



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

CORRUPCIÓN PRIVADA EN CHILE: ANÁLISIS CRÍTICO A PARTIR DE LOS
PROYECTOS DE LEY QUE BUSCAN SU TIPIFICACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL

Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

CAMILA BELMAR SILVA

Profesor Guía:

Germán Ovalle Madrid

Santiago de Chile

2018

*A mi familia, por cuyo apoyo he alcanzado mis metas
y he podido soñar con las que vendrán.*

Índice

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I. CORRUPCIÓN ENTRE PRIVADOS Y SURGIMIENTO DE LA INICIATIVA DE TIPIFICARLA EN CHILE	4
1. Contexto fáctico de las propuestas legislativas de penalización de la corrupción privada..	7
2. Marco normativo internacional en relación a la penalización de la corrupción privada ...	10
3. Proyectos de ley que tipifican la corrupción entre privados en Chile	13
CAPÍTULO II. MODELOS COMPARADOS DE TIPIFICACIÓN DE LA CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES	18
1. Corrupción privada como infracción de deberes.....	19
a. Reino Unido (<i>Prevention of Corruption Act</i> de 1906)	20
b. Francia.....	20
c. Holanda	22
d. Bélgica	22
e. Críticas al modelo de corrupción privada como infracción de deberes.....	23
2. Corrupción privada como infracción a la competencia leal.....	25
a. Alemania	25
b. Austria.....	29
c. España	30
d. Críticas al modelo de corrupción privada como infracción a la competencia leal.....	33
3. Modelo unitario: punibilidad conjunta de la corrupción pública y privada.....	35
a. Suecia.....	37
b. Reino Unido (<i>Bribery Act</i> de 2010)	38

c. Críticas al modelo unitario	41
CAPÍTULO III. ANÁLISIS CRÍTICO A LAS INICIATIVAS QUE BUSCAN TIPIFICAR LA CORRUPCIÓN PRIVADA EN CHILE	43
1. Naturaleza de <i>ultima ratio</i> del derecho penal y el bien jurídico protegido.....	45
2. Dificultades en la persecución de la corrupción entre particulares	52
a. Condiciones especiales de los posibles imputados.....	53
b. Condiciones especiales de las víctimas.....	55
c. Dificultades probatorias	57
d. Riesgos de la ineficacia del sistema punitivo.....	63
3. Tendencia internacional en políticas de lucha contra la corrupción privada	64
4. Críticas específicas a los proyectos presentados para tipificar la corrupción entre particulares (Boletín 10.155-07 y Boletín 10.739-07).....	70
a. Relevancia de la determinación del bien jurídico que se busca proteger	70
b. Críticas referidas a la pena prevista para el delito de corrupción privada	72
c. Observaciones en relación a las herramientas de persecución del delito de corrupción privada y otros aspectos a considerar	77
CONCLUSIONES	79
Bibliografía.....	82

RESUMEN

Los boletines 10.155-07 y 10.739-07 introdujeron a tramitación en el Congreso dos proyectos de ley que buscan incluir el delito de corrupción privada en el Código Penal chileno. A raíz de estas iniciativas, el presente trabajo pretende plantear la necesidad de reflexionar en torno a elección de la vía penal como herramienta para enfrentar un asunto de alta connotación pública y complejidad como es la corrupción privada, haciendo especial énfasis en la falta de un estudio acabado de las limitaciones y desventajas que ello puede traer aparejado. Para ello se aborda, en primer lugar, el contexto en que las iniciativas legislativas surgieron y sus propuestas concretas. A continuación, se exponen sucintamente los principales modelos y respuestas adoptadas por otros países en relación a la punibilidad de esta figura, con miras a adquirir una visión crítica y anticipar las consecuencias prácticas que podría tener en nuestro país el seguir alguno de ellos. Finalmente, se presentan distintos aspectos que hacen cuestionable la propuesta de persecución penal de la corrupción privada y las críticas específicas que pueden plantearse a los proyectos de ley referidos a ella.

PALABRAS CLAVE: Corrupción, sector privado, competencia leal, deslealtad, soborno, delitos económicos.

INTRODUCCIÓN

Si bien tradicionalmente la corrupción se asociaba al funcionamiento del sector público, hoy es claramente reconocido como un fenómeno más extenso, que toca también al ámbito de las relaciones privadas¹. Esta realidad, sumada a los escandalosos casos relacionados con la corrupción del modelo económico que se conocieron durante el segundo mandato presidencial de Michelle Bachelet, la presión social y los compromisos internacionales pendientes, hicieron surgir en nuestro país dos iniciativas legislativas que buscaban, entre otras cosas, incorporar en el Código Penal un delito de corrupción privada. La figura propuesta era similar al cohecho, pero, en lugar de involucrar a un funcionario público, sancionaría una conducta corrupta en que participarían sujetos específicos del ámbito privado. A grandes rasgos, el delito tendría como objeto combatir la corrupción entre particulares, evitando que en la contratación o compra de determinados servicios o productos se hicieran preferencias indebidas que, ignorando la decisión económica óptima, distorsionasen el mercado.

A menudo se reconoce que el fenómeno de la corrupción es un problema social enorme, pues pone en peligro la estabilidad y la seguridad de las sociedades, amenaza el desarrollo social, económico y político, y arruina el valor de la democracia y la moral (Huber, 2003, pág. 41). Sutherland (2011, pág. 194) señalaba que mientras la mayoría de los delitos tienen un efecto relativamente pequeño sobre las instituciones sociales o la organización social, los “delitos de cuello blanco” no solo implican pérdidas económicas importantes, sino que también traen aparejados enormes daños en las relaciones sociales. Para él, tales delitos vulneran la confianza, y con ello disminuye la moral social y se produce una desorganización a gran escala. Dentro de ese contexto, las iniciativas que buscan tipificar la corrupción entre privados pretenden revertir o, a lo menos contener, la desconfianza en el funcionamiento del modelo político, económico y jurídico que se genera a consecuencia de casos de esta índole.

¹ En este sentido p.ej. Rosas Oliva (2009); Huber (2003).

Ahora bien, aún cuando se hace imposible negar la relevancia de que se tomen iniciativas para combatir los hechos de corrupción entre privados y propender a eliminar la impunidad en estos espacios en general, cabe al menos cuestionarse si la vía penal es la idónea para alcanzar dichos objetivos. Buena parte de la dogmática penal ha dedicado sus esfuerzos a exponer los fundamentos de la tipificación de una figura de corrupción entre privados restringida al ámbito comercial o de los negocios, respaldándose principalmente por normas supranacionales², dando por hecho que el camino punitivo sería el más apropiado. Este avance doctrinario debe ser reconocido y valorado. Sin embargo, también parece necesario reflexionar en torno a la naturalidad con que la vía penal es elegida a la hora de legislar respecto de asuntos de alta connotación pública, y cuestionar la falta de análisis con relación a las limitaciones y desventajas que ello puede traer aparejado.

En miras a este propósito, en primer lugar, describiremos a modo general el contexto fáctico y normativo en el cual nacen las iniciativas nacionales de tipificar la corrupción entre particulares en el Código Penal para luego presentar los proyectos de ley que tratan la materia, poniendo especial énfasis en aquel que se encuentra actualmente con una tramitación activa.

En un segundo capítulo, repasaremos sucintamente los principales modelos regulatorios utilizados en otros países. Con el objetivo de anticipar el funcionamiento del modelo que se quiere implementar en nuestro país, examinaremos los distintos enfoques, algunas de sus consecuencias, así como las críticas que se les han opuesto.

Finalmente, en el tercer capítulo de este trabajo, expondremos las principales razones por las que podría cuestionarse que la herramienta penal sea la más idónea para combatir la

² A nivel de la Unión Europea la mayoría de los países introdujo la figura en sus respectivos Códigos Penales tras la Decisión Marco de la Unión Europea 2003/568/JAI, sobre la lucha de la corrupción en el sector privado, de 22 de julio de 2003. En el plano interamericano la iniciativa ha surgido a raíz de la Convención Interamericana Contra la Corrupción de 1996, mientras que en un plano general ha influido la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003. Sobre los compromisos de Chile a la luz de este marco normativo, vid. Capítulo I, sección 2.

corrupción privada, además de enunciar algunos aspectos criticables al proyecto de ley que se encuentra en tramitación activa en el Congreso.

CAPÍTULO I. CORRUPCIÓN ENTRE PRIVADOS Y SURGIMIENTO DE LA INICIATIVA DE TIPIFICARLA EN CHILE

La corrupción representa un gran peligro para diversas esferas de desarrollo de un país. En primer lugar, genera desconfianza en las relaciones comerciales y efectos indeseados en el sistema económico y en el funcionamiento de los mercados. Adicionalmente, las prácticas corruptas operan como un modelo de actuación que se conecta muy de cerca con la criminalidad organizada. En este sentido, la existencia de conductas corruptas funciona como un indicador que manifiesta “una enfermedad más profunda que puede llegar incluso a desestabilizar gravemente la salud ético-jurídica del sistema democrático, socavando los principios de solidaridad, igualdad, legalidad o de confianza pública en la justicia” (Iglesias y Medina, 2004, pág. 50). En palabras de Cortina (1996), “acabamos pensando que todo el mundo tiene un precio, en la vida política o en cualquier otra (...) y al final nos dejamos llevar por una hermenéutica de la desconfianza” (pág. 33).

Tradicionalmente la corrupción se asociaba al funcionamiento de la administración pública y la relación de los privados con ella. Se solía asociar el concepto de corrupción a los delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos, como la malversación de caudales públicos, el cohecho, la negociación incompatible, entre otros. Siendo este el paradigma imperante, las principales modificaciones legislativas en materia de corrupción se enfocaban en esos delitos³. Para Oliver (2004) “[n]o es difícil constatar que la corrupción en el ámbito privado no provoca tanta alarma como en el sector público. Es quizás esa la razón por la cual el legislador se ha preocupado más de la corrupción en el ámbito público” (pág. 83).

No obstante, paulatinamente la corrupción entre particulares tomó un rol importante en las agendas legislativas, especialmente a nivel internacional. Este impulso se debió principalmente a dos fenómenos: por una parte, la privatización de diversas funciones públicas

³ V.gr. La incorporación de cohecho a funcionario público extranjero, regulado actualmente en el párrafo IX bis, Título Quinto, Libro Segundo del Código Penal.

de primer orden durante los últimos años del siglo XX y, por otra, la globalización de la economía.

Respecto a lo primero, debido a que muchas labores públicas en materia de salud, educación, transporte y comunicaciones pasaron (al menos parcialmente) a manos privadas, se comenzó a comprender que cualquier alteración a la competencia, que no diga relación con criterios de calidad y eficiencia, podría traer consecuencias importantísimas no solo al sector privado y sus intereses, sino también en el plano público, afectando a los numerosos usuarios de dichos servicios⁴. En consecuencia, a nivel comparado se tomaron distintas medidas para intentar colmar los vacíos de punibilidad que se generaban por las diversas manifestaciones de la corrupción (Gómez, 2017, pág. 259). Por ejemplo, Alemania y más recientemente España, redefinieron el concepto penal de “funcionario público” incluyendo a todos quienes, por encargo de la administración, realizan funciones públicas⁵; mientras que en Austria se formuló un tipo específico en que se sanciona la corrupción en el caso de los empleados de empresas públicas (Nieto, 2002, pág. 57).

Por otra parte, la antigua limitación de la corrupción a las relaciones entre privados y funcionarios públicos se volvió insuficiente ante una realidad en que la economía estaba cada vez más globalizada. Las empresas comenzaron a competir a niveles transnacionales, luchando muchas veces “por situarse en condiciones favorables en países desarrollados y en vías de desarrollo (aprovechando en muchas ocasiones los déficit de organización democrática de estos últimos) para obtener así posiciones de ventaja en el comercio internacional” (Carbajo, 2012, págs. 299-300). Frente a este escenario en que la corrupción se potencia, e incluso escapa de las

⁴ Al respecto véase, entre otros, Boles (2014, págs. 698-701); y Huber (2003, pág. 49).

⁵ Como señala GALÁN (2016) el concepto penal de “funcionario público” sería material (no formal) y mucho más amplio que en materia administrativa. Esto tendría como propósito “sancionar todas las conductas que puedan llegar a afectar al correcto funcionamiento de la función pública con total independencia de si quien las realizó tenía una vinculación permanente o no con la administración” (pág. 621), sin perjuicio de las consecuencias negativas que una definición así de amplia trae aparejada.

fronteras estatales, es cada vez más difícil negar la necesidad de implementar medidas para combatirla.

Sin embargo, para abordar correctamente el problema resulta especialmente relevante identificar cuáles son los elementos que lo propician. En este sentido Malem (2016) elabora un listado de contextos favorecedores de la corrupción, dentro del cual destacan dos contextos especialmente importantes de tener a la vista para efectos de analizar cómo ha de sancionarse la corrupción entre privados.

El primero de ellos es un contexto en que las acciones corruptas no se tipifiquen como delitos. El autor señala que, por diversas causas, que van desde el desinterés político, hasta la falta de previsión por parte del legislador, muchos de los actos de corrupción no importan comportamientos penalmente antijurídicos. Sin embargo, a su juicio “la ciudadanía no comprende cómo comportamientos socialmente dañinos no son castigados y piensa que el Estado privilegia ciertos intereses, clases o grupos sociales” (pág. 33).

El segundo de los contextos a destacar es aquel en que el sistema punitivo sea ineficaz. Sin perjuicio de que más adelante explicaremos cómo es que el sistema procesal penal presenta características que lo pueden hacer especialmente ineficaz para sancionar la corrupción entre particulares, es importante adelantar que, tal como lo señala Malem (2016) “cuando la ciudadanía advierte el fracaso del sistema punitivo se ve a sí mismo libre de los incentivos negativos provocados por la sanción” (pág. 32).

Con esto a la vista y con el deseo de mejorar el entorno en que se desarrollan las relaciones comerciales entre los privados, actualmente en Chile existen dos iniciativas legislativas que proponen tipificar como delito la corrupción entre particulares, incorporando la figura en el Código Penal.

Sin embargo, antes de pasar a exponerlas, creemos necesario presentar el contexto que a nivel nacional hizo propicio que esta figura pasara a discutirse en nuestro Congreso.

1. Contexto fáctico de las propuestas legislativas de penalización de la corrupción privada

El 11 de marzo de 2014 comenzó el segundo mandato presidencial de Michelle Bachelet. Su gobierno estuvo marcado, entre otras cosas, por una serie de escándalos dados a conocer por los medios de comunicación relacionados con la corrupción del modelo económico.

El 2014 explotó el caso del “fraude al FUT” que evolucionó luego en el destape del llamado “caso Penta”. Mediante la emisión de boletas de honorarios por servicios que realmente no eran prestados se reducían las utilidades imponibles del grupo Penta y se entregaban irregularmente fondos para las campañas de renombrados políticos nacionales. Esto generó un grave cuestionamiento al financiamiento de las campañas políticas en Chile.

Bajo la misma modalidad se expuso un posible caso de cohecho al entonces ex subsecretario de minería del Gobierno de Sebastián Piñera, Pablo Wagner, quien recibió aportes de dinero mientras ejercía su cargo, presuntamente para influir de forma positiva en la aprobación y certificación del proyecto minero Dominga, en que Empresas Penta tenía intereses⁶.

