundamentalmente sobre aquellos autores que pretendieron, a finales del siglo XIX y principios del Siglo XX, afirmar la responsabilidad penal de las personas jurídicas tales como V. Liszt, Hafter y Busch⁴⁸.

Autores como BACIGALUPO Z., sostienen que el rechazo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en esa época, dice relación con la función y fines de la pena. Las teorías de la pena desarrolladas desde fines del siglo XVIII conllevan en su definición de fines de la pena también la definición del Sujeto de Derecho. Las Teorías absolutas como relativas de las penas establecen una relación entre la pena y la voluntad del autor que es el Sujeto de Derecho penal, pudiendo inferir que sólo la persona física puede ser Sujeto de Derecho Penal debido a que sólo ella tiene voluntad propia capaz de justificar el *ius puniendi* del Estado, es decir el Derecho Penal Sustantivo⁴⁹. Lo mismo se puede apreciar en la teoría de la prevención general (negativa) entendida como coacción psicológica, en la cual necesariamente lleva a excluir la responsabilidad de la persona jurídica ya que “si toda ilicitud tiene su causa en el impulso psicológico del autor y este impulso puede ser neutralizado a través de la amenaza penal, que como mal impide satisfacer el deseo del

⁴⁸ Op.cit, pag.69

⁴⁹ BACIGALUPO Z, E. , “Teorías de la pena y responsabilidad penal de las personas jurídicas” En: “Curso de Derecho Penal Económico”, segunda edición, Madrid, Marcia Pons, 2005.pág. 46

sujeto, es claro que este sujeto sólo podrá ser un individuo, pero jamás una persona moral”⁵⁰.

Un segundo momento en el cual se puede apreciar un resurgimiento de la discusión de responsabilidad penal de las personas jurídicas fue en la mitad del siglo XX después de la II Guerra Mundial⁵¹, la doctrina penal influenciada por la dogmática finalista rechazó la punibilidad de las personas jurídicas debido a: 1) la falta de capacidad de acción, 2) falta de culpabilidad y 3) incompatibilidad con los fines y función de la pena.

En relación a la capacidad de acción, entendida como acción final dirigida por la voluntad humana, se establece la imposibilidad de considerar a la persona jurídica como sujeto de Derecho Penal, éstas carecen de toda capacidad natural de acción, ya que todas las acciones relacionadas con las personas jurídicas son realizadas por personas físicas que en su calidad de miembros integran los órganos de la misma⁵². Igualmente, resulta incompatible con la persona jurídica el concepto normativo de culpabilidad, debido a que no es posible aplicar a una persona sin emociones como es la persona jurídica un juicio de reproche que se hace a una persona que pudiendo y debiendo

⁵⁰ Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Reich* citado en Bacigalupo Z. E. “Teorías de la pena y responsabilidad penal de las personas jurídicas” En: “Curso de Derecho Penal Económico”, segunda edición, Madrid, Marcia Pons, 2005. Pág.

⁵¹ GARCIA CAVERO, P., “Personas Jurídicas como Sujeto Penalmente Responsable”. En: Berruezo, Hernández Barrios, Quintanilla y García, “Derecho Penal Laboral. Delitos contra los Trabajadores”. B de F Ltda. 2011. pag.145.

⁵² BACIGALUPO S. Op. cit, pág. 129-130.

comportarse conforme a Derecho decide libremente adoptar una conducta antijurídica⁵³.

Y respecto a la función de la pena, ENGISCH arriba a la conclusión “si bien la pena es disminución de bienes jurídicos y derechos para su autor, y ello se podría afirmar también respecto de las personas jurídicas, es necesario que la pena se pueda sentir o sufrir como un mal por parte del autor. Precisamente esa capacidad no tiene la persona jurídica y por tanto, se excluiría una parte esencial de la pena”⁵⁴.

Durante estos últimos veinte años, aproximadamente, se retoma nuevamente la discusión, existiendo diferentes intentos dogmáticos por superar las barreras teóricas que se han opuesto al principio de *societas delinquere potest*, dar en consecuencia una solución a las cuestiones que se han planteado respecto a la responsabilidad penal de las persona jurídica, en cuanto a la capacidad de acción, la culpabilidad y el tipo de sanción que debería ser aplicada a las personas jurídicas.

Es así como, respecto a la capacidad de acción y culpabilidad, los esfuerzo dogmáticos se encuentran vinculados a una reelaboración de los conceptos de acción y culpabilidad para su adaptación para las personas jurídicas. En el caso de la acción el problema se ha resuelto tal vez con mayor facilidad, pues se ha entendido, en forma mayoritaria, “que en el caso de la

⁵³ REYES ALVARADO, Y. “La Responsabilidad penal de las personas jurídicas”. Revista Internacional de Derecho Penal Contemporáneo N° 25 Bogotá, Legis, 2008. pág. 45.

⁵⁴ Citado en Bacigalupo S.S, Op. cit. pág. 132.

personas jurídicas la acción penalmente relevante la debe constituir la acción realizada por el órgano de la persona jurídica en el marco de su competencia y por lo tanto, ostentando la representación de la misma. Dado que la acción de órgano vincula a la persona jurídica, éstas deben serles imputadas a la misma como una acción propia”⁵⁵.

En cuanto a la culpabilidad han existido distintas soluciones advirtiendo BACIGALUPO S., dos grandes líneas de pensamiento; distinguiendo entre aquellos que preservando inalterado el concepto tradicional de culpabilidad han elaborado un nuevo concepto de culpabilidad aplicable a las personas jurídicas y aquellos, que partiendo de distintos principios metodológicos se han visto obligados a una reconstrucción del concepto de culpabilidad alterando su contenido tradicional⁵⁶.

En primera línea de pensamiento, afirma BACIGALUPO S., que se encuentran aquellos que no admiten modificación al principio de culpabilidad, concebida ésta como un reproche ético-social por no haber actuado conforme a Derecho, a pesar de tener la capacidad para hacerlo, resultando en consecuencia esta concepción incompatible con la naturaleza misma de las personas jurídicas⁵⁷. Por lo que para autores como OTTO, expone BACIGALUPO “el único medio adecuado y efectivo para luchar contra el potencial de peligrosidad que entraña una actividad empresarial, que a la vez

⁵⁵ Bacigalupo S, S. Op. cit. pág. 92

⁵⁶ Ibid. pág. 92

⁵⁷ Op. cit. pág. 155.

sea represiva y preventiva es mediante a la aplicación de una sanción a la persona jurídica en virtud de normas reguladoras de supervisión administrativas de la actividad económicas”⁵⁸, por lo que la única posibilidad es recurrir a sanciones de Derecho Civil o al menos sanciones de Derecho Administrativo.

Dentro de la misma línea de pensamiento se encuentran aquellos que postulan aplicar una sanción penal sin culpabilidad, relevante es el desarrollo dogmático realizado por SCHÜNEMANN y TIEDEMANN. El primer autor, plantea la posibilidad de aplicar sanciones a las personas jurídicas fundamentadas en un nuevo principio de legitimación “El estado de necesidad del bien jurídico” siempre cuando no sea posible imputar la acción a un autor individual. SCHÜNEMANN señala que en los casos de responsabilidad penal de las personas jurídicas estamos en una situación semejante al estado de necesidad, el que se produce por la debilitación de la eficacia preventiva en el ámbito de la criminalidad de empresa, ya que la protección necesaria del bien jurídico no se puede asegurar de otra manera y el mantenimiento de los bienes jurídicos en peligro resulta más gravoso que la aplicación de la sanción penal.

Por su parte, TIEDEMANN, reelabora el concepto culpabilidad. Tomando como punto de partida la regulación alemana de las sanciones administrativas aplicables a las personas jurídicas, elaboró un concepto de culpabilidad basado en categorías sociales y jurídica denominada culpabilidad de organización o por defecto de organización en donde la culpabilidad de la

⁵⁸ Op. cit. pág. 159

persona jurídica se constata en el momento en que por parte del órgano competente se haya cometido una omisión para la evitación de la infracción. La persona jurídica es responsable por los hechos realizados por el individuo porque ésta y sus órganos o representantes no han tomado las suficientes medidas de cuidado que son necesarias para garantizar un negocio ordenado y no delictivo. El fundamento último de este concepto sería el mismo sobre el que se basa la punibilidad en los casos de *actio libera in causa*⁵⁹. Es decir, se sanciona por la falta de cuidado en un momento anterior que hubiere permitido evitar el hecho delictivo.

Ahora bien, siguiendo con el planteamiento de BACIGALUPO S., el panorama cambia cuando el concepto de culpabilidad se intenta explicar con aspectos de la prevención, puesto que el reconocimiento de la culpabilidad del autor no sólo se determina a partir de sus capacidades sino que se deben integrar con aspectos de prevención de la pena lo que supone una modificación de la idea de sujeto. Por lo que culpabilidad no se entiende ya como un reproche ético social, sino que se debe determinar a partir aspectos de la pena⁶⁰.