Por otra parte, a comienzos del 2015 la revista *Qué Pasa* reveló el denominado “caso Caval” en alusión a la empresa de desarrollo inmobiliario Caval, cuyo 50% pertenecía a Natalia Compagnon, nuera de la presidenta Michelle Bachelet. El reportaje de la revista señalaba que tras una reunión entre Compagnon y Andrónico Luksic, con la presencia de Sebastián Dávalos (hijo de la mandataria), el Banco de Chile realizó un préstamo de 6.500 millones de pesos a la empresa Caval, destinado a la compra de 44 hectáreas ubicadas en Machalí. Además de cuantioso, el préstamo fue otorgado con condiciones extrañamente favorables, por lo que las alarmas inmediatamente se encendieron y se apuntó a un posible caso de tráfico de influencias. Al mismo tiempo, el cambio de regulación que transformaría los terrenos de uso agrícola a uso

⁶ En julio de 2018, mediante una reformatización, el Ministerio Público descartó la imputación de cohecho al ex ministro Wagner considerando que los pagos que recibió de parte del grupo Penta constituían un “incremento patrimonial indebido”, siendo condenado por enriquecimiento ilícito además de delitos tributarios.

urbano levantó las sospechas de que existiera uso de información privilegiada, sobornos y cohecho⁷.

Los casos brevemente reseñados dan cuenta del contexto fáctico que se vivía en el país durante el año 2015. Estos hitos dieron cabida a la iniciativa de la presidenta Michelle Bachelet de mejorar la regulación de la relación entre política y dinero, tanto en el ámbito público como en el privado. Fue así como mediante el Decreto N° 002 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, se crea el “Consejo Asesor Presidencial contra los conflictos de interés, el tráfico de influencias y la corrupción” (en adelante, Consejo o Consejo Asesor), compuesto por 15 destacadas personalidades de diversas áreas de especialidad⁸, y presidido por el economista Eduardo Engel.

Conforme a lo señalado en el artículo 1° del Decreto N°002, sus principales objetivos eran proponer un marco normativo que permitiese

“el cumplimiento efectivo de los principios éticos, de integridad y transparencia, en sus aspectos legales y administrativos para lograr el eficaz control del tráfico de influencias, la prevención de la corrupción y de los conflictos de interés en los ámbitos de los negocios, la política y el servicio público, así como en la relación entre éstos”.

Por su parte, la Mandataria señaló que las propuestas del Consejo irían dirigidas a garantizar que ninguna persona se viera beneficiada por contar con información privilegiada o contactos políticos; a que los servidores públicos no se expusieran al poder del dinero; a erradicar el abuso de poder como una práctica, y a que quienes cometieran tales hechos tuviesen sanciones efectivas y ejemplares. Para ello recogerían las mejores prácticas a nivel mundial y

⁷ En junio de 2018, después de 3 años de investigación, comenzó un juicio oral contra Natalia Compagnon y Mauricio Valero, su socio, por delitos tributarios y soborno. Escapa a los fines de este trabajo ahondar sobre los diversos delitos implicados en este caso y el desarrollo del caso. Más información se puede encontrar en diversas notas de prensa, v.gr. <https://ciperchile.cl/2016/01/07/caval-la-trama-de-los-pagos-ilicitos-que-inculpa-a-los-diez-acusados/>

⁸ La Comisión estaba compuesta por expertos en derecho, ciencias políticas y economía. Particularmente la componían Alfredo Etcheberry, Álvaro Castañón, Olga Feliú, Rossana Costa, Claudio Fuentes; José Andrés Murillo, Andrea Repetto, Manuel Riesco, Marcela Ríos, Lucas Sierra, Agustín Squella, Paulina Veloso, Daniel Zovatto, Benito Baranda y Vitorio Corbo.

realizarían audiencias con otros expertos, además de personas que representarían a la ciudadanía y organismos internacionales.

El Consejo debía elaborar un informe proponiendo medidas administrativas, legales y éticas, de aplicación para las esferas de lo público, de lo privado y para las relaciones entre ambas. El fin último era desarrollar una cultura y una ética de la transparencia e intentar de esta forma reestablecer la confianza en las instituciones (Portal Gob.cl, 2015).

Conforme al plazo definido en el propio Decreto que lo creó, el 28 de abril de 2015, el Consejo emitió un informe final dando a conocer sus propuestas. En lo relativo al tema de este trabajo, el informe es más bien somero y señala simplemente que, en relación con la persecución y sanción penal de la corrupción se identificaron como problemas

“la existencia de penas relativamente bajas (...) tanto en comparación con otros países como en lo que respecta a otros delitos en Chile. En el mismo sentido se mantienen vacíos legales en la tipificación de algunos delitos reconocidos como tales en otros países y en la UNCAC [United Nations Convention against Corruption], como por ejemplo el abuso de funciones, la corrupción entre privados y el tráfico de influencias de un particular” (Consejo Asesor Presidencial contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción, 2015, pág. 45).

El Consejo señala algo que no era realmente novedoso: que Chile debía adecuar su regulación a los compromisos internacionales, revisando la tipificación, penas, plazos de prescripción y capacidad de fiscalización de los delitos relacionados a la corrupción. Sin embargo, el Consejo no entrega fundamentos más profundos o vías específicas de acción al respecto.

Como resultado del trabajo del Consejo Asesor y de su Informe Final, el 17 de junio de 2015 la Presidenta de la República envió al Congreso un Mensaje con el que se dio inicio al primer proyecto de ley que tipificaba el delito de corrupción entre particulares y modificaba otras disposiciones del Código Penal en aspectos relacionados a los delitos de negociación incompatible, tráfico de influencias, cohecho y soborno, y cohecho a funcionario público extranjero, rotulado como Boletín 10.155-07.

2. Marco normativo internacional en relación a la penalización de la corrupción privada

Tal como se anticipaba *supra*, Chile ha suscrito diversos instrumentos y tratados internacionales sobre corrupción, los cuales han motivado reformas legislativas en la materia. No obstante, existen algunos compromisos, como la persecución de la corrupción privada, que aún están pendientes de ser plasmados en la legislación nacional.

Encontramos, en primer lugar, la Convención Interamericana contra la Corrupción, de la Organización de Estados Americanos, adoptada el 29 de marzo de 1996 en Caracas y promulgada en Chile el 29 de octubre de 1998. Desde su preámbulo se indican los principales bienes que la Convención pretende resguardar, enunciándose el orden moral, la justicia y el desarrollo integral de los pueblos, todo lo cual se vería en peligro mediante conductas constitutivas de corrupción. No obstante, esta Convención se limita a regular asuntos de cohecho a funcionarios públicos y soborno transnacional, sin referirse específicamente a la corrupción o sobornos en el ámbito privado.

En segundo lugar, el Estado de Chile ratificó el año 2001 la Convención para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). En virtud de esta Convención y con miras a la incorporación del país a la OCDE, en el año 2009 se introdujo al Código Penal la figura del cohecho a funcionario público extranjero, regulado actualmente en el párrafo IX bis, Título Quinto (“De los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos”), del Libro Segundo.

En tercer lugar, encontramos la ya mencionada Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC por sus siglas en inglés). Esta Convención fue adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 31 de octubre de 2003 y ratificada por Chile el 13 de

septiembre de 2006, publicándose el Decreto 375 que la promulga el día 30 de enero de 2007⁹. En particular su artículo 21 trata sobre “soborno en el sector privado” indicando:

“Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales:

a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar;

b) La solicitud o aceptación, en forma directa o indirecta, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar.”.

De la lectura de este apartado salen a la luz varias prevenciones que pueden hacerse respecto a cómo está tratada la corrupción entre particulares en la Convención. En primer lugar, el enunciado del artículo 21 no es de carácter estrictamente imperativo. Si analizamos de manera sistemática la norma, es claro que, en comparación con formas de corrupción en el ámbito público, la tipificación de la corrupción entre privados es más una propuesta en lugar de un mandato vinculante para los Estados suscriptores¹⁰. Siendo así las cosas, los ordenamientos

⁹ La Convención comienza indicando en el artículo 1º que su finalidad es, entre otras, la de “[p]romover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción”. Posteriormente señala en su artículo 12 que: “Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará medidas para prevenir la corrupción y mejorar las normas contables y de auditoría en el sector privado, así como, cuando proceda, prever sanciones civiles, administrativas o penales eficaces, proporcionadas y disuasivas en caso de incumplimiento de esas medidas”.

¹⁰ Vemos, a modo de ejemplo, que respecto del soborno de funcionarios públicos nacionales (artículo 15), el soborno a funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas (artículo 16) y en la malversación, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público (artículo 17) el enunciado es “Cada Estado Parte *adoptará* las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito...” (la cursiva es propia). A la misma conclusión llega el profesor Hernández, como queda de manifiesto en la tramitación del segundo proyecto de ley referido a corrupción privada, Boletín 10.739-07, específicamente en el Informe de la Comisión Constitucional, donde “En relación con el

internos de cada país tienen, además, un margen de libertad más menos amplio para adoptar el modelo regulatorio que estimen óptimo.

Otro aspecto que podemos ver a partir de la lectura del artículo 21 es que la corrupción entre privados que la UNCAC pretende que se tipifique está limitada conductas que tienen lugar en torno a actividades económicas, financieras o comerciales. Anticipando un punto que desarrollaremos más adelante al estudiar distintos modelos de tipificación de la corrupción privada a nivel internacional, esta delimitación refleja que uno de los objetivos de la Convención es resguardar la competencia leal. Al respecto, primero se debe aclarar que la corrupción es, en palabras de Kindäuser (2007), una “forma de agresión con la que se puede vulnerar los más distintos intereses penalmente protegidos” (pág. 2), por lo tanto existen diversos escenarios en los que también existe corrupción. Por eso algunos países han tomado medidas de carácter penal que van más allá de la sola protección a las reglas del mercado, extendiéndolas a ámbitos como la salud o los deportes¹¹.

Por otra parte, el precepto citado indica que la conducta se debe realizar faltando al deber inherente a las funciones del sujeto, lo que introduce un elemento que se acerca más al delito de administración desleal que al de corrupción privada, evidenciando que no se trata de un modelo “puro” de protección a la competencia leal¹².

Finalmente, el sujeto corrupto contemplado por la disposición es bastante amplio, en tanto incluye a la persona que dirija una entidad del sector privado, pero también a quien cumpla

cohecho entre particulares que el proyecto contempla, planteó que la primera cuestión que debe tenerse en vista es que su introducción no es un requerimiento que impongan los instrumentos internacionales suscritos por nuestro país en esta materia, sino que se plantean como una sugerencia” (pág. 18).

¹¹ V. gr. España incorporó el año 2015 al Código Penal (artículo 286 bis, párrafo 4) la figura de corrupción en el deporte, mientras que en Alemania se incorporaron el año 2016 un §299a y §299b en el StGB, tipificando la corrupción en el ámbito de la salud. De la misma forma, Estados Unidos contempla en el Capítulo 11, del Título 18, del US *Code*, distintos ámbitos en que la corrupción privada es punible, como en materia de transacciones bancarias respecto de los empleados de una institución financiera (sección 215), las competencias deportivas (sección 224) y la seguridad de los puertos (sección 226).

¹² Este tema se desarrolla con mayor profundidad a propósito de los modelos comparados de tipificación de la corrupción privada, vid. *Infra* Capítulo II.

cualquier función en ella. Entendiendo que la Convención busca proteger, al menos en alguna medida, la competencia leal entre los actores privados, es difícil aceptar que cualquier persona que cumpla una función en una entidad privada tenga el poder decisorio suficiente para alterar la competencia y, por ende, afectar el bien protegido por la norma.

3. Proyectos de ley que tipifican la corrupción entre privados en Chile

En los últimos años se han presentado a tramitación dos proyectos de ley que buscan incorporar al Código Penal el delito de corrupción privada.

El 17 de junio de 2015 la presidenta de la República, Michelle Bachelet, envió al Congreso un Mensaje con el que se dio inicio a un proyecto de ley que tipificaba el delito de corrupción entre particulares y modificaba otras disposiciones del Código Penal en aspectos relacionados a los delitos de negociación incompatible, tráfico de influencias, cohecho y soborno, y cohecho a funcionario público extranjero (Boletín 10.155-07).

Por otra parte, el 8 de junio de 2016 ingresó por moción de los senadores Araya, De Urresti, Espina, Harboe y Larraín, otro proyecto de ley (Boletín 10.739-07) que modificaba el Código Penal en lo relativo a los delitos de cohecho y soborno, aumentando sus penas, tipificando los delitos de soborno entre particulares y de administración desleal; y modificando la ley N° 20.393, que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Frente a este escenario, el proyecto remitido por el Ejecutivo fue relegado y los esfuerzos se centraron en lograr consensos en torno a la nueva propuesta, lo que se ha manifestado en una tramitación relativamente activa del Boletín 10.739-07, que a la fecha se encuentra en Comisión Mixta tras la falta de acuerdo durante el tercer trámite constitucional. Por esa razón, este trabajo examinará principalmente la segunda propuesta legislativa, sin perjuicio de incluir alguna información relevante que puede rescatarse de la tramitación del Boletín 10.155-07.

El proyecto de ley contenido en el Boletín 10.739-07 proponía incorporar en el Código Penal una figura denominada por los senadores como “soborno” entre particulares. Se señalaba

explícitamente que la incorporación de esta figura buscaba dar cumplimiento a los estándares establecidos en la UNCAC¹³. Para ello proponían crear inmediatamente después del artículo 287, un artículo 287 bis¹⁴ el cual señalaba:

“Artículo 287 bis. El que prometa, ofrezca o diere, en forma directa o indirecta, un beneficio indebido en su propio provecho o en el de un tercero, a una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función de dirección o supervisión en ella, a fin que actúe o se abstenga de actuar, con infracción a los deberes inherentes a sus funciones, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado medio a máximo y multa del tanto al cuádruple del beneficio prometido, ofrecido o dado. Asimismo, la persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función de dirección o supervisión en ella, que solicite o consiente en recibir de cualquier persona, en forma directa o indirecta, un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en favor de un tercero, a fin que actúe o se abstenga de actuar, con infracción a los deberes inherente a sus funciones, será castigado con la pena de reclusión menor en su grado medio a máximo y multa del tanto al cuádruple del beneficio solicitado o consentido.”

Esta propuesta fue modificada durante el segundo trámite constitucional en la Cámara de Diputados, donde se aprobó la inclusión de un párrafo 7 bis al Código Penal, titulado “De la corrupción entre particulares”, diferenciando en dos artículos el delito dependiendo del sujeto activo, pasando para la aprobación de la Comisión Mixta de la siguiente forma:

“Artículo 287 bis. El empleado o mandatario que solicitare o aceptare recibir un beneficio económico o de otra naturaleza, para sí o un tercero, para favorecer o por haber favorecido en el ejercicio de sus labores la contratación con un oferente sobre otro, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado medio y multa del tanto al cuádruple del beneficio solicitado o aceptado. Si el beneficio fuere de naturaleza distinta a la económica, la multa será de cincuenta a quinientas unidades tributarias mensuales.

¹³ Es posible que esta sea la razón de que se haya usado la denominación “soborno” en lugar de “corrupción”.

¹⁴ De esa forma, este artículo pretendía ser enmarcado en el título sexto “De los crímenes y simples delitos contra el orden y la seguridad públicos cometidos por particulares”, párrafo 7, relativo a “Crímenes y simples delitos relativos a la industria, al comercio y a las subastas públicas”.

Artículo 287 ter. El que diere, ofreciere o consintiere en dar a un empleado o mandatario un beneficio económico o de otra naturaleza, para sí o un tercero, para que favorezca o por haber favorecido la contratación con un oferente por sobre otro será castigado con la pena de reclusión menor en su grado medio, en el caso del beneficio dado u ofrecido, o de reclusión menor en su grado mínimo, en el caso del beneficio consentido. Además se le sancionará con las penas de multa señaladas en el artículo precedente.”

De la comparación entre la propuesta inicial y lo antes citado se pueden observar algunas modificaciones esenciales en la tipificación del delito. La primera dice relación con que, originalmente el proyecto apuntaba a sancionar a quienes tuviesen funciones directivas dentro del sector privado, mientras que la norma aprobada tras el segundo trámite contempla un sujeto corrupto más amplio, considerando como sujeto involucrado al “empleado o mandatario”¹⁵.

En segundo lugar, relacionado a este mismo punto, se produce un cambio en cuanto al ámbito en que se dará la conducta corrupta y el bien jurídico que se busca proteger. La propuesta inicial era que la actuación (o abstención) se hiciera con infracción a los deberes inherentes a las funciones del corrupto. Como veremos a propósito del Capítulo II, una norma de ese tipo tiene un enfoque privatista, en el que lo principal parece ser el resguardo al deber de lealtad que tiene una persona encargada de administrar un patrimonio o negocio, respecto de quien lo pone en esa posición. Sin embargo, el texto aprobado tras el segundo trámite especifica que el favorecimiento al sujeto corruptor debe ser en el ámbito de la contratación (en relación a la de otro oferente), formulación que da luces de un modelo enfocado en intereses públicos, que busca proteger la competencia leal. Manríquez (2008, págs. 145-146) sostiene que la sociedad tiene un especial interés en la protección del mercado competitivo, “reclamando para él la protección penal que haga más seguros los espacios de libertad que puedan desarrollarse al interior del anillo normativo que asegure vigencia paritaria a las ‘reglas del juego económico’”. La propuesta legislativa entonces sería coherente con la importancia que le otorga el colectivo a

¹⁵ En el primer proyecto de ley (Boletín 10.155-07) el uso de los conceptos “director”, “gerente”, “administrador” y “ejecutivo principal” buscaba que la nueva figura penal fuera coherente con la Ley de Mercado de Valores (ley 18.045).

este bien jurídico, sin perjuicio de las críticas que se pueden plantear al respecto y que expondremos en el tercer capítulo de este trabajo.

En tercer lugar, el texto aprobado durante el segundo trámite legislativo añade una distinción entre beneficios económicos y beneficios de otra naturaleza (como puede ser beneficios sexuales, políticos, de honor, etc.). Si bien parece que la labor de determinar el contenido del concepto “otra naturaleza” quedaría en mano de los jueces, la diferenciación explícita contribuye a que no quepa duda acerca de que los beneficios involucrados en el delito no deben ser exclusivamente económicos.

En cuarto lugar, se modificó la pena prevista para los delitos: la propuesta original era castigar con reclusión menor en su grado medio a máximo (541 días a 5 años) todos los supuestos, más una multa del tanto al cuádruple del beneficio, mientras que lo aprobado en el segundo trámite fue sancionar con reclusión menor en su grado medio (541 días a 3 años) todos los casos, excepto el de quien consiente en dar un beneficio indebido, que sería sancionado con reclusión menor en su grado mínimo (61 días a 540 días) y, además, imponer una multa que se diferenciaría según si el beneficio fuere económico (manteniéndose al cuádruple del beneficio), o de naturaleza distinta a la económica (caso en que corresponderá a un monto entre cincuenta y quinientas unidades tributarias mensuales). Este cambio va en concordancia con lo propuesto durante el segundo trámite en relación a la sanción de los delitos de cohecho y soborno, contemplados en los arts. 248 y 250 del Código Penal, que reduce su techo máximo de la misma forma. A partir de esta observación más adelante se plantearán algunas interpretaciones que deberían considerarse a la hora de definir la forma de regular la corrupción privada en nuestro país.

En quinto lugar, cabe señalar que durante el segundo trámite constitucional se propuso y aprobó la incorporación de estos nuevos delitos (eventuales arts. 287 bis y 287 ter) a los enunciados en el artículo 1º de la ley 20.393 que regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Sin embargo, el Senado no aprobó estas ni otras modificaciones propuestas durante el segundo trámite constitucional, lo que dio pie a la conformación de una Comisión Mixta que comenzó a trabajar a fines del año 2017. Pese a que tuvo algunos avances, a la fecha no ha sido posible llegar a un acuerdo definitivo sobre la materia.

CAPÍTULO II. MODELOS COMPARADOS DE TIPIFICACIÓN DE LA CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES

La experiencia comparada nos muestra distintos modelos que podemos tener a la vista para tipificar la corrupción entre particulares. Si bien escapa a los propósitos de este trabajo hacer un análisis exhaustivo de los sistemas regulatorios comparados, consideramos útil exponer, al menos, las características generales de aquellos que son predominantes, de manera que se puedan analizar críticamente las propuestas legislativas vigentes actualmente en nuestro país.

Normalmente, en materia de corrupción privada, la diferencia entre unas experiencias y otras tienen que ver con el bien jurídico que se pretende resguardar. En ese sentido, la determinación del objeto de protección de la norma puede traer aparejadas importantes consecuencias que van desde una mayor o menor amplitud en los intereses resguardados, pasando por la definición de los sujetos involucrados en la comisión del delito, hasta aspectos como la relevancia que tendrá (o no) el conocimiento o consentimiento del empresario para la punibilidad de los hechos¹⁶.

Con todo, cabe advertir que la determinación del bien jurídico protegido en este delito no resulta en absoluto sencilla¹⁷. Tal como afirma Gómez (2017), mientras en el ámbito de la corrupción pública la doctrina respecto al bien jurídico protegido suele moverse “en una misma horquilla de propuestas” – que en general apuntan a la necesidad de garantizar el correcto funcionamiento de la administración pública–, en el plano de la corrupción privada “las

¹⁶ Así p. ej. De la Cuesta y Blanco (2002): “La alternativa no es indiferente: la opción por un criterio u otro determinará que exista o no responsabilidad penal cuando el corrupto actúe con conocimiento o con la autorización del empresario” (pág. 277).

¹⁷ Incluso en ordenamientos que ya penalizan la corrupción privada existen corrientes doctrinarias que sostienen posturas diversas respecto a cuál sería el bien jurídico que se pretende proteger, p.ej. en España la doctrina encuentra dos líneas argumentativas: una dominante que señala que el bien jurídico protegido sería la competencia leal y otra minoritaria que indica que lo afectado es el deber de lealtad con el empresario (Bolea, 2013, págs. 10-11).

divergencias interpretativas alcanzan cotas superiores que, por encima de su grado de acierto, evidencian la menor tradición y solidez del interés subyacente” (págs. 259-260). Tal como se verá, en la práctica la mayoría de los ordenamientos presentan una naturaleza mixta en que prima un interés, pero secundariamente se resguardan otros¹⁸.

En este capítulo examinaremos principalmente tres modelos: el primero pone el acento en la infracción de deberes que implica la corrupción en el plano laboral, entre el empleado y el empleador, o en general en una relación fiduciaria en el ámbito mercantil. El segundo se enfoca en la afectación a la competencia leal producida por el acto de corrupción. Finalmente, el tercer modelo deja de lado la distinción tradicional entre la esfera pública y la privada, considerando que los intereses afectados son comunes a ambas formas de corrupción.

1. Corrupción privada como infracción de deberes

Varios países han regulado la corrupción privada bajo un modelo en que lo esencial es sancionar al empleado que infringe los deberes que tiene respecto de su empleador, especialmente el deber de buena fe contractual propio de la relación laboral entre ambos. Se entiende que sobornar a un empleado atentaría contra la lealtad que él le debe a su empleador en dicha relación, puesto que en lugar de velar exclusivamente por los intereses de este último, prioriza los suyos propios¹⁹. Desde ya se puede apreciar que este modelo supone que el sujeto corrupto únicamente pueda ser el empleado y no el empleador.

Entre los países que tradicionalmente se asocian a este modelo encontramos al Reino Unido, Francia, Holanda y Bélgica. A continuación se describirán sucintamente sus normativas, para luego revisar las principales críticas que ha recibido esta forma de regulación.

¹⁸ V. gr. Heine (2003) señala que resulta inevitable la superposición y transmisión de algunas características de un modelo a otro (pág. 10).

¹⁹ Nieto (2002) indica que este deber de buena fe debe concretarse a partir de un significado puramente patrimonial, y no de deberes “éticos” (pág. 58).

a. Reino Unido (*Prevention of Corruption Act* de 1906)

Mediante la *Prevention of Corruption Act* (en adelante PCA) de 1906²⁰, Reino Unido fue uno de los primeros países en contemplar un castigo penal para las conductas de corrupción en el sector privado. Si bien Reino Unido modificó su normativa en la materia el año 2010, la PCA de 1906 fue durante años un referente para muchos países²¹. De ahí que se considere relevante estudiar dicho modelo.

Bajo la PCA de 1906 el delito de corrupción en el sector privado era perseguible a instancia de parte y castigado con hasta dos años de prisión, con multa que no excediera las 500 libras o con ambas penas. Conforme lo señala la propia norma dentro del concepto “empleado” se incluía a cualquier persona empleada o que, aun siendo independiente, actuase en representación de otra; mientras que al hablar de “principal” se refería al empleador. La acción debía tener relación con los negocios del principal para que se diera por cumplida la figura típica y se entendía que el actuar “corruptamente” implicaba la infracción de deberes específicos respecto del empresario (De la Cuesta y Blanco, 2002, pág. 270).

b. Francia

Otro país que ha adoptado el modelo de infracción de deberes es Francia. Inicialmente el tema se reguló como un asunto de fidelidad con el empleador y la buena fe en el cumplimiento

²⁰ La *Prevention of Corruption Act* de 1906 sancionaba al *empleado* que, *corruptamente*, acepta u obtiene, o acuerda aceptar o intenta obtener de otra persona, para sí o para tercero, alguna ventaja por realizar u omitir (o por haber hecho u omitido) un acto en relación con los negocios de su empresario principal, o por manifestarse (o no hacerlo) de forma favorable o desfavorable a una persona en relación con los negocios del *empresario principal*; y también a quien entrega o acuerda entregar u ofrece ventajas a fin de que el corrupto haga u omite algo (o por lo hecho u omitido) en relación con los negocios entre el corrupto y el empresario, o por manifestarse (o no hacerlo) de forma favorable o desfavorable a una persona en relación con los negocios del empresario principal.

²¹ Actualmente en Reino Unido, mediante la *Bribery Act* de 2010 rige un modelo que no distingue entre la corrupción del ámbito público y la corrupción del ámbito privado, como se verá en la tercera sección de este capítulo.

del contrato laboral, recogiendo en el artículo L 152.6 del *Code du travail*²² una figura por la cual se castigaba con una multa de 30.000 euros al empleado que solicitara o aceptara, directa o indirectamente, sin conocimiento y sin autorización del propio dador del trabajo, unas ofertas, promesas, donaciones o premios, para cumplir o abstenerse de cumplir un hecho relativo a su función o facilitado por la misma. Como se puede apreciar, al igual que el caso del Reino Unido, el injusto en el modelo francés estaba centrado en la violación de las reglas que median en la relación empleador-trabajador (subordinado) en el desempeño de su prestación.

Sin embargo, motivados por los compromisos que imponía la Decisión Marco 2003/568/JAI²³, el modelo se modificó. Es así como mediante la ley nº 2005-750 de 4 de julio de 2005 se crearon los arts. 445-1 y 445-2 del *Code Pénal* referidos a la “corrupción pasiva y activa de personas que no ejerzan funciones públicas”, con lo que se ampliaron sustancialmente los posibles involucrados en la figura delictiva²⁴. Esta nueva regulación mantiene de todas maneras la concepción de la corrupción privada como un delito que castiga la infracción a

²² Esta norma encontraba sus precedentes en los arts. 177, párr. 2º, y 179 del derogado Código Penal de 1810.

²³ En su artículo 2, primer apartado, señala: 1. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para asegurar que los siguientes actos intencionados constituyan una infracción penal cuando se lleven a cabo en el transcurso de actividades profesionales:

a) prometer, ofrecer o entregar, directamente o a través de un intermediario, a una persona que desempeñe funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado, una ventaja indebida de cualquier naturaleza para dicha persona o para un tercero, para que ésta realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones;

b) pedir o recibir, directamente o a través de un intermediario, una ventaja indebida de cualquier naturaleza, o aceptar la promesa de tal ventaja, para sí mismo o para un tercero, cuando se desempeñen funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado, a cambio de realizar o abstenerse de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones.

²⁴ El nuevo modelo regulatorio francés prevé sanciones de cinco años de prisión y multa de 75.000 euros, aplicables a quien proponga y a quien solicite o acepte cualquier tipo de oferta, promesa, donación, presente o ventaja con el fin de obtener la realización o el dejar de realizar un acto propio de la actividad o de la función (o facilitado por su actividad o función) por parte de una persona que, sin ser depositaria de autoridad pública o estar encargada de una misión de servicio público, desarrolle, en el marco de una actividad profesional o social, una función de dirección o un trabajo para una persona física o jurídica o para cualquier organismo, *violando sus obligaciones legales, contractuales o profesionales* (la cursiva es propia).

deberes (legales, contractuales o profesionales), lo cual es coherente con la Decisión Marco 2003/568/JAI que formula de esa forma el delito.

c. Holanda

Un tercer país que ha utilizado este modelo es Holanda, que contempla en el art. 328 ter de su Código Penal, el tipo de corrupción privada. En este caso, se castiga la corrupción pasiva y activa con hasta dos años de prisión o multa. El Código Penal holandés considera como sujeto corrupto a quien, sin ser funcionario, actúa al servicio de su empleador o actúa como agente (mandatario). Se entiende que para ser punible, su conducta debe violar las reglas de la buena fe existente entre las partes de una relación de trabajo o mandato, ocultando al empresario o mandante la ventaja recibida o que se prometió (en la variante pasiva), o siendo razonablemente presumible que el empleado o mandatario la ocultará (en la variante activa).

d. Bélgica

Finalmente, Bélgica también ha adoptado un modelo de esta naturaleza. Desde 1999 su Código Penal prevé la figura de la corrupción privada pasiva y activa en el Libro II, Título IX (Crímenes y delitos contra el patrimonio), Capítulo II (De las defraudaciones), arts. 504 bis §1 y §2 respectivamente, y en su artículo 504 ter las penas correspondientes²⁵. En ella el sujeto corrupto puede ser el administrador o gerente de una persona jurídica, el mandatario o agente de una persona física o jurídica, que actúa a espaldas y sin autorización de la Junta Directiva, de la Asamblea General, del mandante o del empleador, según sea el caso. El núcleo de la figura típica es la falta de autorización de estos últimos, siendo impune entonces la conducta que cuenta

²⁵ La figura fue introducida por la ley 1999-02-10/39, artículo 5, en vigor desde el 2 de abril de 1999, mientras que las penas previstas para los delitos fueron modificadas a partir de la ley 2000-06-26/42, artículo 2, vigente desde el 1 de enero de 2002. Específicamente las penas son de seis meses a dos años de prisión y una multa de 100 a 10.000 euros, o una de estas sanciones. Ahora bien, en el caso de que a la solicitud mencionada en el artículo 504bis, § 1 le siga una propuesta mencionada en el artículo 504bis, § 2, e igualmente, en el caso de que la propuesta mencionada en el artículo 504bis, § 2 se acepte, la pena será de seis meses a tres años de prisión y una multa de 100 a 50.000 euros, o una de dichas sanciones.

con dicha autorización, con independencia de que se produjera un menoscabo a la competencia (De la Cuesta y Blanco, 2002, pág. 268).

e. Críticas al modelo de corrupción privada como infracción de deberes

Como se puede apreciar, los países presentados siguen un modelo en que el núcleo está en la infracción de deberes respecto del empleador, del empresario principal o en definitiva de quien pone en manos de otro la administración de un patrimonio o negocio. Este es un enfoque privatista, en que el bien jurídico sería disponible o renunciable, y solo han de ser punible los casos en que el empresario, principal o mandante para quien se trabaja no conoce o no ha autorizado el hecho de que el empleado solicite o acepte una ventaja para realizar, o abstenerse de realizar, algún acto propio de su función. *A contrario sensu*, ha de entenderse que tal conducta deviene en atípica cuando el empleador tuviese conocimiento o hubiere dado autorización para actuar de esa forma, puesto que en esos casos no existiría deslealtad alguna²⁶, lo cual refleja que sería la clandestinidad en la entrega de la ventaja, más que la entrega misma, lo que constituiría el núcleo de la infracción.