Dos son las corrientes del funcionalismo jurídico que surgen en estos momentos, una basada en aspectos de prevención especial y otra basada en prevención positiva. Esta última teoría su principal exponente es Günther JAKOBS quien basándose en la teoría de los sistemas de Luhmann, pone de

⁵⁹ Op. cit. Pág. 94

⁶⁰ Ibid pág. 94

manifiesto que la teoría de la acción (y de la culpabilidad) es una teoría sobre el sujeto, por lo que la idea de categorías dogmáticas dependerán del sujeto que se adopte. Tomando como punto de partida que la idea de sociedad se basa en un sistema cuyos componentes básicos es la comunicación postula a que los conceptos de la teoría del delito deben ser reelaborados. El Derecho Penal cumple la función de confirmar la identidad normativa de la sociedad, por lo que desde una comprensión normativa el delito es una afirmación que contradice la norma y la pena es la respuesta que confirma la vigencia de la misma. El gran aporte de JACOBS se encuentra en la constatación de que el individuo no es el único sujeto posible de Derecho Penal, pudiendo incluir además a las personas jurídicas, pues sujeto es una representación de una competencia socialmente comprensible.⁶¹ Para JAKOBS todo aquel que posea la condición de “sujeto” tiene la obligación de organizar su comportamiento en forma tal que con él se mantiene fiel a la norma pudiendo en consecuencia, las personas naturales como jurídicas ser objeto de reproche propio de la culpabilidad y respecto de ambas se justifica la imposición de una pena como forma de reafirmar frente a la sociedad la vigencia de una norma⁶². No obstante lo anterior, para BACIGALUPO S, no es posible establecer una conexión directa entre la teoría del delito de JAKOBS y la responsabilidad penal de las personas jurídicas fundamentalmente en lo referido a la culpabilidad pues elabora el concepto de culpabilidad considerando al ciudadano.

⁶¹ Op. cit., pág. 97-98

⁶² Reyes A. Op. cit. pág. 60

Ciertamente se aprecian serias dificultades para trasladar las distintas categorías científicas de las finalidades de la pena al ámbito empresarial o de la persona jurídica en general. Como se pone de manifiesto en varias posiciones doctrinales, construir la responsabilidad penal de las personas jurídicas tomando en consideración las categorías dogmáticas elaboradas en base a la responsabilidad individual siempre presentará problemas. Más allá de la discusión sobre las categorías dogmáticas de la Teoría del Delito, afirma BACIGALUPO S., es necesaria una discusión sobre la Teoría del Sujeto de Derecho penal⁶³.

2.2.- MODELOS DE RESPONSABILIDAD PENAL

En la literatura revisada se constata la existencia de una gran cantidad de modelos de responsabilidad penal empresarial, que atiende a una diversidad de criterios, partiendo de la clasificación llevada a cabo por NIETO MARTIN⁶⁴ estos modelos se pueden agrupar en tres sistemas : Vicarial, Culpabilidad y Mixtos.

2.2.1.- Sistema vicarial o de Transferencia de responsabilidad

Es el modelo tradicional básico, basado en principios de la dogmática civilista de la responsabilidad por el hecho ajeno, en la cual la persona que tiene a su cargo a otros individuos responde de los daños causados por éstos (agentes) si existe una relación que legitima al superior para controlar los actos

⁶³ Bacigalupo S, S. Op. cit. pág. 98

⁶⁴ Díaz Gómez Op. cit. pag.7

del agente y si el daño que se ha causado en el curso y desarrollo de la actividad encomendada por el superior al agente o con ocasión de ella. En base a lo anterior el sistema supone la existencia de una persona física que realiza el hecho típico para poder más tarde transferir, la responsabilidad a las personas jurídicas. Se utiliza un modelo indirecto de atribución de responsabilidad el cual dependerá principalmente de la responsabilidad individual.

En términos generales los requisitos para atribuir responsabilidad serán: 1.- la comisión de una infracción por parte del agente de la empresa o persona jurídica. 2.- que la ejecución del acto se haya realizado dentro del ejercicio de funciones que se le han atribuido o por cuenta de la empresa y, 3.- que el acto se haga con la intención de obtener una ventaja o beneficio para la empresa.

En cuanto a quiénes son las personas que pueden ser agentes existe en la doctrina tres tendencias: una estricta en la cual son agentes sólo los directivos o administradores; la intermedia en la cual además de considerar a los anteriores se incluyen las personas que tienen un deber de vigilancia y la amplia donde la imputación del comportamiento delictivo puede hacerse a cualquier trabajador o persona física independiente de su posición de jerarquía de la persona jurídica.

En relación a la conducta de los agentes que dan lugar a la responsabilidad de las empresas o personas jurídicas, actualmente sólo es necesario con que la relación laboral incremente el riesgo de comisión del delito

y que este se haya producido en el marco de la actividad realizada por el agente.

Si bien los sistemas vicariales aplicados en el derecho comparado han reducido significativamente la presencia de problemas dogmáticos de imputación y culpabilidad, sin embargo, la responsabilidad por el hecho ajeno puede tener características propias de la responsabilidad objetiva pudiendo presentarse problemas al momento de aplicar sanción penal a una empresa, al no considerarse los esfuerzos realizados por ciertas empresas para implementar sistemas de control y prevención de delitos y que no han podido evitarlo, lo cual podría vulnerar el principio de culpabilidad. Asimismo, se indican inconvenientes funcionales debido a que en estructuras societarias complejas resulta difícil distinguir la responsabilidad individual por lo que este sistema resulta más beneficioso a las empresas más grande y de mayor complejidad.

2.2.2.- Sistema de Culpabilidad

Estos sistemas buscan elaborar un modelo autónomo de responsabilidad penal de las personas jurídicas desechando las figuras del agente asimismo, intentan afrontar el problema de dogmática de culpabilidad.

Es así como TIEDEMANN, construye un concepto de culpabilidad basado en categorías sociales y jurídicas intentando soslayar el problema derivados de la acción de las personas jurídicas elabora un modelo asentado en la sanción por la falta de cuidado en un momento anterior, que hubiese

permitido evitar el hecho delictivo, recurre para ello a los fundamentos de la *actio libera in causa*. LAMPE, amplía el concepto considerando como causa del resultado injusto no sólo la acción individual sino también la existencia sistémica de una estructura individual, cuatro son los motivos que constituyen el injusto de la atribución de responsabilidad criminal de las personas jurídicas a saber: el potencial riesgo, deficiente estructura organizacional, filosofía criminógena y erosión del concepto de responsabilidad individual⁶⁵.

Otra de las teorías relevante y quizás más importante para estos modelos es la denominada dominio de organización funcional-sistémica de HEINE que señala que la mayor parte de los delitos cometidos por la empresa se debe a una deficiencia duradera en la previsión de los riesgos de explotación, esto es por una suerte de “culpabilidad por la conducción de la actividad empresarial” por lo que el dominio funcional sistemático de la organización reemplaza el dominio del hecho del individuo⁶⁶. La persona jurídica responde penalmente por la producción de riesgo en la medida que adopta una posición de “garante de control”.

El dominio de la organización defectuosa se da cuando la empresa no aprovecha la posibilidad de tomar medidas a tiempo para evitar el riesgo o cuando desatiende políticas de control de riesgo, por un tiempo prolongado lo

⁶⁵ Díaz Gómez. Op. cit. pág. 17 y 18

⁶⁶ Op. cit. pág. 18-19

que parece constituir una condición objetiva de punibilidad para HEINE⁶⁷. Del dominio de la organización emana un garante de protección que implica un deber de defensa alrededor de determinados bienes jurídicos y garante de supervisión que determinará el déficit en la organización de la empresa. La apreciación de estos extremos exigirá la observación política y la praxis empresarial, para comprobar si la empresa tenía poder de organización sobre el comportamiento punible.

Se critica este modelo debido a que el concepto de culpabilidad construido por HEINE no se relaciona con los aspectos de la dogmática penal sino con las técnicas sociales y jurídicas-penales de control de riesgo en la organización defectuosa.

El modelo constructivista de autorresponsabilidad empresarial de GOMEZ JARA se basa en la teoría del dominio de organización funcional-sistema de HEINE y en la teoría normativo-funcionalista de JAKOBS. A partir de estas teorías elabora un concepto constructivista de culpabilidad empresarial definida como la decisión empresarial que justifica la atribución de capacidad organizativa. Este modelo señala que la persona jurídica podrá ser Sujeto de Derecho Penal cuando llegue a un nivel de organizarse por sí misma, es decir a autoorganizarse. Se fundamenta en dos conceptos, por una parte de la filosofía jurídica, de la corriente epistemológica de la teoría de sistemas sociales “autopoiéticos” y la ciudadanía empresarial. El termino Autopoiético es definido

⁶⁷ Ibid. pág. 19

como la capacidad de organización empresarial de reproducirse sobre la base de toma de decisiones. La ciudadanía empresarial es el concepto que se refiere a la persona jurídica fiel al Derecho que participa en la producción de la norma, de manera que se pretende que la persona jurídica posea un mínimo de autorreferencialidad y de ciudadanía para poder ser imputada penalmente⁶⁸.