Dicho esto, son varias las críticas que se pueden plantear al modelo. En primer lugar, Rosas (2009, pág. 107) señala que, dado que para la consumación del delito no se exige un perjuicio patrimonial al empresario derivado de la conducta del empleado, el injusto se reduce a una mera infracción del contrato de trabajo.

Por su parte, De la Cuesta y Blanco (2002, pág. 281) indican que este modelo consagra un “ilícito fundamentalmente formal” dirigido a reforzar la normativa extrapenal. Para los autores resulta discutible – desde la óptica de un derecho penal mínimo– que el derecho penal deba intervenir en aquellos ámbitos en que otras ramas del derecho prevén respuestas

²⁶ Siguiendo esta lógica, la entrega de pagos a sus empleados podría representar inclusive un ahorro para el empleador, quien evitaría de esa forma responder a la eventual solicitud de aumentos salariales.

suficientes, como suele ser la figura del despido disciplinario y las normas de responsabilidad civil contractual que suelen contener los ordenamientos jurídicos²⁷.

En esa misma línea, Kindhäuser (2007, pág. 12) señala que no parece especialmente justificado el dar protección penal a esta infracción contractual, porque ello implicaría dar igual protección a otros contratos de prestaciones recíprocas, como podría ser un contrato de compraventa, de arrendamiento, etc., lo cual excede “el ámbito legítimo de una protección penal razonable”.

Para la doctrina tampoco resulta razonable castigar como autor en la variante activa de este modelo a quien promete, ofrece o paga alguna recompensa, pero no tiene ningún deber de fidelidad con el empresario del que depende quien está siendo sobornado²⁸. En estricto rigor el sujeto corruptor no infringe ninguna obligación respecto del empresario. Su injusto vendría dado entonces únicamente – como una especie de participación– por la contribución que tiene en la infracción a los deberes de buena fe del corrupto respecto del empleador o empresario principal (De la Cuesta y Blanco, 2002, págs. 278-279).

²⁷ Trasladando este argumento al plano nacional vemos que existen normas -laborales y civiles- que en principio parecen suficientes para subsanar la infracción a deberes en los términos antes descritos. Únicamente a modo de ejemplo, el Código del Trabajo prevé en su artículo 160 hipótesis en que el empleador puede, sin derecho alguno de indemnización para el trabajador, poner término al contrato de trabajo, siendo especialmente importantes a los efectos de este trabajo, algunas causales del numeral 1 (que el trabajador incurra en una conducta indebida y de carácter grave como pueden ser la falta a la probidad en el desempeño de sus funciones; las vías de hecho en contra del empleador o de cualquier trabajador que se desempeñe en la misma empresa; o más general aún, por incurrir en una conducta inmoral que afecte a la empresa donde se desempeña), 3 (no concurrencia del trabajador a sus labores sin causa justificada durante determinados periodos), 4 (abandono del trabajo por parte del trabajador), 5 (actos, omisiones o imprudencias temerarias que afecten a la seguridad o al funcionamiento del establecimiento, a la seguridad o a la actividad de los trabajadores, o a la salud de éstos), 6 (perjuicio material causado intencionalmente en las instalaciones, maquinarias, herramientas, útiles de trabajo, productos o mercaderías) y especialmente 7 (incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato).

Por su parte, el Código Civil en su artículo 2165 contempla el derecho del mandante de revocar a su arbitrio el mandato, y en el artículo 2134 indica que la recta ejecución del mandato comprende no solo la substancia del negocio encomendado, sino los medios por los cuales el mandante ha querido que se lleve a cabo. Esto hace que, ante una situación que rompa la buena fe de las partes, el mandante puede poner término a la relación y, eventualmente, alegar el incumplimiento del contrato, con las consecuencias civiles que ello trae aparejado.

²⁸ Al respecto, p. ej. Kindhäuser (2007, pág. 13); De la Cuesta y Blanco (2002, pág. 278).

2. Corrupción privada como infracción a la competencia leal

Gran parte de la doctrina actual reconoce que el derecho penal económico se caracteriza por proteger bienes jurídicos supraindividuales, sean estos bienes jurídicos sociales o colectivos, o intereses de la comunidad. Así, Tiedemann (2013, pág. 33) señala que el derecho penal económico condensa la protección a estos bienes jurídicos mediante la protección a ciertas instituciones, como la libertad de precios, la seguridad social, la hacienda pública y la libre competencia. Por su parte, Kindhäuser (2007) reconoce que

“para una sociedad libre y democrática el mantenimiento de las reglas de una competencia leal es apenas menos importante que una Administración orientada al bien común y sujeta al Estado de Derecho, pues una competencia que funciona lleva a que los bienes y servicios se ofrezcan, por un lado, con el mejor precio posible y, por el otro, con la mejor calidad posible” (pág. 13).

Siguiendo esta lógica, no resulta extraño que existan varios sistemas normativos que han tipificado la corrupción entre particulares enfocándose en la protección a la competencia leal. Manríquez (2008, pág. 146) señala que inicialmente la tutela penal de la competencia no era la opción preferida por los países del primer mundo. En cambio, se estimaban como adecuadas la tutela administrativa-sancionatoria o contravencional, dejando en mano de agencias estatales, como superintendencias o comisiones especiales, el castigo de los actos que afectaran al mercado. No obstante, el mismo autor reconoce que, sea por razones internas o por su valoración social, varios países tuvieron que asilarse en la amenaza penal para lograr motivar conductas respetuosas del mercado y disuadir su alteración. Algunos de estos países han sido Alemania, Austria y España. A continuación se describe de modo general la forma cómo estos países tipifican la corrupción privada entendiendo dicho delito como una herramienta de resguardo a la competencia leal y las críticas que se pueden formular al modelo regulatorio escogido.

a. Alemania

Tradicionalmente al abordar la corrupción en el ámbito privado Alemania centraba su atención en resguardar la lealtad en la competencia económica, la cual vendría a ser alterada por dicho acto de corrupción. Originalmente se regulaba este asunto como derecho penal accesorio

en el §12 de la Ley contra la Competencia desleal (UWG) de 1909. Posteriormente, el año 1997, se creó la sección 26 del StGB dedicada a los “delitos contra la competencia”²⁹, tipificando el delito de corrupción privada específicamente en el §299³⁰.

Considerando el origen y la forma en que estaba redactado el delito en el StGB, la doctrina mayoritaria sostenía que el bien jurídico protegido por la regulación alemana era la lealtad de la competencia en el ámbito comercial, en tanto interés supraindividual y como principio de orden económico. La doctrina, de todas formas, reconocía que la norma resguardaba también a los potenciales competidores – en sus intereses patrimoniales y en la posibilidad de participar en condiciones de igualdad en el mercado–, así como los intereses de los consumidores, quienes se verían perjudicados por una eventual alza en los precios de los productos o servicios³¹. Finalmente, respecto a los intereses patrimoniales del principal o dueño del negocio, Tiedemann (2010, pág. 309) indicaba que, teniendo en cuenta el bien jurídico protegido, era cuestionable su inclusión bajo la protección de esta figura típica, aunque reconoce

²⁹ Se señala que la incorporación de esta figura al núcleo duro del derecho penal, en este caso al StGB, obedeció a razones de prevención general. Así p.ej. Bolea (2013): “Con ello, el legislador alemán pretendía reforzar la conciencia de que la corrupción en el ámbito (comercial) de los negocios es una forma de criminalidad que no sólo afecta a la economía, sino que manifiesta un comportamiento ético-socialmente reprochable” (pág. 7). La autora agrega que, hasta antes de esta incorporación, la doctrina era bastante crítica respecto a la efectividad del §12 UWG.

³⁰ En su apartado 1º se contemplaba la forma de corrupción privada pasiva, sancionando hasta con tres años de prisión o multa a quien como empleado o encargado de una empresa en el tráfico comercial exija, permita que le prometan o acepta una ventaja, para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecer a otro en la adquisición de mercancías o contratación de servicios de un modo desleal para la competencia. El apartado 2º, por su parte, contempla la corrupción privada activa, señalando que se sanciona con igual pena a quien en las relaciones comerciales, con fines competitivos, ofrezca, prometa o conceda a un empleado o encargado de una empresa una ventaja para éste o un tercero, como contraprestación para que prefiera a él u a otro de manera desleal en la adquisición de mercancía o servicios comerciales. El año 2002 se incorporó un tercer apartado que indica que las conductas antes descritas son aplicables también a conductas en el plano de la competencia extranjera.

³¹ Al respecto vid. Planchadell (2016, pág. 15); Tiedemann (2010, pág. 309), quien además indica que la doctrina mayoritaria en Alemania ha considerado que el principal o dueño del negocio también se encuentra autorizado para presentar querrela frente a este tipo, lo que a su juicio resulta cuestionable teniendo en cuenta el bien jurídico protegido; De la Cuesta y Blanco (2002, págs. 272 y 273) quienes agregan que la posibilidad de proceder de oficio existe únicamente cuando existe un “interés público especial” en la persecución penal.

que la doctrina mayoritaria en Alemania sí consideraba que dicho sujeto estaba autorizado para presentar querrela.

No obstante lo recién señalado, al igual que otros países de la Unión Europea, el año 2007 surge en Alemania una iniciativa legislativa que buscaba implementar en el ordenamiento interno las directrices recogidas en diversos instrumentos internacionales en materia de corrupción³².

Es así como el §299 fue refundido en virtud de la Ley de Lucha contra la Corrupción, de 20 de noviembre de 2015³³. Con esta modificación se añadió un comportamiento alternativo al de afectación de la competencia leal, el cual apunta a proteger directamente el interés del propietario o principal. Asemajándose al primer modelo descrito en este trabajo, la nueva formulación resguarda el interés del principal respecto a que, en el ámbito de la contratación de mercancías y prestación de servicio, sus empleados cumplan las obligaciones que tienen para con la empresa de forma leal y objetiva.

³² Se pueden señalar, a modo de ejemplo, el Código Penal del Consejo de Europa de 27 de enero de 1999 sobre corrupción, el Protocolo adicional de 15 de mayo de 2003 al Consejo Europeo de Derecho Penal sobre Corrupción, la ya nombrada Decisión Marco del Consejo 2003/568/JAI y la UNCAC.

³³ El actual §299 señala:

(1) será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o multa, quien en relaciones comerciales como empleado o encargado de una empresa:

1. exija, acepte una promesa o reciba una ventaja para él o para un tercero como contrapartida para favorecer a otro de un modo desleal en la adquisición de mercancías o la prestación de servicios en la competencia nacional o extranjera;

2. sin el consentimiento de la empresa exija, acepte una promesa o reciba una ventaja para él o para un tercero como contrapartida para realizar una conducta en la adquisición de mercancías o la prestación de servicios o incurrir en una omisión y de esta forma lesione sus deberes frente a la empresa.

(2) Así mismo será castigado:

1. quien en relaciones comerciales ofrezca, prometa o proporcione a un empleado o encargado de una empresa una ventaja para este o un tercero como contrapartida para favorecerle a él o a un tercero de un modo desleal en la adquisición de mercancías o la prestación de servicios en la competencia nacional o extranjera, o;

2. sin el consentimiento de la empresa ofrezca, prometa o proporcione una ventaja para el empleado o encargado de otra empresa como contrapartida para realizar una acción en relación a la adquisición de mercancías o la prestación de servicios, o bien incurrir en una omisión y de esta forma lesiones sus deberes frente a la empresa.

Habiendo ya tratado el modelo de corrupción privada como delito que atiende a la infracción de deberes del empleado/encargado respecto de su empleador/principal, solo me referiré en este apartado a los aspectos esenciales de la regulación alemana en tanto modelo de protección a la competencia leal, es decir, específicamente a los supuestos contemplados en el §299, párrafos 1(1) y 2(1).

Respecto de este modelo, cabe señalar que la doctrina alemana mayoritaria trataba al §299 StGB como como un delito de peligro abstracto, consistiendo dicho peligro en que las decisiones fueran tomadas en base a un interés personal, en lugar de estar orientadas a la competencia. Tiedemann (2010, pág. 310) afirma que cumpliéndose este supuesto, aun cuando se prefiera la mejor prestación, en nada cambia la infracción a las reglas de la competencia, debiendo desecharse una objeción que haga referencia a la falta de puesta en peligro.

Conforme al bien jurídico protegido, no sería necesario que el corrupto infrinja determinadas obligaciones que lo vinculan con el empresario. Tal como señalábamos anteriormente, la competencia leal es una institución que comprende un interés social o colectivo. En palabras de Nieto (2002) “[e]n este marco la infracción del deber posicional se sitúa en el contexto de las obligaciones de los operadores económicos hacia el mercado” (págs. 56-57). Como consecuencia de que se proteja un bien jurídico supraindividual el conocimiento que tenga el empresario respecto a la conducta de su empleado resulta irrelevante, pues no evita la deslealtad competitiva.

En cuanto a la hipótesis de corrupción activa, el sujeto activo puede ser un competidor o quien actúa en su nombre e interés, así como también quien utiliza a otra empresa como intermediaria para realizar el negocio que involucra el soborno. En esta figura se entiende que el sujeto actúa con fin de influir en la competencia “cuando el hecho es idóneo para favorecer las ventas propias o de un tercero, o para ampliar el círculo propio (o ajeno) de clientes en perjuicio de los competidores” (De la Cuesta y Blanco, 2002, pág. 273).

Finalmente cabe señalar que el §300 StGB contempla dos situaciones bajo las cuales la pena del §299 se ve agravada (pudiendo ir desde tres meses a 5 años de pena privativa de

libertad): cuando la ventaja sea de grandes dimensiones o cuando el autor actúe como un profesional o como miembro de una organización vinculada a la comisión de hechos de esa clase.

b. Austria

Un segundo país que sigue este modelo regulatorio es Austria, aunque su regulación en materia de corrupción entre privados no queda inserta en el Código Penal, sino que en su Ley de Competencia Desleal de 1984, específicamente dentro del Capítulo I, primera parte (referida a las “acciones de competencia desleal”), §10³⁴. Esta ubicación evidencia la naturaleza del bien jurídico protegido por el sistema austriaco, aunque la doctrina y jurisprudencia señalan que tiene una naturaleza mixta, en tanto la norma también busca proteger a los clientes de la empresa cuyos empleados o directivos sean sobornados (De la Cuesta y Blanco, 2002, pág. 274).

La regulación austriaca contempla una cláusula de subsidiariedad bajo la cual la sanción prevista para el tipo de corrupción privada no será aplicable cuando los hechos sean punibles por una pena igual o mayor prevista en otros preceptos. En la práctica esto se ha traducido en aplicar de forma preferente supuestos del Código Penal austriaco que sancionan la aceptación de regalos por parte de directivos, delitos de infidelidad y otros delitos de corrupción (De la Cuesta y Blanco, 2002, pág. 274).

El ordenamiento austriaco además regula este delito mediante una acción que solo es perseguible si denuncia o presenta querrela la víctima acorde a lo definido por el §14 de la Ley de Competencia Desleal, es decir, cualquier empresario que fabrique o comercialice bienes o servicios del mismo o similar (competidor), o asociaciones para promover los intereses

³⁴ El primer apartado trata la corrupción privada activa, castigando con pena de prisión de hasta 3 meses o multa, a quien en el tráfico económico ofrece, promete o entrega regalos u otras ventajas al empleado o mandatario de una empresa, para resultar el mismo o un tercero beneficiado en la competencia.

Por su parte, el segundo apartado trata la variante pasiva, donde la misma pena se aplica al empleado o mandatario de una empresa que en el tráfico económico solicita, acepta regalos u otras ventajas o la promesa de ellos, para beneficiar a otro.

económicos de los empresarios, siempre que tales asociaciones representen intereses que se vean afectados por el delito.

c. España

Un tercer país que adoptó el modelo de regulación de la corrupción privada que resguarda la competencia leal es España³⁵. El año 2010, debido a los compromisos pendientes que existían tras la Decisión Marco 2003/568/JAI, el legislador español pasó de tratar la corrupción privada como un asunto civil contenido en su Ley de Competencia Desleal (Ley 3/1991, de 10 de enero), a incorporarlo como un tipo penal. Específicamente, mediante la L.O. 5/2010 de 22 de junio se reformó el Código Penal español y se creó, dentro del Libro II, Título XIII, Capítulo XI, una Sección 4ª “De la corrupción entre particulares”, regulando la materia en el artículo 286 bis³⁶.

Sin embargo, la formulación original resultó imperfecta en el contexto de un modelo cuyo foco estaba puesto supuestamente en la protección a la lealtad en el ámbito de la competencia en el mercado. La alusión a que la conducta del corrupto debía realizarse “incumpliendo sus obligaciones” – formulación que como ya se explicó venía de la Decisión

³⁵ Señala el preámbulo de la L.O. 5/2010 que “la garantía de una competencia justa y honesta pasa por la represión de los actos encaminados a corromper a los administradores de entidades privadas de forma similar a lo que se hace a través del delito de cohecho. Porque con estos comportamientos, que exceden de la esfera de lo privado, se rompen las reglas de buen funcionamiento del mercado”. Algunos autores cuestionan que el modelo sea “puro” en tanto también protege los intereses del empresario.

³⁶ La norma española prevé en un primer apartado una forma de corrupción privada activa señalando que “quien por sí o por persona interpuesta prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triple del valor del beneficio o ventaja”. En un segundo apartado contempla el tipo de corrupción privada pasiva señalando “Con las mismas penas será castigado el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados con el fin de favorecer frente a terceros a quien le otorga o del que espera el beneficio o ventaja, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales”.

Marco 2003/568/JAI– introducía en el tipo un elemento donde tomaba importancia la lealtad entre el sujeto corrupto y el empresario o dueño del patrimonio, más propio de un modelo como el descrito en el primer apartado de este capítulo, y en que lo relevante son los deberes de fidelidad hacia el empresario por parte de sus empleados. En este mismo sentido Puente (2015) señala:

“Si el bien jurídico que el legislador intenta proteger es el mantenimiento de una competencia leal en el mercado, lo cierto es que la configuración original de esta infracción delictiva no permitía mantener que ése fuera realmente el auténtico bien jurídico, o al menos que con tal configuración resultara convenientemente tutelado” (pág. 878).

Tras estas críticas y una reducida aplicación del art. 286 bis, se reformó nuevamente el Código Penal español mediante la L.O. 1/2015 de 30 de marzo que introdujo algunas “mejoras técnicas”³⁷, reduciendo los cuestionamientos respecto a que lo protegido por el tipo era el funcionamiento del mercado mediante una competencia leal. La sección respectiva pasó a llamarse “Delitos de corrupción en los negocios” y el nuevo artículo 286 bis³⁸ pasó a englobar

³⁷ El preámbulo de la ley señala que las modificaciones tienen por objeto garantizar la aplicación del tipo a todos los casos en los que se obtienen posiciones de ventaja competitiva en las relaciones económicas mediante el pago de sobornos. Así también lo ha entendido la doctrina, v. gr. Santana (2015, pág. 990).

³⁸ El nuevo artículo 286 bis intercambia el orden y recoge en su primer párrafo un tipo de corrupción privada pasiva y en el segundo la forma activa, de la siguiente manera:

1. El directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza, para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja.

2. Con las mismas penas será castigado quien, por sí o por persona interpuesta, prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, un beneficio o ventaja no justificados, de cualquier naturaleza, para ellos o para terceros, como contraprestación para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero frente a otros en la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales.

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

4. [...]

5. A los efectos de este artículo resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 297.

situaciones de corrupción en cualquier tipo de contratación de bienes o servicios en el mercado, eliminando la limitación respecto a que los servicios fueran de carácter “profesional”.

Además, fue eliminada la alusión a asociaciones, fundaciones u organizaciones, pasando a hablar simplemente de empresa mercantil³⁹ o sociedad. Esto se complementa con el apartado 5 del mismo artículo 286 bis, que hace aplicable el concepto de “sociedad” propio de los delitos societarios⁴⁰.

Respecto a los posibles sujetos corruptos contemplados en la norma, todos ellos tienen en común el ser personas vinculadas a una empresa o sociedad, con capacidad de decisión o de obligarla en el tráfico jurídico-mercantil. En este punto podría criticarse el uso del término “colaborador”. Sin embargo, pese a lo impreciso del concepto, este permite incluir a personas que tienen una relación de prestación de servicios con la entidad, sin que necesariamente sean empleados o sin que dicha relación sea habitual (Puente, 2015, pág. 882).

El ordenamiento español contempla la posibilidad de que los jueces rebajen la sanción penal en consideración a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y también tomando en cuenta la trascendencia de las funciones del culpable. Sin perjuicio de que se corre el riesgo de que esta forma privilegiada del tipo sea la aplicación preferente (Puente, 2015, pág. 883), pareciera que la posibilidad de escalonar la pena conforme a la gravedad de las circunstancias se adecúa mejor al principio de proporcionalidad que rige en materia penal.

³⁹ “[E]ntendiendo por tal el conjunto de trabajo, elementos materiales y de valores incorpóreos coordinados, para ofrecer al público, con propósito de lucro y de manera sistemática, bienes o servicios” (Santana, 2015, pág. 991).

⁴⁰ Para Puente (2015) esta remisión “no resulta especialmente clarificadora, si tenemos en cuenta las dudas interpretativas que se han suscitado en torno al concepto de sociedad fijado en el art. 297 CP. Si bien este precepto comienza con una enumeración de distintas categorías de sociedades, termina con una cláusula general que determina la inclusión en el concepto de sociedad de «cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado»” (pág. 881).

Como contrapartida a esta forma privilegiada, la reforma legislativa del año 2015 introdujo mediante el artículo 286 quáter⁴¹ un tipo agravado de responsabilidad, similar al que contiene la regulación alemana, dejando varios de sus supuestos al ejercicio valorativo del juez caso a caso.

Por último, con la reforma se hizo aplicable el decomiso al delito de corrupción en los negocios, siempre que se tengan indicios objetivos fundados acerca de que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva y no se logre acreditar su origen lícito.

d. Críticas al modelo de corrupción privada como infracción a la competencia leal

Tal como el modelo anterior, esta forma de regulación no está exenta de críticas. En primer lugar, y sin perjuicio de que el asunto será desarrollado especialmente en el capítulo III de este trabajo, es cuestionable que la competencia leal sea un bien jurídico lo suficientemente relevante para justificar la intervención penal. En este sentido Bolea (2015) señala: “la afectación o vulneración de las reglas de la competencia no contiene por sí sola un grado de lesividad suficiente para legitimar la intervención penal” (pág. 6).

En esa misma línea, se sostiene que existirían mecanismos extrapenales más directos y eficaces para tutelar la competencia leal. La mayoría de los países cuentan con legislación en materia de competencia leal, y ellas suelen contemplar una definición amplia de “competencia desleal” o listados con una cláusula general, lo que permite tratar bajo dicha figura diversos

⁴¹ En lo relevante para este punto el artículo 286 quáter señala: “Si los hechos a que se refieren los artículos de esta Sección resultaran de especial gravedad, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado. Los hechos se considerarán, en todo caso, de especial gravedad cuando: a) el beneficio o ventaja tenga un valor especialmente elevado, b) la acción del autor no sea meramente ocasional, c) se trate de hechos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal, o d) el objeto del negocio versara sobre bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros de primera necesidad”.

comportamientos que sean contrarios a la buena fe en el ámbito comercial y económico (De la Cuesta y Blanco, 2002, pág. 288)⁴².

De la Cuesta y Blanco (2002) consideran que recurrir a la sanción penal para proteger los intereses de los competidores podría resultar contrario al principio de subsidiariedad del derecho penal, en tanto sería una medida desproporcionada a menos que lo que se pretenda castigar represente un conjunto limitado de comportamientos que “por presentar un injusto adicional, un ataque a otro bien jurídico, no se pueden combatir recurriendo de forma exclusiva a disposiciones civiles, administrativas, laborales, fiscales, etc.” (pág. 288).

En segundo lugar, incluso aceptando que la competencia leal fuese un bien jurídico suficiente para activar el aparato penal de un Estado, gran parte de la doctrina señala que existiría una incoherencia al considerar como sujetos activos únicamente a los empleados o encargados, y no a los empresarios. Se ha sostenido que no resulta claro que haya alguna diferencia entre la alteración producida en el mercado cuando es el empresario quien solicita o recibe una compensación – a cambio de preferir de manera desleal a un determinado proveedor de servicios o bienes–, versus la alteración que se produce cuando es el empleado quien se ve en dicha situación⁴³.

No obstante, Kindhäuser (2007) señala que esta crítica puede ser subsanada si se distingue claramente entre el bien jurídico protegido y la forma específica de agresión. Si bien tanto el empresario/principal, como el empleador afectan la competencia leal, solo el encargado puede incurrir en la forma específica de agresión que supone la corrupción, la cual se define

⁴² A modo de ejemplo, España en el artículo 4 de su Ley de competencia desleal (Ley 3/1991, de 10 de enero), define como desleal “todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe”. De manera similar, en Chile la ley 20.169 define, en su artículo 3, “acto de competencia desleal” como toda conducta contraria a la buena fe o a las buenas costumbres que, por medios ilegítimos, persiga desviar clientela de un agente del mercado; luego su artículo 4 comienza indicando que el listado de conductas ahí descrito no es taxativo.

⁴³ Al respecto v.gr. Nieto (2002, pág. 57); Rosas (2009, pág. 108); Bolea (2015, págs. 6-7); Puente (2015, pág. 882).

“precisamente por el hecho de que el encargado se coloca en una situación de incompatibilidad de intereses al ponerse al servicio de dos señores: del principal y del otorgante de la ventaja. Ya desde un plano conceptual, el principal no puede ponerse en semejante situación de incompatibilidad de intereses, de manera que no puede lesionar por sí mismo el bien jurídico de la competencia leal por la vía de la corrupción” (pág. 14).

Por otra parte, la crítica se soslaya entendiendo lo planteado por De la Cuesta y Blanco (2002, págs. 284-285): los compradores tienen la expectativa de que el empresario actúe de forma objetiva y que, mediante sus empleados, intente obtener la fidelidad de sus clientes y una buena reputación. Si el empresario decide dar incentivos por ventas a sus trabajadores, ello queda dentro del cálculo del cliente. En cambio, si el pago o incentivo al empleado proviene de un tercero ajeno a la empresa, el cliente no podrá prever las intenciones de esa tercera parte y el empleado actuará con falta de objetividad, pues estará motivado por intereses ajenos a los de la empresa. Ello haría justificable que su conducta sea punible, con independencia del conocimiento que tenga el empresario.

Kindhäuser (2007) agrega que, si lo que el legislador busca es sancionar al principal por aceptar una ventaja anticompetitiva, debe configurar entonces “un genuino tipo penal de distorsión de la competencia” (pág. 14)⁴⁴.

3. Modelo unitario: punibilidad conjunta de la corrupción pública y privada

Tal como señalábamos al comienzo de este trabajo, desde fines del siglo XX existe una tendencia a la privatización de actividades económicas de primer orden que tradicionalmente estaban a cargo del Estado, fenómeno denominado privatización de la administración o “huida del derecho administrativo”, lo que ha implicado que conductas delictivas antes propias del ámbito público, hoy tengan lugar también en entornos privados.

⁴⁴ Sobre las consecuencias que esto trae aparejado vid. Kindhäuser (2007, págs. 14-15), sin perjuicio de que algunas de las observaciones hechas por el autor podrían resultar obsoletas tras la modificación legal del año 2015.

Teniendo en cuenta que determinadas prestaciones – como aquellas que dicen relación con la educación, la salud, el transporte, etc.– y bienes de primera necesidad, interesan no solo a los privados que las ofrecen, sino también a la comunidad en general que las necesita, algunos países han optado por terminar con la tradicional distinción entre la corrupción pública y la corrupción privada, adoptando un modelo unitario. Nieto (2002) señala que

“ha surgido una importante zona de penumbra, entre lo público y lo privado, ante la cual cobra importancia un delito como el de corrupción en el sector privado, que actuaría como tipo de recogida en relación con aquellos supuestos que ya no pueden ser encajados dentro de los delitos de funcionarios pero, que por otro lado, resultaría insatisfactorio dejarlos sin sanción” (pág. 62).

El modelo unitario entonces pretende subsanar lagunas de punibilidad en materia de corrupción, así como resolver los casos en que, existiendo zonas grises, no resulta del todo claro qué normativa corresponde aplicar⁴⁵. Lo mismo ha sido señalado por Boles (2014, pág. 698), quien sostiene que regular la corrupción distinguiendo entre ambos ámbitos choca con el contexto actual, en que la tendencia es la privatización de las funciones que tradicionalmente estaban en el sector público.

Con independencia a las críticas u observaciones que se puedan hacer a esta vía regulatoria, la idea resulta bastante coherente con el hecho de que los efectos de la corrupción en el sector privado son, en varios sentidos, asimilables a aquellos que provoca la corrupción pública, especialmente en casos que involucran negocios de gran envergadura para las empresas. Al respecto Nieto (2013) afirma que tanto en la corrupción de funcionarios públicos como en la corrupción de los directivos de una empresa se “frustra la función social de la competencia” (pág. 135). Para el autor, atender a un interés personal o de un tercero, por sobre criterios de eficiencia, supone realizar una mala asignación de los recursos (públicos o privados), ya que implica dejar de lado opciones que desde un punto de vista técnico sean mejores. Eso puede

⁴⁵ Esto ocurre especialmente cuando actores privados realizan funciones públicas, y no se encuentra regulado específicamente qué régimen normativo (público o privado) les es aplicable. Esta idea es desarrollada con mayor detalle por Boles (2014, págs. 701-704).

distorsionar el mercado de tal forma, que los inversionistas prefieran destinar más dinero a la corrupción que a mejorar la eficiencia o rentabilidad de su negocio invirtiendo, por ejemplo, en tecnología o en una mejor gestión.

Siguiendo la misma lógica, Boles (2014, pág. 675) ha señalado que ambas formas de corrupción comparten características comunes: en primer lugar, la violación a deberes fiduciarios y traición a la confianza depositada; en segundo lugar, una alteración a la competencia leal, que afecta económicamente a gobiernos, entidades comerciales, al mercado global y al público en general; por último, ambas formas de corrupción traen efectos perjudiciales en la esfera social, socavando valores como la confianza y la lealtad necesarias para desarrollar y mantener relaciones económicas e interpersonales sanas.