En síntesis GOMEZ JARA señala, que las empresas que adquieren una estructura societaria compleja podrán adquirir la capacidad y ser Sujeto de Derecho Penal, lo que implica que es posible que personas jurídicas con escasa complejidad seguirán siendo inimputables. Sin embargo, este modelo no está exento de críticas, los que apuntan a los fundamentos en que se basa, es así como, algunos señalan que en este modelo realmente se castiga el no disponer de un programa o política empresarial lo que no es función del Derecho Penal promover una determinada política empresarial o un determinado modelo de gestión empresarial.

2.2.3.- Sistemas Mixtos

Estos sistemas se caracterizan principalmente, porque se atribuye responsabilidad a la persona jurídica por el defecto de organización, asumiendo nuevamente que el defecto de organización es el que permite que se cometa el delito, pero de forma desvinculada parcialmente del delito cometido por la persona natural. Al respecto Matus afirma que se trata de un modelo que “limita

⁶⁸ Op cit. pag.20

la responsabilidad meramente vicarial, estableciendo requisitos de imputación para la persona jurídica adicionales a la simple realización de un delito por uno de sus representantes o administradores, y que, en ciertos casos, permita hacer efectiva la responsabilidad penal de las personas jurídicas, aunque no exista ninguna persona natural que también los sea”.⁶⁹

Conforme a lo anteriormente expuesto, la norma de sanción del delito de la persona jurídica tiene sus requisitos propios y por tanto, sus defensas propias. Por lo que si una persona física comete delito desde el interior de una empresa, la persona jurídica puede defenderse de la imputación a causa de la comisión del delito de la persona natural, alegando que ella se organizó adecuadamente en los términos que la ley le exige organizarse. En consecuencia, el delito base se encuentra en el ámbito exclusivo de la responsabilidad de la persona física no existiendo ni infracción de deber ni incumplimiento de requisitos por parte de las personas jurídicas⁷⁰.

2.3.- LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICA EN LA DOCTRINA CHILENA

2.3.1.- Dogmática Penal Nacional

⁶⁹ MATUS, Jean Pierre, en HISTORIA DE LA LEY 20.393 Establece la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en los delitos de lavado de dinero, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica. Biblioteca del Congreso Nacional “Informe Comisión Constitución” Boletín N° 6423-07, sesión 8 de octubre de 2009. pág. 202.

⁷⁰ BOFILL GENZSCH, J “Estructura de imputación y prevención de delitos al interior de la persona jurídica”. En; Wilenmann Von Bernath, Javier, Universidad Adolfo Ibáñez, “Gobiernos Corporativos. Aspectos Esenciales de las Reformas a su regulación”. Abeledo Perrot Legal Publishing, Santiago, 2001. pág. 175-195.

En Chile, la discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, antes de la vigencia de la Ley 20.393, no es muy extensa, pudiéndose comprobar en distintos Manuales de Derecho Penal, que la posición mayoritaria de la doctrina nacional fue a favor de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas fundadas principalmente en la falta de capacidad de acción o culpabilidad para ser Sujetos de Derecho penal.

A mayor abundamiento, NOVOA MONREAL señala que “El fundamento propio del Derecho penal exige y supone un ser libre y consciente, dotado en sí mismo de estos atributos, idóneos para captar directamente el precepto penal y para someter su conducta a sus exigencias, que no se dan en las personas jurídicas. Es por ello que ellas no pueden delinquir”⁷¹, COUSIÑO señala que “en la actualidad el único sujeto activo de los delitos es la persona humana” puesto que es el único “ser capaz de realizar acciones dirigidas a determinadas finalidades de acuerdo con una voluntad consciente”⁷². Por su parte, GARRIDO MONTT, rechaza la posibilidad de que las personas jurídicas sean sujetos de Derecho penal, en base a tres consideraciones 1) la falta de capacidad de acción, 2) ausencia de culpabilidad y 3) incompatibilidad con la finalidad y función de la pena.⁷³

⁷¹ Citado en CESPEDES ILLANES, R. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: discusión dogmática y político-criminal, derecho comparado y legislación nacional” Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2000. Pág. 161.

⁷² Citado en Céspedes. Op. cit. pág. 163.

⁷³ Citado en Céspedes. Op. cit. pág. 164

Cabe destacar que una parte minoritaria de la doctrina sostenía y defendía la tesis de la responsabilidad penal de las personas jurídicas SILVA FERNANDEZ, establece que “si las personas jurídicas pueden delinquir, y en el hecho, ejecutan actos ilícitos de fisonomía criminal; si representan, en muchos casos, una peligrosidad mayor que las personas naturales; si es necesario dotar al Estado de elementos eficaces para la defensa del orden social; si no son sanciones adecuadas para dicho fin la responsabilidad civil de las corporaciones, ni la pena impuesta a los órganos o ejecutores de la infracción; y si, por último, las medidas de carácter administrativo son también insuficientes para reprimir los actos delictuosos de las entidades, se impone llegar a la conclusión de que debe proponerse a la implantación del régimen sobre responsabilidad criminal de las personas jurídicas, el que indudablemente, producirá benéficos resultados para la protección del orden social y del interés colectivo”⁷⁴ Sin embargo, la posición de SILVA FERNANDEZ, fue duramente criticada por COUSIÑO debido a que las personas jurídicas carecen de capacidad de acción, los únicos sujetos activos de delito son las personas humanas capaces de realizar una acción final.

2.3.2.- Legislación Nacional

El artículo 545 del Código Civil define a la persona jurídica como “personas ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y

⁷⁴ Citado en ONFRAY VIVANCO, A. 2001 “Reflexiones en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas”. Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado N° 4, Chile. pág. 156.

de ser representadas judicial y extrajudicialmente”. Disposición redactada sobre la base de la teoría de la Ficción de Savigny.

En relación a la responsabilidad penal, el inciso 2º del artículo 39 del Código de Procedimiento Penal y el actual inciso 2º del artículo 58 del Código Procesal Penal consagran en nuestro ordenamiento jurídico penal el principio de “*societas delinquere non potest*” al disponer en las citadas normas que “La responsabilidad penal sólo puede hacerse efectiva en las personas naturales. Por las personas jurídicas responden los que hubieren intervenido en el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que las afectare”.

Sin perjuicio de lo anterior, con anterioridad a la Ley 20.393, se observan, algunos textos legales disposiciones en la cual se establecían sanciones a las personas jurídicas impuestas por tribunales del Crimen y con efecto directo sobre las personas jurídicas como es el caso del artículo 3º del Decreto Ley N° 211, de 22 de diciembre de 1973, que establecía como penas accesorias la disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado, cuando incurra en conductas que impidan la libre competencia dentro del país de las actividades económicas. Sin embargo, en la doctrina nacional no se ha debatido profundamente respecto de la naturaleza jurídica de esta medida, ya sea para considerarla una pena, medida de seguridad, sanción administrativa o una consecuencia jurídica de otra índole.

Por último, es necesario agregar que el Proyecto del Código Penal para la República de Chile, redactado en el año 1937 por Pedro Silva y Gustavo Labatud, establecía en el Título VII de su libro I (artículo 93 a 100) la responsabilidad penal de las personas jurídicas.⁷⁵

De los párrafos anteriores se puede concluir que la discusión respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la doctrina nacional ha sido escasa debido a que el ordenamiento jurídico penal chileno se sustenta en el dogma tradicional “*societas delinquere non potest*”. Ahora bien, con la entrada en vigencia de la Ley 20.393 publicada en el Diario Oficial el 2 de diciembre de 2009, se inicia un proceso que tiende dejar atrás, en forma radical la posición dominante de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas. A diferencia de otras legislaciones extranjeras como la europea, el cambio obedece en concreto al cumplimiento oportuno de las exigencias que dependía de la incorporación de nuestro país al OCDE.

⁷⁵ Ibid. pág.156

CAPITULO III

LA LEY Nº 20.393 QUE ESTABLECE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y EL DELITO DE COHECHO

3.1.- ANTECEDENTES GENERALES DE LA LEY 20.393

El 17 de diciembre de 1997, el Estado de Chile suscribió la “Convención para Combatir el Cohecho a los Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales”, aprobada por el Congreso

Nacional y promulgada mediante Decreto Supremo N° 496, de 2001, del Ministerio de Relaciones Exteriores.

En mayo de 2007, Chile recibió una invitación formal para ingresar como miembro de la OCDE, junto a Estonia, Israel, Rusia y Eslovenia, estableciéndose como requisito para su incorporación, el cumplimiento de diversas normas impuestas por la OCDE, entre las cuales se encuentran las recomendaciones contenidas en la Convención para combatir el Cohecho a Funcionario Público Extranjero.