En relación a cuál sería el bien jurídico protegido, para Nieto (2002, pág. 57) este modelo responde a un análisis económico del fenómeno de la corrupción, la cual siempre generaría ineficiencia económica y costos excesivos que finalmente gravan a los administrados y/o consumidores. Basándose en esto, Rosas (2009) sostiene que “parece factible interpretar que el bien jurídico tutelado son los intereses patrimoniales de los administrados/consumidores” (págs. 103-104).

A continuación, veremos cómo algunos países han implementado el modelo unitario y las críticas formuladas a dicho sistema.

a. Suecia

Desde 1978 el Código Penal sueco regula de forma unitaria la corrupción, tipificando en su capítulo 17, sección 7⁴⁶ una forma activa de corrupción, y en su capítulo 20, sección 2⁴⁷ la

⁴⁶ Establece una sanción de multa o prisión de hasta dos años a quien da, promete u ofrece un soborno y otra recompensa a un empleado u otra persona que de aquellas que se definen en el capítulo 20, sección 2, para que realice algún acto u omisión en el ejercicio de funciones oficiales.

⁴⁷ Con la misma sanción de la forma activa (multa o prisión de hasta dos años) se castiga al “empleado” que recibe o acepta la promesa de un soborno u otra recompensa para el desempeño de sus funciones.

forma pasiva. En este último además se define el concepto de “empleado”, abarcando un amplio espectro de sujetos aptos de cometer el delito, sin distinción entre sujetos públicos y sujetos privados⁴⁸. En la forma activa, la regulación sueca aplica la sanción al empleado con independencia de si comete el acto antes de obtener el puesto o después de salir de él. Además, se contempla una agravación de la pena para los “casos graves”, pudiendo llegar a 6 años de prisión.

b. Reino Unido (Bribery Act de 2010)

Otro país que ha adoptado un modelo unitario es Reino Unido. El 20 de noviembre de 2008 la *Law Commission* publicó un informe final con recomendaciones relativas al delito de soborno. En dicho informe señalaba que uno de los principales problemas de la legislación inglesa vigente era la dificultad de distinguir entre sobornos en el sector público y el privado. Por una parte, estaba la *Bribery Act* de 1889 que se aplicaba a funcionarios públicos y, por otra, la *PCA* de 1906 que, como señalábamos anteriormente, se aplicaba a supuestos de corrupción privada en que intervenía algún “empleado”, sin especificación del sector en que trabajaran. La *Law Commission* explicaba en su informe que esto habría llevado a errores al formalizar los cargos y a una excesiva litigación para definir si determinados organismos quasi-públicos eran suficientemente públicos para que les fuera aplicable la *Bribery Act* de 1889. Por otra parte, se afirmaba que no existían diferencias sustanciales entre la regulación de uno y otro sector, salvo

⁴⁸ La disposición será aplicable de igual forma a quienes tengan la condición de:

1. miembro de una dirección, administración, junta directiva, comisión u otro organismo perteneciente al Estado, municipio, diputación [*county council*], asociación de autoridades locales, parroquia, sociedad religiosa, u oficina de seguro social;
2. persona que ejerce una función regulada por la ley,
3. miembro de las fuerzas armadas en virtud de la Ley sobre las infracciones disciplinarias de los miembros de las Fuerzas Armadas, u otra persona que desempeñe una misión oficial prescrita por la ley,
4. persona que, sin la celebración de un nombramiento o la asignación de tal manera, ejerce la autoridad pública, y
5. persona que, en un caso distinto en los puntos 1-4, en razón de un cargo de confianza se le ha dado la tarea de gestionar un asunto financiero de forma independiente, o una tarea que requiere el manejo de conocimientos técnicos cualificados o el ejercicio de la supervisión de la gestión de tales asuntos o cesión.

por la introducción de una presunción de corrupción que contenida en la *PCA* de 1906⁴⁹ y que, por lo demás, ambas normas tenían inconsistencias y eran poco claras en el alcance y significado de algunos de los conceptos que usaban (Law Commission, 2008, pág. 10)⁵⁰.

La *Law Commission* entonces recomendó que se tipificaran dos formas generales de soborno, una referida a la conducta de corruptor y otra del corrupto. Dicha recomendación fue aceptada y fue así como pasó a regir la *Bribery Act* de 2010 adoptando un modelo que regula sin distinción la conducta corrupta realizada en el ámbito público, del privado⁵¹.

⁴⁹ La presunción era aplicable a quienes, con independencia de si estaban siendo enjuiciados bajo la *PCA* de 1906 o por la *Bribery Act* de 1889, estuvieran al servicio de la Corona, departamentos de Gobierno u organismos públicos, teniendo la defensa que probar que los pagos recibidos en el contexto de la celebración de un contrato, no eran de naturaleza corrupta.

⁵⁰ Sobre las inconsistencias y contradicciones conceptuales y de alcance en la normativa inglesa previa a la *Bribery Act* de 2010, vid. Law Commission, 2010, pág. 10 y ss.

⁵¹ La norma regula en su primera sección la forma de soborno activa. Señala que una persona (P) es culpable de delito de soborno en los siguientes casos: El caso 1 es cuando P ofrece, promete o entrega un beneficio económico o de otro tipo a una persona, y P tiene intención de que tal beneficio i) induzca a la persona a desempeñar de manera indebida una función o actividad relevante; o ii) recompense a una persona por haber desempeñado de manera indebida una función o una actividad relevante. El caso 2 es cuando P ofrece, promete o da un beneficio económico o de otro tipo a una persona y sabe o cree que la aceptación de tal beneficio constituiría en sí misma una forma de desempeño inadecuado de la función o actividad relevante. Se agrega que es irrelevante si, en el caso 1, la persona a la que se le ofrece, promete o entrega el beneficio es la misma persona que aquella que realizará, o ha realizado, la función o actividad en cuestión. En el caso 1 y 2 es irrelevante si la ventaja es ofrecida, prometida o dada a P directamente o a través de un tercero.

La segunda sección regula la forma pasiva y señala que la persona (R) es culpable de delito de soborno en los siguientes casos: el caso 3 es cuando R solicita, acuerda recibir o acepta un beneficio económico o de otro tipo, con el fin de que a cambio desempeñe (R u otra persona) de forma indebida una función o actividad relevante. El caso 4 es cuando R solicita, acuerda recibir o acepta un beneficio económico o de otro tipo, constituyendo esto mismo una forma indebida de realizar la función o actividad relevante. El caso 5 es cuando R solicita, acuerda recibir o acepta un beneficio económico o de otro tipo como recompensa por haber realizado (él o un tercero) indebidamente una función o actividad relevante. El caso 6 es cuando, anticipando o como consecuencia de que R solicite, acuerde recibir o acepte un beneficio económico o de otro tipo, se realice indebidamente una función o actividad relevante, por R o por otra persona a petición de R, o con el conocimiento o aquiescencia de R. Señala que, para la conducta 3 y 6, es irrelevante si R solicita, acuerda recibir o acepta el beneficio por sí mismo o a través de otro, y en beneficio propio o de tercero. En los casos 4 y 6 es irrelevante si R sabe o cree que la forma de desempeñar la función o actividad es indebida. En el caso 6, cuando sea un tercero quien realice indebidamente la función o actividad relevante, no es importante si esa persona sabe o cree que la forma de desempeñarla es indebida.

Cabe señalar que la sección 11 establece que en caso que se resuelva mediante sentencia condenatoria, las sanciones para el autor de los delitos antes descritos podrán ser prisión por un término no superior a 10 años, una multa, o ambas.

La propia *Law Commission* advertía que era importante evitar criminalizar conductas que sean meramente inmorales (págs. 17-18), por eso, luego la *Bribery Act* de 2010 definió varios aspectos excluyendo escenarios en que no haya un interés general. Al respecto, el ámbito de aplicación está delimitado por dos supuestos detallados en la tercera sección de la norma: en primer lugar, que las conductas perseguibles se den en el contexto de actividades o funciones de naturaleza pública, o en relación con un oficio, profesional, empleo o actividad comercial, o actividad en nombre de un conjunto de personas. En segundo lugar, la función o actividad debe ser de aquellas que se espera sean desarrolladas de buena fe (condición A), de forma imparcial (condición B) y/o la persona está en una posición de confianza por realizarla (condición C)

En ese mismo esfuerzo por determinar adecuadamente la conducta, posteriormente la norma define qué se entendería por “comportamiento indebido”⁵², aludiendo al incumplimiento de una expectativa relacionada con las condiciones recién señaladas. Sin embargo, en su quinta sección la norma se refiere a la prueba de dicha expectativa, indicando que se evalúa “lo que una persona razonable en el Reino Unido esperaría en relación con el desempeño del tipo de función o actividad en cuestión”, complementando con que en dicho juicio se debe atender principalmente a la “ley escrita”⁵³. Esta formulación puede resultar criticable en cuanto a su amplitud e imprecisión (dejando mucho de la determinación en mano de los jueces). No

⁵² Se señala en la cuarta sección que:

(1) a los fines de esa Ley, una función o actividad relevante (a) se realiza incorrectamente si se realiza en incumplimiento de una expectativa, y (b) debe tratarse como si se realizara incorrectamente si no se realiza la función o actividad y esa falla en sí misma es una violación de una expectativa relevante.

(2) En la subsección (1) "expectativa relevante" (a) en relación con una función o actividad que cumple la condición A o B, significa la expectativa mencionada en la condición en cuestión, y (b) en relación con una función o actividad que cumple la condición C, significa cualquier expectativa sobre la manera en que, o las razones por las cuales, se realizará la función o actividad que surge de la posición de confianza mencionada en esa condición.

(3) Cualquier cosa que una persona haga (u omita hacer) que surja de, o en conexión con, el desempeño anterior de una función o actividad relevante de esa persona debe ser tratada para los propósitos de esta Ley como realizada (u omitida) por esa persona en el desempeño de esa función o actividad.

⁵³ En la misma sección se define “ley escrita” como aquella contenida en (a) cualquier constitución escrita, o disposición hecha por o bajo la legislación, aplicable al país o territorio de que se trate, o (b) cualquier decisión judicial que sea aplicable y se evidencia en fuentes escritas publicadas.

obstante, la norma es coherente con el propósito legislativo de que ella se mantenga en sintonía con una realidad que evoluciona constantemente y con el sistema jurídico de dicho país.

Finalmente, cabe señalar que en el contexto de la tramitación del Boletín 10.155-07 el profesor Medina destacó este modelo como el más relevante en la actualidad, desplazando, a su juicio, al modelo norteamericano que habría sido dominante hasta antes del 2010 (Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento (Diputados), 2016, pág. 14).

c. Críticas al modelo unitario

Refiriéndose a la regulación de Suecia, Nieto (2002, pág. 57) afirma que su modelo solo tiene pleno sentido si se tienen en consideración, en primer lugar, la particular extensión del sector público sueco y, en segundo lugar, que dicho sector tiene un prestigio tan alto, que sus formas de gestión han sido adoptadas por la empresa privada. Tomando en cuenta que el contexto general de otros países es justamente el opuesto (privatización generalizada de la actividad económica y un sector público desprestigiado o al menos no tan bien evaluado), resultaría muy difícil extrapolar el modelo unitario a otros países. Tal como señalábamos anteriormente “[e]l interés por la creación de un delito de corrupción en el sector privado proviene del desmantelamiento del sector público y del consiguiente *horror vacui* ante la anomia jurídico penal en la que quedan los otrora funcionarios públicos” (Nieto, 2002, pág. 57).

Otro punto que se puede plantear es si se debe aceptar sin más que la conducta de corrupción privada tenga el mismo disvalor que aquella que se da en el ámbito del sector público (particularmente en el delito de cohecho). Boles (2014, págs. 688-689) señala que tradicionalmente se ha visto a la corrupción privada como un delito “menos serio” y menos merecedor de intervención estatal, tratándose en muchos cuerpos normativos separadamente de la corrupción pública, y contemplando penas menores para la primera, en comparación con la segunda. Así ocurre, por ejemplo, en España donde se castiga mucho más severamente el delito

de cohecho (en cualquiera de sus formas) que el de corrupción en los negocios⁵⁴. Se deduce entonces que la protección de la probidad o del buen funcionamiento de la administración pública tendrían una mayor valoración que la protección al patrimonio o a los demás bienes que se ven afectados por la corrupción privada.

Sin embargo, Boles (2014, pág. 689) responde de forma crítica a ese tratamiento tradicional diferenciado de la corrupción privada y pública. El autor señala que la mayoría de los estudios en la materia refuerzan las diferencias entre uno y otro ámbito, y no desarrollan aquellos puntos que tienen en común. A su juicio, ambos tipos de soborno son manifestaciones gemelas de corrupción y debido a las características que comparten resultan ser delitos equivalentes.

⁵⁴ En sus artículos 219 y siguientes, el Código Penal español contempla para el cohecho penas prisión de tres a seis años (cohecho pasivo y activo, realizando un acto contrario a deber), o de dos a cuatro años (cohecho pasivo y activo, realizando un acto propio del cargo), mientras que para la corrupción en los negocios el artículo 286 bis la prisión parte desde los seis meses y llega solo a cuatro años, sin perjuicio de que concurra alguna circunstancia que haga aplicable la agravante del artículo 286 quáter. En el mismo sentido, las penas de inhabilitación previstas para el cohecho van de nueve a doce años o cinco a nueve años, mientras que en la corrupción en los negocios es de uno a seis años. Finalmente, en el caso del cohecho el monto de la multa se determina en base a un rango de meses (doce a veinticuatro meses), mientras que en la corrupción en los negocios se calcula en base al beneficio o ventaja obtenida.

CAPÍTULO III. ANÁLISIS CRÍTICO A LAS INICIATIVAS QUE BUSCAN TIPIFICAR LA CORRUPCIÓN PRIVADA EN CHILE

Tal como exponíamos al comienzo de este trabajo, los compromisos internacionales, y la propia ciudadanía, exigen hoy mayor transparencia y control sobre las relaciones entre poder y dinero, especialmente cuando se ven involucrados intereses colectivos.

En este escenario, parece cada vez más necesario equiparar nuestra legislación a los estándares internacionales que promueven la tipificación de la corrupción privada, especialmente si queremos ser un país “atractivo” y “competitivo” a nivel global. Así, por ejemplo, Carnevali y Artaza (2016) afirman que los inversionistas prefieren participar en países que les brinden seguridad y que la globalización en materia económica ha tendido a establecer la forma en que se hacen los negocios, sea en el ámbito público o privado, “de manera que aquellos actos de corrupción que en el pasado podían ser de algún modo tolerados, hoy ya no se los aprecia de un modo similar” (pág. 60). Tomando en cuenta que la mayoría de los países que controlan la economía global tienen modelos regulatorios bastante consagrados en materia de corrupción, parece lógico acercarnos a ellos.

Esta idea es de especial importancia si además consideramos que, en la medida en que la economía está casi plenamente globalizada, los estándares legislativos nacionales de países con menor poder económico tienden a perder importancia frente a los modelos de aquellos países con más poder en el escenario global⁵⁵.

Sin perjuicio de lo recién afirmado, para una parte de la dogmática, la sanción penal a la corrupción entre particulares no resulta del todo obvia. Como se expuso en el capítulo anterior,

⁵⁵ Una manifestación de ello es que hoy los modelos regulatorios internos que utilizan las empresas multinacionales para prevenir o sancionar la corrupción procuran satisfacer las exigencias regulatorias de países como Estados Unidos o Inglaterra. Así lo advierte Medina durante la tramitación del primer proyecto de ley que buscaba incorporar la corrupción privada al Código Penal (Primer informe de Comisión (Diputados) Boletín 10.155-07, 2016, pág. 22).

existen diversas alternativas de cómo tipificar la corrupción privada, según el bien jurídico que se pretende resguardar. Sin embargo, es válido preguntarnos primeramente si el bien jurídico que se defina como objeto de protección de la norma merecerá el amparo del derecho penal, o si más bien resultaría suficiente echar mano a otras de las herramientas jurídicas que nos ofrece el ordenamiento.

Para algunos, abordar el problema desde el derecho penal sería una especie de correctivo: otorgaría poder a quienes no pueden actuar en condiciones equiparables, en cuanto a dominio o influencia, en el funcionamiento del mercado y, por ende, solo sufren sus distorsiones (Manríquez, 2008, pág. 135). Para otros, la respuesta desde el *ius puniendi*, siendo la herramienta más amedrentadora del ordenamiento, no es proporcional a la afectación de los bienes jurídicos que se buscan proteger. En ese sentido, preliminarmente puede resultar cuestionable que la competencia leal o el orden económico revistan una importancia tal que merezcan hacer funcionar el aparato estatal punitivo. Y aun cuando aceptáramos que un interés como la lealtad competitiva merezca protección penal, es posible preguntarnos si particularmente la conducta que se busca tipificar como corrupción privada menoscaba de manera suficientemente grave estos intereses, como para justificar tal recurso jurídico (De la Cuesta y Blanco, 2002, pág. 288).

Recordemos que la UNCAC indica en su artículo 1º que la finalidad de dicha Convención es “[p]romover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción”. Añade, particularmente en materia de corrupción en el sector privado en su artículo 12, lo siguiente:

Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará medidas para prevenir la corrupción y mejorar las normas contables y de auditoría en el sector privado, así como, cuando proceda, prever sanciones civiles, administrativas o penales eficaces, proporcionadas y disuasivas en caso de incumplimiento de esas medidas.

Este tercer capítulo pretende justamente estudiar si la vía penal es la más eficaz y eficiente a efectos de prevenir y combatir la corrupción privada, y si una sanción de naturaleza penal es proporcional y disuasiva en la materia. Con esta finalidad, comenzaremos analizando,

desde una óptica general del derecho penal, si se cumplen principios básicos como la proporcionalidad y la mínima intervención. A continuación, se expondrán características propias de la corrupción entre particulares y las dificultades que el sistema punitivo podría tener para abordarlas, especialmente considerando sus limitaciones, representadas por garantías consolidadas que podrían no hacer tan efectiva ni eficiente la persecución de este delito. Luego se presentarán, de forma general, tendencias comparadas que pueden ser tomadas como alternativas o complementarias a la tipificación penal. Finalmente, se plantearán los déficits presentes en el proyecto de ley actualmente en tramitación, los cuales deben ser subsanados si realmente se quiere satisfacer la pretensión legislativa de terminar con la impunidad en actos que involucren corrupción entre privados.

1. Naturaleza de *ultima ratio* del derecho penal y el bien jurídico protegido

Según afirma Rosas (2009, pág. 97), la legitimidad del delito de corrupción entre particulares ha sido criticada por algún sector de la doctrina jurídico-penal que asocia esta figura al fenómeno de la “expansión del derecho penal”, tendencia político-criminal presente en los ordenamientos jurídicos occidentales, que se caracteriza por el aumento de la legislación punitiva – en ocasiones, usando como técnica la tipificación de delitos de peligro abstracto para tutelar bienes jurídicos supraindividuales– y de su potencial aplicación, interpretando de forma más laxa los presupuestos de la responsabilidad penal y los principios de la persecución y juzgamiento penal (Hernández, 2005, pág. 105)⁵⁶.

A partir del principio de proporcionalidad, tradicionalmente se ha entendido que el derecho penal es de *ultima ratio*, por ende, debe imperar una lógica de mínima intervención. Por ejemplo, González y Orts (2017) señalan que “sólo se puede recurrir a esa rama del Derecho (...) y, por ende, a la conminación con pena, para dispensar protección a los bienes jurídicos

⁵⁶ Acerca de las distintas posturas existentes respecto a este fenómeno, vid. Hernández (2005, págs. 106 y ss.); y Rosas (2009, págs. 97 y 98).

dignos de ella frente a los ataques más graves e intolerables” (pág. 162)⁵⁷. Del mismo modo, Olaizola (1999) sostenía:

“Hay que tener en cuenta que dado el carácter fragmentario y de *ultima ratio* del Derecho penal, éste sólo debe proteger los bienes jurídicos más importantes y frente a las formas de ataque más reprobables, por lo que para la protección de los bienes jurídicos en otras circunstancias basta con la intervención de otras ramas del Derecho” (pág. 55).

La doctrina ha entendido, además, que del principio de proporcionalidad deriva la idea de que el derecho penal sería aplicarse subsidiariamente, esto es, únicamente cuando las restantes áreas del derecho resulten insuficientes para tutelar determinado bien jurídico. Este mismo razonamiento es aplicable a las penas, debiendo escogerse aquellas que, por su tipo y cuantía, logren proteger el bien jurídico causando la menor afectación a derechos fundamentales posible (Lopera, 2008, pág. 280).

Quienes critican la expansión del derecho penal en general hacen valer estas ideas para abogar por un derecho penal nuclear que se preocupe de los “tradicionales” bienes jurídicos individuales, acusando que la modernización traiciona los principios liberales del derecho penal ilustrado (Hernández, 2005, pág. 106).

Dicho esto, cabe cuestionarse si castigar penalmente la conducta de corrupción entre particulares satisface el principio de mínima intervención. Tal como hemos visto en el capítulo anterior, varios países han incorporado entre sus normas penales el tipo de corrupción privada. Sin embargo, pareciera que a la hora de tomar esa decisión político-criminal se ha valorado fuertemente la influencia de acuerdos supranacionales, quedando algunas dudas respecto de si

⁵⁷ Por ejemplo, la ley 20.000 referida al tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, sin perjuicio de que involucra la protección de varios intereses, resguarda el bien jurídico “salud pública”; sin embargo, el derecho penal no castiga en forma generalizada el consumo de otros productos que afectan la salud, como son el tabaco, el alcohol, la comida chatarra, etc., todos los cuales tienen limitaciones únicamente en cuanto a su comercialización a menores de edad. Ha de entenderse entonces que el derecho penal está reservado para aquellos casos en que, por diversos factores (científicos, sociales, etc.), el bien jurídico se vea afectado más gravemente.

previamente se estudió el aporte e impacto concreto que ello tendría contra la corrupción, y si se estarían respetando los principios básicos del derecho penal, como es la intervención mínima.

Al respecto, Nieto (2002, págs. 59-61), tomando como referencia el caso español, explica que los catálogos jurisprudenciales previos a la incorporación de la corrupción privada como delito penal contenían muy pocos casos de corrupción privada, radicándose esencialmente en supuestos donde eran afectados intereses patrimoniales concretos de otros competidores o de consumidores. Teniendo eso en cuenta, el autor sostiene que incriminar la corrupción privada, cuando aún no se ha podido comprobar el efecto preventivo general de las sanciones administrativas y civiles, atentaría contra el principio de *ultima ratio* del derecho penal.

Por otra parte, tal como se señalaba a propósito de las críticas planteadas al modelo punitivo que considera que la corrupción privada protege principalmente la competencia leal, De la Cuesta y Blanco (2002) han cuestionado que aquel sea un bien jurídico que merezca por sí solo la protección del sistema penal. Los autores afirman que la intervención penal

“ha de reservarse para aquellos supuestos que, suponiendo una infracción de deberes (bien frente al empresario, los propios del ejercicio de la actividad empresarial) e implicando un menoscabo grave de la lealtad competitiva, supongan algo más, que convierta en insuficiente su tratamiento a través de otras ramas del Derecho” (pág. 288).

En la misma línea, los autores han cuestionado que la sanción penal sea el medio idóneo para proteger los intereses de los competidores. Su crítica se basa en que muchos países cuentan con normativa extrapenal en la materia y que, dado que no existen estudios empíricos preciso que evalúen la eficacia de esos recursos, no se justifica acudir sin más a la sanción penal. En ese sentido, han sostenido que “el recurso directo y automático a la sanción penal para la protección de los intereses de los competidores es contrario al principio de subsidiariedad” (pág. 288).

El abogado Sergio Morales (2016), encargado del Programa Legislativo del centro de estudios Libertad y Desarrollo, llamado a exponer su postura en el contexto de la tramitación del Boletín 10.155-07, también tuvo observaciones siguiendo la lógica del derecho penal como

ultima ratio. Dado que, a su juicio, la conducta no lesiona un bien jurídico de relevancia tal que lo haga meritorio de sanción penal

“[p]odría resultar más consistente con el fin perseguido por el proyecto, sancionar la corrupción privada en el ámbito de la regulación de la libre competencia mediante sanciones administrativas, y dejar la sanción penal sólo para casos especialmente graves por la importancia económica del acto o por la afectación de sectores especialmente sensibles de la economía” (pág. 1)⁵⁸.

Particularmente en materia sanitaria, nuestra legislación muestra un ejemplo en donde conductas vinculadas a corrupción entre particulares se han resuelto por medios extrapenales: la ley N° 20.724, publicada el 14 de febrero de 2014, conocida popularmente como “ley de fármacos”. Esta ley, que modificó el Código Sanitario en cuanto a la regulación de farmacias y medicamentos, crea con su artículo 1° un nuevo libro cuarto del Código Sanitario. De particular relevancia para el asunto aquí tratado resulta el artículo 100, incisos 4 y 5, que señala lo siguiente:

“Quedan prohibidos la donación de productos farmacéuticos realizada con fines publicitarios y los incentivos económicos de cualquier índole, que induzcan a privilegiar el uso de determinado producto a los profesionales habilitados para prescribir y dispensar medicamentos o a los dependientes de los establecimientos de expendio y a cualquier otra persona que intervenga en la venta o administración de medicamentos.

Se entenderá por incentivo cualquier pago, regalo, servicio o beneficio económico entregado o realizado a las personas señaladas en el inciso anterior, por parte de laboratorios farmacéuticos, droguerías, importadores o distribuidores de medicamentos, establecimientos farmacéuticos en general o por quienes los representen.”

⁵⁸ De esa afirmación debería entenderse que la postura de la institución que representa es aceptar la tipificación penal de la materia, pero reservarla a aquellos casos en que la afectación de los intereses en juego sea la más importante. A propósito de esto, surge la cuestión acerca de quién debería determinar qué casos quedarían comprendidos por la norma bajo esa condición. Si bien escapa a los fines de este trabajo tratar el asunto, cabe al menos mencionar que optar por dejar en manos de los jueces la decisión tiene la ventaja de que la norma tenga mayor adaptabilidad – al modo que lo previeron los ingleses –, mientras que si la decisión es previamente definida por la misma ley, o alguna otra norma, se resguarda de mejor forma la previsibilidad y seguridad jurídica propia de nuestro sistema legal.

En esta materia la autoridad sanitaria es la encargada de investigar y tomar las declaraciones necesarias para el esclarecimiento de los hechos relacionados con una eventual infracción a la norma. Siguiendo el procedimiento sumario regulado en el propio Código Sanitario (artículos 162 y siguientes), y en caso de establecer que se cometió dicha infracción, la misma autoridad sanitaria será quien dicte sentencia, pudiendo apelarse ante los tribunales civiles ordinarios. Las sanciones previstas corresponden a multas (desde un décimo de unidad tributaria mensual hasta mil unidades tributarias mensuales), además de medidas de clausura, cancelación de autorización de funcionamiento, paralización de obras o faenas, la suspensión de distribución de productos y el decomiso, según sean procedentes. Sin perjuicio de estas sanciones, el Código Sanitario señala explícitamente que pueden hacerse efectivas responsabilidades previstas en otros cuerpos legales por los mismos hechos.

Trasladándonos al plano estrictamente económico encontramos un sustento orgánico y normativo (extrapenal) con el potencial para tomar a su cargo la persecución de conductas de corrupción privada. Por una parte, nuestro país cuenta con una Fiscalía Nacional Económica – agencia encargada de defender la libre competencia, con atribuciones investigativas y persecutorias en materia económica– y con órganos de control y decisión jurisdiccional sancionatoria: el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la Corte Suprema. Por otra parte, teniendo a la vista que, en relación a la corrupción privada, el proyecto de ley que se encuentra actualmente en tramitación parece poner el foco de protección en la competencia leal, ha de tomarse en cuenta que el ordenamiento chileno cuenta con una ley específica en la materia, contemplando sanciones civiles y eventuales multas. En particular, la ley 20.169 señala en su artículo 1º que tiene por objeto proteger a competidores, consumidores y, en general, a cualquier persona afectada en sus intereses legítimos por un acto de competencia desleal. Luego el artículo 3º de la mencionada ley contiene una definición amplia de “acto de competencia desleal”, entendida como toda conducta contraria a la buena fe o a las buenas costumbres que, por medios ilegítimos, persiga desviar clientela de un agente del mercado; finalmente, su artículo 4º contiene un listado de conductas consideradas de competencia desleal, dejando en claro que se trata de una disposición no taxativa. En consecuencia, parece completamente factible incluir en

esa norma las conductas consideradas como corrupción entre privados que atenten contra la competencia leal.

Al respecto, se debe tener en consideración que nuestro país, a fines del año 2003, optó por despenalizar los delitos económicos tipificados hasta entonces en el DL N°280, y las figuras monopólicas contenidas en el DL N°211, normas que hasta ese año no se aplicaron jamás en sus aspectos penales (Manríquez, 2008, pág. 148). El principal obstáculo se encontraba en que, para iniciar el proceso penal, se requería denuncia o querrela del Fiscal Nacional Económico, quien por lo demás, solo podía interponerlas a requerimiento de la Comisión Resolutiva (Hernández, 2005, pág. 126). Sin perjuicio de esta experiencia, el año 2016 se incorporó al texto refundido, coordinado y sistematizado del DL N°211 un tipo penal que sanciona la colusión (artículo 62), aunque con algunas limitaciones procesales que dificultan su aplicación en la práctica⁵⁹.

En contraposición a la postura planteada hasta ahora, parte de la doctrina más proclive a la expansión del derecho penal acusa discriminación en las críticas provenientes desde la comprensión de este como herramienta de *última ratio*. A saber, se ha sostenido que limitar el derecho penal a la protección de bienes jurídicos estrictamente “tradicionales” solo perpetúa un paradigma de persecución dirigida contra los sectores menos aventajados de la sociedad (Hernández, 2005, pág. 107).

Para Hernández (2005) la legitimidad de los tipos penales económicos debe ser examinada con el mismo rigor que merece cualquier intento de expansión del poder punitivo, pero, a su juicio, la tipificación de delitos en materia económica no pone en duda el principio de *ultima ratio*, y solo se debe “abogar porque el examen respectivo se haga sin privilegios ni

⁵⁹ La ley 20.945, que creó este delito, estableció que el juicio penal solo podrá tener lugar luego que el Tribunal de la Libre Competencia dicte sentencia condenatoria y ella se encuentre ejecutoriada, e iniciará únicamente a través del ejercicio de la acción por parte del Fiscal Nacional Económico, dentro del plazo de seis meses contados desde dicha sentencia, plazo que resulta bastante acotado a efectos de preparar una acusación que logre tener éxito en una instancia penal, la cual será más exigente que la llevada a cabo frente al Tribunal de la Libre Competencia.

discriminación, esto es, con la misma vara tanto para los delitos tradicionales como para los de última generación” (pág. 109)⁶⁰.