El principal objetivo de la Convención es que los Estados Partes adopten las medidas que sean necesarias para tipificar el delito de Cohecho de funcionario público extranjeros en transacciones internacionales⁷⁶, debido a la frecuencia con que se incurren en conductas corruptas en este tipo de actividad y a la grave amenaza en el desarrollo de preservaciones de las instituciones democráticas, lo que incide en el desarrollo económico de los estados y distorsiona la competencia desleal. Junto a este objetivo se establecen otros compromisos siendo los más importantes:

- “Adoptar medidas necesarias, de acuerdo con los principios legales de cada Estado miembro, para establecer la responsabilidad de las

⁷⁶ CONVENCION PARA COMBATIR EL COHECHO EN FUNCIONARIOS PUBLICOS EXTRANJEROS EN TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES. CARTILLA EXPLICATIVA DEL GOBIERNO DE CHILE [en línea]. http://www.cde.cl/wps_migrated/wcm/connect/f70b018049935c50ab95ab00ad2f6de9/cartilla_explicativa_22-11.pdf?MOD=AJPERES&CONVENCIÓN PARA EL COMBATE DE COHECHO DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS EXTRANJEROS (consultado 8 de noviembre de 2012).

personas jurídicas en los actos de cohecho a un funcionario público extranjero.

- Adoptar medidas necesarias para establecer jurisdicción sobre el cohecho a un funcionario público extranjero cuando el delito sea cometido, parcial o totalmente dentro de su territorio.
- Que se sancione el lavado de dinero asociado a este delito.
- Que los países se otorguen asistencia legal mutua, pronta y eficaz, que incluya el levantamiento del secreto bancario.
- Que los países aseguren que este delito será extraditable”.⁷⁷

Cumpliendo con los compromisos de la Convención de la OCDE, el 8 de octubre de 2002 se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 19.828, que estableció el delito de cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros, cuya tipificación y sanciones fueron posteriormente modificadas en virtud de la Ley N° 20.341, publicada en el Diario Oficial el 22 de abril de 2009, el cual incorpora el Párrafo 9° bis denominado “Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros” compuesto por los artículos 251 bis y 251 ter. Y en diciembre de 2009 se publica en el Diario Oficial la Ley N° 20.393, que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas por la comisión de delitos de Lavado de Activos,

⁷⁷ Decreto Supremo del Ministerio de Relaciones Exteriores N° 496 de 10 de octubre de 2001 (Chile) “Promulga la convención para combatir el Cohecho a funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales y su anexo”[en línea].Biblioteca del Congreso Nacional de Chile < <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=194157>> (consulta 8 de noviembre de 2012) arts. 2,4,7,9 y 10 .

Financiamiento del Terrorismo y delitos de cohecho a funcionario público nacional o extranjero (artículo 250 y 251 bis del Código Penal).

Conforme se desprende del Mensaje Presidencial N° 018-357, el objetivo principal de esta iniciativa legal no es sólo satisfacer con los compromisos internacionales adquiridos por Chile en cuanto al perfeccionamiento de nuestro ordenamiento jurídico sino que en definitiva ser incorporados como miembros plenos de la OCDE.

Ahora bien, la Convención no prescribe el establecimiento de una responsabilidad penal de las personas jurídicas sino sólo el establecimiento de un sistema de sanciones eficaces, proporcionadas y disuasiva, su artículo 2º dispone que “Cada Parte adoptará las medidas necesarias, de acuerdo con sus principios legales, para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas en los actos de cohecho a un funcionario público extranjero” y el numeral 2º del artículo 3º indica “Si, dentro del ordenamiento jurídico de una Parte, la responsabilidad penal no fuere aplicable a las personas jurídicas, esa Parte deberá proceder de modo que se les aplique sanciones eficaces, proporcionadas y disuasivas de carácter no penal, incluidas sanciones pecuniarias, en caso de cohecho a funcionarios públicos extranjeros”⁷⁸.

De lo anterior se puede inferir que para el Estado Chile bastaba con establecer un sistema de sanciones eficaces, proporcionadas y disuasivas, sin embargo como observa MATUS “en nuestro ordenamiento esas características

⁷⁸ Ibid arts.2 y 3

no son predicables de las sanciones civiles, cuya finalidad es preminentemente reparatoria o compensatoria, ni de las administrativas, que por quedar reservadas a organismos cuya resoluciones no producen el efecto comunicacional de la justicia criminal, difícilmente pueden considerarse suficientemente proporcionadas y disuasivas ante los graves hechos de que se trata. Una organización que se estructura de tal manera que favorece o se aprovecha del lavado de dinero, el financiamiento de terrorismo y el cohecho, no puede quedar inmune a las sanciones penales, con independencia de la responsabilidad que les cabe a las personas naturales que toman las decisiones o ejecutan los hechos delictivos”⁷⁹

Por consiguiente, ante la insuficiencia de la regulación administrativa y civil advertida por MATUS, unido como señala HERNÁNDEZ, al tratamiento previo poco diligente del asunto por parte de las autoridades responsables, y probablemente a una cierta preferencia de la Convención- y de los órganos de control de cumplimiento- por el establecimiento de la responsabilidad penal hizo que en algún momento de las negociaciones el campo de maniobra del Estado chileno se redujera al mínimo y en los hechos que sólo resultara satisfactorio un mecanismo inserto en el sistema de justicia criminal⁸⁰, estableciéndose en

⁷⁹ MATUS ACUÑA, J.P. 2009 “Informe sobre el proyecto de Ley que establece la Responsabilidad Legal de las personas jurídicas en los delitos de Lavado de Activos, Financiamiento del Terrorismo y Delitos de Cohecho que indica, Mensaje Nº 018-357/”. Revista Ius et Praxis de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Universidad de Talca, Volumen15 (Nro. Rev. 2): Pág. 292-293.

⁸⁰ HERNANDEZ BASUALTO, H. “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”. Polit .crim. Vol.5 Nº 9 (julio 2010) Art.5 [en línea]
[Http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A5.pdf) (consultado 8 de noviembre de 2012): pág.210.

consecuencia, un sistema de responsabilidad penal de personas jurídicas, sin existir en la doctrina nacional la necesaria y debida reflexión sobre la materia.

3.2.- ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY

De acuerdo a lo establecido en el artículo 2º del texto legal “las disposiciones de esta ley serán aplicables a las personas jurídicas de derecho privado y a las empresas del Estado”.

El artículo 545 del Código Civil chileno establece que “se llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”, Nuestra legislación distingue entre personas jurídicas de Derecho Público y Privado, estas últimas se caracterizan principalmente, porque tienen origen en la iniciativa y actividad de los particulares.

Conforme al artículo 2º de la Ley 20.393 es aplicable a todas las personas jurídicas de derecho privado entre las cuales se distinguen las Personas jurídicas de Derecho Privado sin fines de lucro (Corporaciones y fundaciones) y Personas Jurídicas de Derecho Privado con fines de lucro entre las cuales se podrían mencionar las sociedades civiles, las sociedades mercantiles.

Asimismo, la presente ley es aplicable a las empresas del Estado, entendiéndose por tales “aquellas que han sido creadas por normas legales o

constitucionales a fin de cumplir con el rol empresarial del Estado definido constitucionalmente, sea subsidiario o directo cuando existan actividades que se refieren a recursos naturales protegidos constitucionalmente”⁸¹. Son parte de la Administración del Estado, conforme lo establece el artículo 1º de la Ley 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, por lo que se rigen bajo el estatuto jurídico aplicable a la Administración del Estado. Concordando con el profesor Hernández, las empresas con participación estatal que no constituyen “empresas del Estado” conforme a la Ley 18.575 por lo que deben considerarse personas jurídicas de derecho privado, por lo cual se encuentran incluidas en la Ley 20.393.⁸²

Cabe hacer presente que la Ley no hace distinción por el tamaño o ingreso anual que percibe la persona jurídica, siendo aplicable la normativa a las empresas de menor tamaño.

3.3.- DELITOS BASES QUE PERMITEN SANCIONAR LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICA

Los delitos que permiten atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas son:

⁸¹ PEÑA NEIRA, Sergio 2010, “La Responsabilidad Penal de Las Empresas en Chile”, Santiago, Metropolitana, año 2010, pág. 30

⁸² Hernández B. Op cit. pág. 215

(I) Lavado de activos: tipo penal descrito en el artículo 27 de Ley 19.913 que crea la Unidad de Análisis Financiero y Modifica diversas disposiciones en materia de Lavado y Blanqueo de Activos. El artículo 27 sanciona a:

a) El que de cualquier forma oculte o disimule el origen ilícito de determinados bienes, a sabiendas de que provienen, directa o indirectamente, de la perpetración de hechos constitutivos de alguno de los delitos contemplados en la ley N° 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; en la ley N° 18.314, que determina las conductas terroristas y fija su penalidad; en el artículo 10 de la ley N° 17.798, sobre control de armas; en el Título XI de la ley N°18.045, sobre mercado de valores Ley 20371; en el Título XVII del decreto con fuerza de ley N° 3, de 1997, del Ministerio de Hacienda, Ley General de Bancos; en los Párrafos 4, 5, 6, 9 y 9 bis del Título V del Libro II del Código Penal y, en los artículos 141, 142, 366 quáter, 367, 411 bis, 411 ter, 411 quáter y 411 quinquies del Código Penal; o bien, a sabiendas de dicho origen, oculte o disimule estos bienes.

b) El que adquiriera, posea, tenga o use los referidos bienes, con ánimo de lucro, cuando al momento de recibirlos ha conocido su origen ilícito...”

(II) Financiamiento del terrorismo: Delito contemplado en el artículo 8° de la Ley N° 18.314 que Determina Conductas Terroristas y Fija su Penalidad. Al respecto, se sanciona a “El que por cualquier medio, directa o indirectamente,

solicitar, recaudar o provea fondos con la finalidad de que se utilicen en la comisión de cualquiera de los delitos terroristas señalados en el artículo 2º...”

(III) Cohecho a funcionario público nacional y extranjero. Tipos penales que se encuentran previstos en el artículo 250 y 251 bis del Código Penal, tipos penales que fueron estudiados y analizados en el capítulo I de esta tesis. Así, el artículo 250 sanciona al que ofreciere o consintiere en dar a un empleado público un beneficio económico, en provecho de éste o de un tercero, para que realice las acciones o incurra en las omisiones señaladas en los artículos 248, 248 bis y 249, o por haberla realizado o haber incurrido en ellas y el artículo 251 bis del Código Penal castiga a el que ofreciere, prometiere o diere a un funcionario público extranjero, un beneficio económico o de otra naturaleza, en provecho de éste o de un tercero, para que realice una acción o incurra en una omisión con miras a la obtención o mantención, para sí u otro, de cualquier negocio o ventaja indebidos en el ámbito de cualesquiera transacciones internacionales.

La ley contempla un catálogo cerrado de delitos que permiten sancionar la responsabilidad penal de las personas jurídicas. No obstante lo anterior, en el inciso final del artículo 1º de la Ley 20.393 dispone “para efectos de esta Ley, no será aplicable lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 58 del Código Procesal Penal”. La disposición antes citada consagra el principio de *societas delinquere non potest* por el cual rechaza la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

De lo anterior se puede inferir, que el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, establecido en la legislación chilena, es un régimen excepcional, el cual sólo está contemplado respecto de un catálogo cerrado de delitos, esto es, lavado de activos, financiamiento del terrorismo y el soborno a funcionario público nacional y extranjeros. Si bien estos delitos bases constituyen conductas graves y constituyen una preocupación constante de la comunidad internacional, es del caso hacer presente que la legislación chileno no contempló otros tipos penales que pudieran incidir gravemente en nuestra sociedad y que se encuentran incluidos dentro del termino “criminalidad de empresa”, como lo son, delitos tributarios, de mercado de valores, los que afectan al Medio Ambiente o la Salud Pública. Por lo que de esta forma, se confirman las afirmaciones realizadas por distintos autores chilenos en cuanto a que esta Ley tuvo como propósito principal cumplir con las obligaciones contraídas por el Estado de Chile en las distintas Convenciones Internacionales a fin de ser considerado como miembro de la OCDE.

3.4.- SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS ESTABLECIDO EN LA LEY 20.393

La legislación chilena contempló dos sistemas de atribución de responsabilidad penal para las personas jurídicas.

Así se advierte en primer lugar, un sistema de atribución ordinario, en el que se establece un modelo de responsabilidad mixto, el profesor Hernández la denomina “modelo atenuado de responsabilidad derivada”⁸³, en el cual junto con la comisión de los delitos por parte de una persona natural en interés o provecho que le pueda reportar a la organización, es necesario además que la persona jurídica adolezca de un defecto de organización que haya favorecido o impedido la realización del hecho. Conforme al artículo 3 de la ley los requisitos para atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas por los delitos contemplados en el artículo 1º son los siguientes:

- a) Existencia de un hecho punible cometido por persona natural que realice actividades de administración y supervisión en dicha persona jurídica (dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes, entre otros) o una persona natural estén bajo la dirección o supervisión directa de dichos sujetos.
- b) Comisión directa e inmediata en interés de la persona jurídica o provecho de esta. Requisito que la ley reitera al indicar en el inciso final del artículo 3º que la persona jurídica no será responsable cuando las personas naturales antes indicadas, cometan en delito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero. Aunque no lo señala la ley, es necesario

⁸³ Op cit., pág. 215

entender que la exigencia consistente en el “interés o provecho” debe ser pecuniaria, descartando otros propósitos que puedan presentar dificultades probatorias.

- c) Incumplimiento por parte de la persona jurídica con su deber de dirección y supervisión, y que ello haya sido lo que hizo posible la comisión del delito.

Un segundo sistema de atribución, que el profesor BOFILL denomina “extraordinario”⁸⁴ se encuentra consagrado en el artículo 5° de la Ley 20.393 el que dispone que “la responsabilidad de las personas jurídicas será autónoma de la responsabilidad penal de las personas naturales y subsistirá cuando, concurriendo los demás requisitos previstos en el artículo 3°, se presente alguna de las siguientes circunstancias”:

- 1) La responsabilidad penal individual se hubiere extinguido conforme a lo dispuesto en los numerales 1° y 6° del artículo 93 del Código Penal, esto es, por muerte de la persona natural o por prescripción de la acción penal.
- 2) Si en el proceso penal en contra de las personas naturales indicadas en el artículo 3° se hubiere dictado sobreseimiento temporal por rebeldía o después de

⁸⁴ BOFILL G., J, Apuntes en clases sobre Responsabilidad de Las Personas Jurídicas realizado en Magíster de Derecho Penal de los Negocios y la empresa impartido en la facultad de Derecho de la Universidad de Chile año 2009.

cometido el delito, el imputado haya caído en enajenación mental enajenación y ésta circunstancia se haya establecido legalmente (letras b) y c) del artículo 252 del Código Procesal Penal).

- 3) Asimismo podrá perseguirse la responsabilidad penal de las personas jurídicas cuando, habiéndose acreditado algunos de los delitos que contempla la Ley 20.393, concurriendo los requisitos que exige este texto legal no haya sido posible establecer la participación de el o los responsables individuales, siempre y cuando se haya demostrado fehacientemente que el delito debió necesariamente ser cometido dentro del ámbito de funciones y atribuciones propias de las personas señaladas en el inciso 1° del artículo 3°.

Para HERNANDEZ, la supuesta responsabilidad autónoma es cuestionable, pues el “artículo 5° no altera el modelo previsto en el artículo 3°, sino que se limita a aclarar que el requisito de delito cometido por un sujeto relevante y con la tendencia exigida puede tenerse por cumplido desde que constan fehacientemente sus extremos, aunque no se imponga condena a dicho sujeto. Y no sólo eso. Lo hace en unos términos que – en comparación con lo que se admite en general para estructuras similares- restringen significativamente e innecesariamente esa posibilidad, reforzando

aún más el carácter derivado y dependiente de la responsabilidad del ente”⁸⁵. Siguiendo con el planteamiento de HERNÁNDEZ, la Ley atribuye responsabilidad penal a la persona jurídica por no haber adoptado oportunamente las medidas necesarias para evitar la comisión delitos establecidos en su artículo 1º y en consecuencia, siempre será necesario la realización del hecho típico y antijurídico de una persona natural para que pueda atribuirse la responsabilidad penal a la persona jurídica, por lo que difícilmente podría pensarse que en el caso del artículo 5º se está en presencia de una responsabilidad autónoma. Tal como afirma HERNÁNDEZ, la Ley restringe las situaciones para perseguir la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

3.5.- DE LOS MODELOS DE PREVENCIÓN DEL DELITO

Uno elemento innovador que incorpora la Ley dice relación con los modelos de prevención de delitos que deben adoptar e implementar las personas jurídicas conforme a los requisitos establecidos en el artículo 4º de la Ley 20.393.

Tal como se ha analizado en párrafos precedentes, la Ley hace responsable penalmente a las personas jurídicas cuando uno de los sujetos indicados en el inciso 1º del artículo 3º haya cometido un delito, por ejemplo soborno a funcionario público nacional o extranjero en interés o provecho de la

⁸⁵ HERNÁNDEZ, Op. cit. pág. 222.

persona jurídica, y la comisión de este delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión. De lo anterior se desprende que la Ley constituye a la persona jurídica en garante de vigilancia de su personal respondiendo por la falta de cuidado en la dirección y supervisión al no evitar o prevenir la comisión del delito, pero si la organización cumple con estos deberes, expresamente la Ley dispone que la persona jurídica no será responsables, aunque se cometa el delito.

Ahora bien, para eximir de responsabilidad penal a la persona jurídica es necesario que haya adoptado e implementado, con anterioridad a la comisión del delito “modelos de organización, administración y supervisión para prevenir éstos. Al respecto el artículo 4 establece los elementos mínimos que deberán contener estos modelos de prevención de delitos:

- 1) Designación de un encargado de prevención. La máxima autoridad de la Persona Jurídica deberá designar un encargado de prevención, quien deberá contar con autonomía suficiente respecto de aquellos que ejercen la administran de la organización, durará en su cargo hasta tres años, el que podrá prorrogarse por períodos de igual duración.
- 2) Definición de medios y facultades del encargado de prevención. La Administración de la Persona Jurídica deberá proveer al encargado

los medios y facultades suficientes para su desempeño, entre los que debe considerarse a lo menos:

- a. Los recursos y medios materiales necesarios para realizar adecuadamente sus labores, en consideración al tamaño y capacidad económica de la persona jurídica.
 - b. Acceso directo a la Administración de la Persona Jurídica para informarla oportunamente por un medio idóneo, de las medidas y planes implementados en el cumplimiento de su cometido y para rendir cuenta de su gestión y reportar a lo menos semestralmente.
- 3) Establecimiento de un sistema de prevención de los delitos, que deberá ponerse en conocimiento de todos los trabajadores y el que deberá contemplar a lo menos :
- a. La identificación de las actividades o procesos de la entidad, sean habituales o esporádicas, en cuyo contexto se genere o incremente el riesgo de comisión de los delitos bases.
 - b. El establecimiento de protocolos, reglas y procedimientos específicos que permitan a las personas que intervengan en las actividades o procesos, programar y ejecutar sus tareas o labores de una manera que prevenga la comisión de los delitos,

- c. La identificación de los procedimientos de administración y auditorías de los recursos financieros que permitan a la entidad prevenir su utilización en estos delitos.
 - d. La existencia de sanciones administrativas internas, así como de procedimientos de denuncia o persecución de responsabilidad pecuniaria en contra de las personas que incumplan el sistema de prevención de delitos.
- 4) Establecer métodos de supervisión y certificación voluntaria del sistema de prevención de los delitos. Al respecto, la Ley dispone que se deberán establecer métodos para la aplicación efectiva del modelo de prevención y supervisión a fin de detectar y corregir falencias, así como actualizarlo de acuerdo al cambio de circunstancias de la respectiva entidad. En cuanto a la certificación del modelo, la ley faculta a la persona jurídica para obtener la certificación de la adopción e implementación del sistema de prevención el cual podrá ser expedido por empresas de auditoría externa, sociedades clasificadoras de riesgo u otra entidad registradas ante la Superintendencia de Valores y Seguros que puedan cumplir con esta labor. Por lo que si no existe tal certificación será la organización quien deberá probar en el proceso penal el cumplimiento efectivo de su deber de administración y supervisión.

La Ley otorga el carácter de funcionario público, en los términos del artículo 260 del Código Penal, a las personas que participan en la certificación, la finalidad del precepto es sancionar a las personas jurídicas que obtienen la certificación sobornando a estas personas.

Ahora bien, la Ley no obliga expresamente a la persona jurídica a adoptar o implementar modelos de prevención de delitos, del artículo 4º se desprende un carácter facultativo al expresar “podrá adoptar”, pudiendo en consecuencia, implementar otras medidas destinadas a prevenir los delitos que contempla la Ley 20.393, por lo será tarea de nuestros Tribunales de la República establecer si esas medidas adoptadas por la organización son equivalentes al modelo de organización, administración y supervisión para prevenir delitos que exige la Ley o al menos cumplen los requisitos mínimos del artículo 4º de la Ley.

3.6.- CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS

El artículo 6º de la Ley 20.393 establece las siguientes circunstancias que atenúan la responsabilidad penal de las personas jurídicas:

1.- La reparación del mal causado prevista en el número 7º del artículo 11 del Código Penal.

2.- Haber colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos prevista en el número 9º del artículo 11 del Código Penal y, a diferencia de lo que señalado en el Código Penal, el legislador estableció que debe entenderse por cooperación sustancial: “en cualquier estado de la investigación o del procedimiento judicial, sus representantes legales hayan puesto, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, el hecho punible en conocimiento de las autoridades o aportado antecedentes para establecer los hechos investigados”.

3.- La adopción por parte de la persona jurídica, antes del comienzo del juicio, de medidas eficaces para prevenir la reiteración de la misma clase de delitos objeto de la investigación.

Llama la atención que el legislador haya establecido esta circunstancia como atenuante de responsabilidad penal, la cual podría interpretarse como un reconocimiento expreso por parte de la persona jurídica en cuanto a que no cumplió efectivamente con sus deberes de dirección y supervisión con anterioridad a la comisión del delito, entregando la oportunidad de implementar medidas preventivas de delitos después de haberse cometido el delito. Ahora bien, será materia de prueba en el proceso penal por parte de los representantes legales de la persona jurídica acreditar la idoneidad y eficacia de los medios implementados para prevenir la reiteración del delito que se investiga.

En cuanto a las circunstancias agravantes de responsabilidad la Ley 20.393 contempla sólo una agravante consistente en la reincidencia dentro de los cinco años anteriores, por el mismo delito (Artículo 7). Al respecto, el legislador sólo habla de reincidencia por el mismo delito, por lo que no sería aplicable esta circunstancia agravante en el caso que la persona jurídica haya sido condenada por el delito de lavado de dinero y luego por el delito de cohecho.

3.7.- CONSECUENCIAS JURÍDICAS POR LA COMISIÓN DE LAS FIGURAS PENALES PREVISTAS Y SANCIONADAS EN LOS ARTÍCULO 250 Y 251 BIS DEL CÓDIGO PENAL

Las penas principales están previstas por el artículo 8º de la Ley 20.393 y son las siguientes:

- a) Disolución de la persona jurídica o cancelación de la personalidad jurídica.
- b) Prohibición temporal o perpetua de celebrar actos y contratos con los organismos del Estado.
- c) Pérdida parcial o total de beneficios fiscales o prohibición absoluta de recepción de los mismos por un período determinado.
- d) Multa a beneficio fiscal.
- e) Las penas accesorias del artículo 13 tales como, la publicación de un extracto de la sentencia a costa de la persona jurídica, el comiso del

producto y demás bienes, efectos y objetos, documentos e instrumentos del delito y, cuando el delito cometido suponga la inversión de recursos de la persona jurídica superiores a los ingresos que ella genera, se impondrá el entero en arcas fiscales de una cantidad equivalente a la inversión realizada.

Ahora bien, en cuanto a la graduación de las penas con excepción de la disolución y la prohibición perpetua de celebrar actos y contratos con los organismos del Estado, todas las demás penas principales son divisibles en distintos grados (art.10 a 12).

En materia de determinación de las penas, se establece un sistema especial, el artículo 14º establece la escala general de penas para las personas jurídicas, determinando penas de Crímenes y Simples delitos. Cabe hacer presente que las empresas del Estado y las personas jurídicas de derecho privado que presten servicios de utilidad pública quedan exceptuadas de las sanciones contempladas para los Crímenes, cuando la interrupción en la prestación del servicio pueda ocasionar graves consecuencias sociales, económicas o daños serios a la comunidad.

En cuanto a los delitos sancionados en el artículo 250 y 251 bis del Código Penal, esto es, el soborno a funcionario público nacional y extranjera se establece que se aplicarán las penas previstas para los simples delitos, de acuerdo al artículo 14 son penas de simples delitos:

- a) Prohibición temporal de celebrar actos y contratos con organismos del Estado en su grado mínimo a medio, es decir de dos a cuatro años.
- b) Pérdida de beneficios fiscales en su grado mínimo a medio, es decir, pérdida del veinte al setenta por ciento del beneficio fiscal o prohibición absoluta de recepción de los mismos de dos a tres años.
- c) Multa en su grado mínimo a medio, esto es, desde doscientos a diez mil unidades tributarias mensuales.

Asimismo siempre se aplicaran como accesorias las penas mencionadas en el artículo 13.

3.8.- TRANSMISIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

La Ley contempla en el artículo 18 la transmisión de responsabilidad penal de las personas jurídicas en los casos de modificación social, la norma tiene por objeto evitar que las organizaciones eludan su responsabilidad penal, estableciendo que en los casos de transformación, fusión, absorción, división o disolución de común acuerdo o voluntaria de la persona jurídica, su responsabilidad penal derivada de los delitos cometidos con anterioridad a alguno de dichos actos se transmite a la o las nuevas personas jurídicas resultantes conforme a las reglas establece el artículo 18º. Para estos efectos, la transmisión dependerá de la continuidad sustancial de los medios materiales y humanos y a la actividad desarrollada.

Finalmente, la responsabilidad penal de las personas jurídicas se extingue por las mismas causales señaladas en el artículo 93 del Código Penal, salvo la prevista en el número 1º correspondiente a la muerte del responsable (artículo 19º).

3.9.- ALGUNAS CONSIDERACIONES A LAS REGLAS PROCEDIMENTALES ESTABLECIDAS EN LAS LEY. 20.393

Reguladas en el título III de la ley en el cual se les otorga a la persona jurídica de todos los derechos y garantías de los que gozan un imputado, con las adaptaciones correspondientes a esta entidad. Es así como el artículo 21 establece las disposiciones del Código Procesal Penal que se aplicaran a la persona jurídica la que se encuentran entre otras:

- Presunción de inocencia (artículo 4º)
- Oportunidad en que se adquiere la calidad de imputado (artículo 7º)
- Derecho a la defensa letrada (artículo 8º)
- Cautela de garantías (artículo 10)
- Derechos y garantías del imputado (artículo 93º)
- Derecho a declarar como medio de defensa (artículo 98)
- Derecho a designar libremente a un defensor (artículo 102).

La formalización de la investigación se llevará a cabo con la presencia del representante legal, a quien se le comunicará que se sigue una

investigación contra la persona jurídica (artículo 22 Ley 20.393). Para realizar esta audiencia se establece como requisito previo que con anterioridad se haya solicitado audiencia de formalización o requerimiento de juicio simplificado para la persona natural, salvo que se trate de los casos contemplados en el artículo 5º de la Ley.

Ahora bien, la Ley contempla normas procesales especiales para la persona jurídica, así el artículo 24 establece la improcedencia del principio de oportunidad. Al respecto, la norma es innecesaria pues en los delitos bases que contempla la ley (lavado de activo, financiamiento del terrorismo, soborno a funcionario público nacional y extranjero) por regla general no se podría aplicar el principio de oportunidad contemplado en el artículo 170 del Código Procesal Penal atendido a que en estos delitos se compromete gravemente el interés público.

En cuanto a la suspensión Condicional del Procedimiento, el artículo 25 de la ley establece taxativamente las condiciones específicas que se le impondrán a la persona jurídica por un período que va entre los seis a tres años, tales como : pagar una determinada suma de dinero a beneficio fiscal la que deberá ser comunicada por el Juez a la Tesorería General de la República, prestar un determinado servicio a favor de la comunidad, informar periódicamente su estado financiero a la institución que determinare, implementar modelo de prevención y cualquier otra condición adecuada a las

circunstancias del caso en concreto y propuesta fundamentada por el Ministerio Público.

En el caso de la procedencia de la suspensión de la condena, regulado en el artículo 29 de la Ley, se establecen dos reglas:

1.- En el caso de las empresas del Estado o personas jurídicas que presten servicios de utilidad pública, se concederá la suspensión de la condena cuando la interrupción en el servicio cause graves consecuencias sociales y económicas o daños serios a la comunidad.

2.- Para las demás personas jurídicas de derecho privado, la medida será excepcional y deberá ser fundada, considerando la pena impuesta (simple delito en su grado mínima) y una consideración especial al número de trabajadores o las ventas netas o los montos de exportación de la empresa.

CONCLUSIONES

La corrupción como fenómeno se puede analizar desde distintos puntos de vistas, sociopolítico, psicológico, sociológico, ético-jurídico siendo su principal característica el abuso de las potestades públicas para satisfacer intereses privados por sobre los generales. Aun cuando es un fenómeno que se extiende en diversos ámbitos de la vida pública, donde tiene mayor interés y preocupación es en la Administración del Estado, debido a que se afecta la confianza de los ciudadanos, en cuanto al ejercicio de la función pública la cual debe tender a satisfacer los intereses generales asegurando las instituciones democráticas, garantizando la igualdad de derechos y oportunidades de los ciudadanos en diversas actividades, fomentando el desarrollo y crecimiento económico y financiero del país.

Por su parte, la globalización ha permitido el agravamiento de los efectos del fenómeno de la corrupción, frente a esta amenaza la comunidad internacional ha sido capaz de trabajar en forma coordinada para responder a este tipo actividad delictual fomentando la cooperación de los Estados mediante la adecuación de la penalización y persecución específica de determinados delitos, recomendando la implementación de medidas preventivas de control tanto en el ámbito público como privado a fin refrenar las conductas corruptas que afecten el buen gobierno y la justicia social, como es el caso del cohecho

En el marco de los delitos contra Administración Pública aparece como figura central del fenómeno de la corrupción el delito de cohecho, definido por OLIVER como la “conducta activa o pasiva de un funcionario público destinada a recibir una retribución no debida en el ejercicio de su cargo, así como la conducta activa o pasiva de un particular destinada a dar a un funcionario público una retribución no debida en el ejercicio del cargo”⁸⁶. El cohecho, delito de naturaleza unilateral en el cual se distinguen dos delitos autónomos - cohecho del funcionario público y del particular- sin embargo, en ambos el bien jurídico protegido es el correcto funcionamiento que la Administración presta a los ciudadanos fundado en que los organismos públicos están al servicio del ciudadano y la función pública que debe ejercerse dentro los márgenes de legalidad, imparcialidad, eficiencia y transparencia debe ser correcta, pues la circunstancia de recibir o entregar un retribución no debida para el ejercicio de un cargo, anteponiendo los intereses particulares sobre los generales, dificulta la prestación del servicio y por ende, no se realiza correctamente.

Este tipo penal ha sido objeto de diversas modificaciones en la legislación nacional, debido a los compromisos adquiridos por el Estado de Chile a nivel internacional. Así por la aprobación del Congreso Nacional de la Convención Interamericana contra la corrupción el 22 de septiembre de 1998, se dicta la **Ley N° 19.645** que *Modifica disposiciones del Código Penal que sanciona delitos de corrupción*, publicado en el Diario Oficial del 11 de

⁸⁶ Oliver C., Op. cit. .pág. 87

diciembre de 1999, en el cual se tipifican distintas hipótesis del delito de cohecho activo y pasivo. Posteriormente, ratifica con fecha 18 de abril de 2001 la Convención para combatir el Cohecho de funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales suscrita por el Estado de Chile con fecha 17 de diciembre de 1997 dictando la **Ley 19.829** publicada en el Diario Oficial con fecha 8 de octubre de 2002, en la cual se incorporan dos nuevos artículos en el Código Penal, artículo 250 bis A y 250 bis B, que sancionan el delito de cohecho a funcionario público extranjero y define lo que debe entenderse por éste. Estas últimas materias fueron posteriormente modificadas por la **Ley 20.341** de 22 de abril de 2009 a consecuencia de las recomendaciones formuladas por la OCDE para cumplir con las obligaciones impuesta por la Convención.

Consecuencia de estas modificaciones, hoy distinguimos en nuestra legislación el delito de cohecho de funcionario público y delito de cohecho de particular. Merecen especial consideración las figuras típicas de cohecho a funcionario público nacional y extranjero debido a que la comisión de estos delitos permite por primera vez que en el derecho nacional, que se atribuya responsabilidad penal a las personas jurídicas de derecho privado y a las empresas del Estado.

Sin perjuicio de los motivos que se tuvieron en vista para la dictación Ley 20.393, los cuales se pueden resumir en la incorporación del Estado de Chile de ser miembro pleno de la OCDE, es claro que por una necesidad Política Criminal se debe extender el campo de acción del Derecho Penal hasta las personas jurídicas. Como se ha estudiado la compleja estructura societaria que presentan las empresas actualmente, ha favorecido la aparición de nuevas formas delictuales específicamente en el área de la economía, las practicas abusivas y fraudulentas del poder empresarial afectan nocivamente los sistemas financieros de los países. Hoy las personas jurídicas se han convertido en fuentes de peligro de los bienes jurídicos que el Derecho Penal intenta proteger.

Actualmente, el artículo 1º de la Ley 20.393 contempla sólo tres delitos por los cuales la persona jurídica será responsable penalmente entre los cuales se encuentra el delito de cohecho a funcionario público nacional y extranjero, delitos que se encuentran previstos y sancionados en los artículo 250 y 251 bis del Código Penal.

El artículo 250 sanciona al particular que ofreciere o consintiere en dar a un empleado público un beneficio económico, en provecho de éste o de un tercero, para realizar las acciones o incurra en las omisiones señaladas en los artículos 248, 248 bis y 249 del Código Penal. Y el artículo 251 bis castiga a el que ofreciere, prometiere o diere a un funcionario público extranjero, un

beneficio económico o de otra naturaleza, en provecho de éste o de un tercero, para que realice una acción o incurra en una omisión con miras a la obtención o mantención, para si u otro, de cualquier negocio o ventaja indebidos en el ámbito de cualesquiera transacción internacional.

En cuanto al sistema de atribución establecido en la legislación nacional, se optó por un sistema mixto en la cual junto con la comisión del delito por parte de la persona natural en interés o provecho que le pueda reportar a la organización, es necesario además que la persona jurídica adolezca de un defecto de organización que haya impedido o favorecido la comisión del delito. Se advierte, en consecuencia, que la norma de sanción del delito de la persona jurídica tiene sus requisitos propios pudiendo alegar para su defensa que ella se organizó adecuadamente ciñéndose a los modelos de organización, administración y supervisión propuestos por la ley.

La Ley 20.393 exige la concurrencia de los siguientes requisitos para atribuir responsabilidad a la persona jurídica:

1.- Existencia del hecho punible cometido por persona natural que realicen actividades de administración y supervisión en dicha entidad o una persona que estén bajo la dirección o supervisión directa de estos sujetos.

2.- Comisión directa e inmediata en interés de la persona jurídica o provecho de ésta.

3.- Incumplimiento por parte de la persona jurídica con su deber de dirección y supervisión, y que ello haya sido lo que hizo posible la comisión del delito.

Ahora bien, la persona jurídica podrá eximirse de responsabilidad penal cuando haya adoptado e implementado con anterioridad a la comisión del delito un modelo de organización, administración y supervisión orientado a la prevención de estos delitos.

Con ello el legislador está fomentando la autorregulación de las empresas, medida preventiva de control que permitirá prevenir o detectar en forma oportuna hechos que podrían constituir delitos.

Si bien la Ley 20.393 en su artículo 4º establece los requisitos mínimos que deben contener estos modelos de prevención, a saber a) designación del encargado de prevención, b) definición de los medios y facultades del encargado de prevención, c) establecimiento de un sistema de prevención de los delitos, d) un sistema de supervisión y certificación voluntaria de la adopción e implementación de un modelo de prevención de delitos.

Lo esencial de estos modelos es que contemplen adecuados sistemas de vigilancia destinados a aplicar las sanciones que correspondan cuando se detecten situaciones que pudieran favorecer o incrementar el riesgo de comisión de los delitos bases. Asimismo, deben establecerse mecanismos de control que permitan efectivamente evitar que las situaciones de riesgo vuelva a acaecer, Por su parte, es fundamental que estos modelos sean efectivamente

implementados siendo tarea de los entes fiscalizadores constatar que los sistemas de prevención adoptados e implementados por las personas jurídicas sean idóneos y eficaces.

BIBLIOGRAFÍA

BACIGALUPO Z, E (Dir) Teorías de la Pena y Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”. En Curso de Derecho Penal”, 2ª Ed. Madrid, Marcia Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. 2005.: pp. 43-59.

BACIGALUPO S, S. “La Responsabilidad Penal de Las Personas Jurídicas”, Barcelona, Bosch Casa Editorial S.A. 1998: pp.445.

BACIGALUPO, S. “Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”. En: BACIGALUPO, E (DIR) “Curso de Derecho Penal Económico”, 2ª edición, España, Marcia Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2005: pp. 81-104

BOFILL GENZSCH, J. “Estructura de imputación y prevención de delitos al interior de la persona jurídica”. En; Wilenmann Von Bernath, Javier, Universidad Adolfo Ibáñez, “Gobiernos Corporativos. Aspectos Esenciales de las Reformas a su regulación”. Abeledo Perrot Legal Publishing, Santiago, 2001.:pp. 175-195.

CARBAJO CASCÓN, F. “Corrupción Pública, Corrupción Privada y Derecho Patrimonial: Una Relación Instrumental. Uso Perverso, Prevención, Represión y Represión”. En Rodríguez García, N., Caparros Edo. Fabián y Contreras Alfaro, Luis. “Prevención y Represión de la Corrupción en el Estado de Derecho”. Santiago de Chile, Lexis Nexis, 2005: pp. 171-218

CESPEDES ILLANES, R. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: discusión dogmática y político-criminal, derecho comparado y legislación nacional” Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2000.

COLLAO R. I. y OSSANDÓN W. M. “Delitos contra la función pública”. 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008: 518pp.

CONVENCIÓN PARA COMBATIR EL COHECHO A FUNCIONARIOS PÚBLICOS EXTRANJEROS EN TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES. Cartilla Explicativa. Gobierno de Chile (consulta: 8 noviembre de 2012). Disponible en <<http://www.cde.cl/>>. 9pp.

DECRETO SUPREMO DEL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Nº 496 de 10 de octubre de 2001 (Chile) “Promulga la convención para combatir el Cohecho a funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales y su anexo” [en línea].Biblioteca del Congreso Nacional de Chile <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=194157>> (consulta 8 de noviembre de 2012).

DE LA MATA BARRACO, N. J. “La respuesta a la corrupción. Tratamiento Penal de la conducta de los particulares que contribuyen a ella.” Comares S.L, Granada, 2004: 315pp

FERNÁNDEZ ARACENA, H. “Análisis del delito de cohecho trasnacional”. Revista Jurídica del Ministerio Público, Santiago, Nº 45, 2010. pp. 59-73.

GARCIA CAVERO, P. 2011 “Persona Jurídica como sujeto penalmente responsable”. En: BERRUEZO, HERNÁNDEZ BASUALTO, BARRIOS BAUDOR, QUINTANILLA NAVARRO, GARCIA CAVER, “Derecho Penal Laboral, delitos contra los trabajadores”, B de F Ltda., Buenos Aires, Argentina pp. 143-177.

GÓMEZ-JARA DIEZ, C. “¿Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Culpabilidad e imputación empresarial en un verdadero derecho penal empresarial”. En Revista Internacional de Derecho Penal Contemporáneo Colombia Nº 15 (Abril-junio) 2006, Legis Editorial. pp. 5-34

GUITÉRREZ ARAVENA, C. “El Cohecho, Delito Funcionario, Evolución en su Tratamiento Penal”, memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Profesor Guía Jean Pierre Matus Acuña, Universidad de Talca, facultad de ciencias jurídicas y sociales, Escuela de Derecho, octubre de 2001.

HISTORIA DE LA LEY 20.341”Introduce modificaciones al Código penal, en la Regulación de ciertos delitos contra la Administración Pública”. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. 22 de abril de 2009.(consulta 8 de noviembre de 2012). Disponible en <<http://www.bcn.cl/>>.

HISTORIA DE LA LEY 20.393 “Establece la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en los delitos de lavado de dinero, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica”. Biblioteca del Congreso Nacional

de Chile. 2 de Diciembre de 2009 (consulta 8 de noviembre de 2012). Disponible en <http://www.bcn.cl/>.

HERNANDEZ BASUALTO, H. 2010 “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile” [en línea] Polit.crim. Vol 5, N° 9. Art. 5, pp.207-236.<http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A5.pdf.> (consultado 8 de noviembre de 2012).

MATUS ACUÑA, J.P. “Informe sobre el proyecto de Ley que establece la Responsabilidad Legal de las personas jurídicas en los delitos de Lavado de Activos, Financiamiento del Terrorismo y Delitos de Cohecho que indica, Mensaje N° 018-357/”. Revista Ius et Praxis de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Universidad de Talca, Volumen15 (Nro. Rev. 2). 2009: pp. 235-307

ONFRAY VIVANCO, V. 2001 “Reflexiones en torno a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”. Revista de Derecho (N°4), Consejo de Defensa del Estado, Chile: pp. 153-167.

OLAIZOLA NOGALES, I. 1999. “El delito de cohecho”, Tirant Lo Blanch, Valencia: 519pp.

OSSANDON WIDOW, M. 2003. “Consideraciones políticas criminales sobre el delito de tráfico de influencias”. Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte N° 10: pp. 161-180.

PEÑA NEIRA, S. 2010 “La Responsabilidad Penal de las Empresas en Chile”, Santiago de Chile, Metropolitana: pp. 264.

POLAINO NAVARRETE, M. 2007 “Delitos contra la Administración Pública (V) cohecho”. En Curso de Derecho penal, parte especial II, dirigido por Manuel Cobo del Rosal, Madrid, Marcial Pons: pp. 363-387.

REYES ALVARADO, Y. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”. En Revista Internacional de Derecho Penal Contemporáneo, Colombia N° 25 octubre-diciembre de 2008, Legis Editorial: pp. 43 - 66.

RODRIGUEZ GOMEZ, C. 2005 “Aspectos Penales de la Corrupción en la Administración Pública”. En Rodríguez García, N., Caparros Edo. Fabián y Contreras Alfaro, Luis. “Prevención y Represión de la Corrupción en el Estado de Derecho”. Santiago de Chile, Lexis Nexis: pp. 269-307.

OLIVER C., G. 2004 “Aproximaciones al delito de Cohecho” [en línea] REJ-Revista de Estudios de la Justicia-Nº5, Facultad de Derecho Universidad de Chile.<<http://www.derecho.uchile.cl/cej/recej/RECEJ%205/APROXIMACION%20AL%20DELITO%20DE%20COHECHO.pdf>> (consulta: 7 de noviembre 2012): pp.83-115.

RODRIGUEZ PUERTA, M.J. 1999 “Delito de Cohecho: problemática jurídico penal de soborno de funcionario”, Aranzadi, Pamplona: 330 pp.

ROJAS ARMANDI, V. “Tratados Internacionales sobre corrupción” forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones

jurídicas de la UNAM. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2770.8> pdf.
(consulta 2 julio 2012).

TERRAGNI, M.A. 2003 “Delitos propios de los funcionarios públicos”, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo: 466 pp.

VALEIJE ALVAREZ, I. 1995 “Tratamiento Penal de la corrupción del funcionario: El delito de Cohecho”, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas:280 pp.

VICENTE MARTÍNEZ, R. de D. 2002 “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Consecuencias accesorias contra la empresa”. Revista Internacional de Derecho Penal Contemporáneo. Nº 1, Legis., Bogotá: pp. 35-76

VILLEGAS HERNANDEZ, P. “El delito de Cohecho: Estudio Sistemático y dogmático de las modificaciones introducidas por la Ley 19.829”, memoria de grado para optar al título de licenciado en ciencias jurídicas, Concepción, Universidad Católica de la Santísima Concepción. 2005.