Otro aspecto que se puede objetar a la postura presentada hasta ahora es el hecho de que reprimir las conductas que constituyan corrupción privada por la vía civil o administrativa impediría su visibilidad y podría favorecer la elusión a la responsabilidad jurídica asociada. En su conocido libro sobre delincuencia de “cuello blanco”, Sutherland hacía presente que quienes infringían normas aplicables a los negocios no solían ser juzgados en tribunales penales, ni eran sometidos a prisión. En la época en que el sociólogo formuló sus postulados estos asuntos frecuentemente eran tratados por comisiones administrativas, o por tribunales civiles o de equidad. Como consecuencia, sostenía Sutherland (1999) “esas violaciones de la ley no son incluidas en las estadísticas delictivas, ni los casos individuales llevados a la atención de los especialistas que escriben teorías de conducta delictiva” (pág. 64).

Finalmente, se podría hacer presente que las sanciones de naturaleza civil o administrativa, en general, tienen una menor efectividad disuasiva, en contraste con la sanción penal. A modo de ejemplo, vemos que hasta la fecha se sigue denunciado la práctica de entregar a los trabajadores de farmacias bonos a cambio de vender determinados medicamentos (normalmente de mayor valor)⁶¹, conducta que, como veíamos *supra*, está regulada y sancionada administrativamente por el Código Sanitario.

Sin perjuicio de las réplicas que se puedan plantear frente a este primer cuestionamiento al tratamiento penal de la corrupción privada, parece importante considerar los esfuerzos puestos en el continuo perfeccionamiento del sistema normativo y orgánico dedicado específicamente a

⁶⁰ Para Hernández (2005) mientras la respuesta penal se encuentre fundada en una decisión valorativa previa, ella sería legítima. En particular, para él la fundamentación de los delitos económicos puede hallarse en una valoración amplia de “censura de cualquier atentado contra los intereses económicos –individuales o colectivos– indispensables para el desarrollo de las personas, cualquiera que sea su configuración histórica”. En nuestro ordenamiento esta valoración general puede ser extraída de la tipificación de delitos que protegen la propiedad y el patrimonio, siendo ellas meras manifestaciones “concretas e históricamente condicionadas” de aquella (pág. 109).

⁶¹ Al respecto vid. notas de prensa: Cooperativa.cl (2018); Publimetro (2017); ADNradio.cl (2017).

la protección de la libre competencia y la competencia leal. En condiciones que el problema de la corrupción privada no ha sido abordado cabal y sistemáticamente por esa vía, una correcta medida inicial sería examinar cómo complementarlo y reforzarlo de modo que sea efectivo para la persecución de las conductas que pretenden ser sancionadas como corrupción entre privados. Únicamente habiendo agotado esa alternativa y contando con información concreta respecto a la relevancia y frecuencia con que se dan tales conductas, sería razonable examinar la necesidad de tipificar penalmente la figura.

2. Dificultades en la persecución de la corrupción entre particulares

El siguiente paso a la hora de evaluar si la sanción penal es la mejor reacción frente a la corrupción entre privados es identificar los elementos que la caracterizan. Para Iglesias y Medina (2004, pág. 52) la corrupción se mueve en el ámbito de dos fenómenos: la delincuencia socio-económica, en sentido amplio, y la criminalidad organizada. Estos dos terrenos, a su juicio, presentan particularidades criminológicas que los diferencian de la criminalidad tradicional. A efectos de este trabajo, se considera que ellas también estarían presentes en el delito de corrupción privada que se pretende incorporar a nuestro ordenamiento.

En primer lugar, los potenciales implicados presentan particularidades (tanto personales, como situacionales) que los hacen estar más dispuestos a asumir el riesgo de cometer delitos de esta naturaleza, postura que se ve reafirmada ante las bajas posibilidades de ser descubierto. En segundo lugar, es común que no existan víctimas directas o inmediatas que denuncien los hechos, lo que contribuye a la dificultad de detectarlos. En tercer lugar, estas actividades delictuales suelen realizarse en un marco de aparente legalidad, resguardadas por estructuras empresariales formalmente establecidas y que se ocultan bajo un complejo entramado financiero, lo cual suma enormes dificultades a la hora de probar su ilegalidad y satisfacer el estándar particularmente alto del proceso penal.

A continuación, se desarrollarán estas características y se explicará cómo ellas vuelven difícil la persecución de la corrupción privada en general, y especialmente como tipo penal, en comparación con otros delitos que no las tienen.

a. Condiciones especiales de los posibles imputados

Como señalaba, un primer aspecto problemático en la persecución penal de la corrupción privada dice relación con los sujetos posiblemente implicados en el hecho ilícito. Haciendo referencia a los postulados de Sutherland, Hernández (2005, pág. 102) señala que el entorno social y profesional de los sujetos involucrados en la delincuencia de la “clase alta”, hace que tengan características diferentes a las de quienes delinquen en los ámbitos que tradicionalmente han sido objeto de estudio de la criminología. Siguiendo esta idea, ha de tenerse en cuenta, por una parte, que los delitos económicos suelen cometerse por personas con amplio poder dentro de una empresa, aprovechando zonas grises de la legislación que los rige o incluso “vulnerando la legalidad tras un análisis costo-beneficio y, por tanto, siguiendo una decisión racional” (Marco, Demetrio, Nieto, y Maroto, 2018, pág. 198).

Esta forma de razonar puede resultar completamente normal para el sujeto si en su entorno la conducta potencialmente delictual constituye una práctica común. En 1999 Sutherland explicaba, mediante su “teoría de la asociación diferencial”, que “la conducta delictiva se aprende en asociación con aquellos que definen esa conducta favorablemente y en aislamiento de aquellos que la definen desfavorablemente” (pág. 277). En otras palabras, el autor sostiene que es más probable que una persona cometa un delito si percibe que el comportamiento que se desvía de la norma es valorado, mayoritariamente, de forma positiva, y/o mínimamente juzgado negativamente, “porque ha aprendido a definir con más frecuencia una situación en términos de violación de la ley que en términos de respeto a la misma” (Vázquez, 2003, pág. 15).

Al referirnos a la normalización de aquellas prácticas comerciales que eventualmente podrían resultar reprochables, Winter (2013) expresa correctamente la realidad respecto a la corrupción privada:

“Se le paga, por ejemplo, a un dependiente de una empresa para que elija a un proveedor por sobre otro. Si se les pregunta a distintos ejecutivos de empresas, les dirán que esa es la forma en que se hace negocios. Muchos no lo consideran ni siquiera un problema” (pág. 111).

En tales condiciones, pareciera que quienes pudiesen llegar a estar implicados en una conducta de corrupción privada tendrían una bajísima motivación de actuar conforme a la ley y que quienes tuvieran conocimiento sobre la situación carecerían de incentivos a denunciar.

Por otra parte, en materia de delitos económicos generalmente los imputados tienen recursos que les permiten eludir la responsabilidad jurídica (penal o de otro tipo) asociada a sus actos. Sutherland (1999) señalaba: “Las personas de la clase socioeconómica alta son más poderosas política y financieramente y escapan a la detención y a la condena mucho más que las personas que carecen de ese poder, aun cuando sean igualmente culpables de delitos” (pág. 64). A propósito de lo mismo, Hernández (2005) indica que en este ámbito los involucrados en una acusación “disponen en abundancia de medios de todo tipo para contar con defensas de primer nivel e, incluso, eludir de modo más o menos informal el hecho mismo de la persecución penal” (pág. 103).

En este sentido, cabe señalar que las salidas alternativas que ofrece el sistema procesal penal muchas veces pueden representar la opción más atractiva tanto para los acusados como para el propio Ministerio Público. A raíz del caso de uso de información privilegiada surgido en el intento de fusión entre las empresas Falabella y D&S, Winter (2013) señala que “[s]i bien nadie puede criticar el uso de una salida alternativa como la suspensión condicional como mecanismo general, es evidente que ella implica una opción y una declaración del Ministerio Público sobre este tipo de casos” (pág. 107), agregando que, en ese momento, la justificación que entregó la institución decía relación con las bajas penas contempladas para los delitos económicos.

Sin pretensión de abordar un posible cuestionamiento al uso de salidas alternativas en estos casos, cabe señalar que ellas traen aparejadas, para la ciudadanía, una sensación de ineficacia similar a la que tendrían si no se hubiese juzgado en absoluto. En ese sentido, Winter (2013, pág. 98) postula que, en general en el ámbito de los delitos empresariales, una solución procesal que no sea suficientemente intensa contribuye a la sensación de impunidad. Por su parte, la ONG Transparencia Internacional, refiriéndose a las normas de soborno a extranjero,

destaca que los acuerdos (independiente de la forma que adopten en cada ordenamiento) permiten resolver casos de corrupción sin tener que pasar por un juicio completo o un procedimiento administrativo, y muchas veces sirven para reforzar el cumplimiento de las normas en esta materia. Sin embargo, advierten que el efecto disuasivo de los acuerdos es cuestionable si no son transparentes, si no proveen de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasivas, y si no tienen un significativo control judicial (Dell y Mc Devitt, 2018, pág. 21).

Dado los contextos donde comúnmente se realizan las conductas que pretenden tipificarse como corrupción privada, el panorama antes descrito es fácilmente trasladable al ese eventual delito, especialmente si los imputados previstos detentan posiciones de poder dentro de importantes empresas. Además, será común que en este tipo de delito la determinación de el o los individuos involucrados en concreto no sea fácil. Cabría entonces la posibilidad de preguntarnos si las empresas involucradas deberían cargar con alguna responsabilidad de colaborar al respecto para que la norma resulte efectiva.

b. Condiciones especiales de las víctimas

Un segundo aspecto problemático en la persecución de supuestos de corrupción privada se encuentra en torno a la figura de las víctimas. A raíz de un estudio que realiza Planchadell (2016) sobre el lugar de las víctimas de delitos de corrupción en el sistema español y alemán – modelos que, como se explicó en el capítulo anterior, centran su atención en la protección a la competencia leal–, la académica señala que los tipos penales que tratan este fenómeno, en general, no protegen un bien jurídico individual, sino que hacen referencia a intereses como “la Administración de Justicia, Hacienda Pública, libre mercado y bienes similares” (págs. 70-71), cuya titularidad es imposible de reconducir a un individuo concreto. Para Planchadell eso podría llevar a considerar que los delitos de corrupción carecen de víctima. Sin embargo, la autora explica que, en estos casos, lo que se protege es un bien jurídico de titularidad colectiva, radicado concretamente en los “ciudadanos”, quienes como parte de la sociedad, exigen la tutela no solo de sus bienes concretos, sino también de intereses que afectan a todos. En ese mismo sentido, Huber (2003) señala que, específicamente en la corrupción privada “[n]o se lesiona

tanto a una víctima individual, como sí y en gran medida, a la sociedad en su conjunto” (pág. 49).

Sin perjuicio de esta explicación, es necesario definir el círculo de personas legitimadas para hacer valer sus derechos como víctimas frente a una conducta de corrupción privada. El asunto resulta de gran importancia, ya que, si no existe una víctima individualmente ofendida, existen menos probabilidades de que la situación llegue a conocimiento de la autoridad correspondiente, afectando directamente la eficacia de la persecución penal del delito (Planchadell, 2016, pág. 70).

Tal como se pudo ver *supra*, a raíz de los diversos modelos que se han adoptado para castigar esta forma de corrupción, existen varios sujetos que se podrían ver afectados por el delito. En primer lugar se encuentra el empresario del lugar donde desempeña sus labores el sujeto corrupto, quien ve traicionada la confianza depositada en su trabajador o mandatario y, además, adquiere un bien o servicio que puede no ser el más óptimo⁶²; en segundo lugar, los competidores que son perjudicados por la decisión que el corrupto toma ajándose de los estándares de eficiencia del mercado; finalmente, pueden considerarse como víctimas los consumidores finales, quienes tampoco estarán adquiriendo el bien o servicio idóneo acorde a una competencia legítima en el mercado. La determinación de quiénes serán consideradas víctimas de este tipo penal podrá variar, entonces, según el modelo regulatorio y bien jurídico que se pretenda resguardar. Cualquiera sea el camino que se tome, resulta imprescindible que la norma lo defina claramente.

Por otra parte, aún teniendo claridad sobre quiénes pueden actuar como víctimas en un eventual proceso penal, existen otros obstáculos en este ámbito. Y es que, primeramente, no resultará sencillo que los sujetos antes mencionados tomen conocimiento de que están siendo perjudicados. En ocasiones además carecerán de la preparación técnica necesaria para recabar

⁶² De esa misma forma, dependiendo del tipo de empresa en que se configure la conducta corrupta, podrán verse afectados accionistas o inversores.

la información que les permita plantear su caso al organismo competente para iniciar una investigación, y en caso de que sean varios los afectados, la coordinación de sus esfuerzos muchas veces resultará dificultosa. Sutherland (2011) señalaba a este respecto: “En contraste con el poder de los criminales de cuello blanco está la debilidad de sus víctimas. Consumidores, inversores, accionistas se encuentran desorganizados, faltos de conocimiento técnico y no pueden protegerse a si mismos” (pág. 197). En consecuencia, el potencial sujeto activo del delito está más dispuesto a asumir el riesgo que representa cometer la conducta prohibida, puesto que las posibilidades de ser descubierto son mínimas, lo que hace que “apenas les intimiden las amenazas penales tipificadas en la ley” (Iglesias y Medina, 2004, pág. 52).

c. Dificultades probatorias

En tercer lugar, podemos advertir que desde el plano general de los delitos económicos existen también importantes dificultades para acreditar los hechos y circunstancias que permiten hacer punibles determinadas conductas. Desde que comienza a conceptualizarse, el derecho penal económico reconoce como una de sus principales características la complejidad probatoria que conllevan los delitos de esa naturaleza. A partir de una perspectiva procesal-criminalística hay quienes incluso definen al derecho penal económico como “*delitos patrimoniales puros con complejidades procesales (probatorias)*” (Tiedemann, 2009, pág. 70). Esta problemática, por supuesto, se extiende también al delito de corrupción privada.

Tal como se mencionaba *supra*, en primera instancia, es difícil percibir que existe una situación potencialmente delictual. Dado que las conductas se realizan en un marco de aparente legalidad, el comienzo de la investigación podrá verse latamente retrasado y, una vez iniciada, los denunciante deberán ser capaces de encontrar los antecedentes que prueben el ilícito, desenredando el entramado financiero mediante el cual suelen encubrirse estas operaciones, y enfrentando a sujetos con baja o nula disposición a colaborar.

En caso de que en nuestro ordenamiento se tipifique penalmente la corrupción privada como delito, a las dificultades fácticas que recién se mencionaban se debe sumar una dificultad jurídica: la necesidad de satisfacer el estándar probatorio del proceso penal. En palabras de

Accatino (2011), mientras que en el proceso civil se aplica un estándar de preponderancia que se satisface con “la proposición fáctica que resulte relativamente más corroborada por las pruebas disponibles” (pág. 486) en comparación a las proposiciones incompatibles con ella, en materia penal el estándar es más exigente, requiriendo un grado de corroboración mayor. De conformidad con el artículo 340 del Código Procesal Penal (en adelante, CPP), se exige a los jueces que alcancen una convicción “más allá de toda duda razonable” acerca de la comisión del hecho punible objeto de la acusación y acerca de que al acusado le hubiere correspondido una participación culpable en él, que sea penada por la ley. De esta forma, el proceso penal eleva su estándar probatorio por sobre otros procedimientos aplicables en el ordenamiento chileno.

Tal como lo aclara Accatino (2011), esta mayor exigencia reduce “el riesgo de que se cometa un error al declarar probada una proposición fáctica (es decir, el riesgo de que se declare probada una proposición falsa o riesgo de un falso positivo)”, aunque con ello, correlativamente, aumente la posibilidad de que se “yerre al declarar no probada una proposición fáctica (es decir, el riesgo de que se declare no probada una proposición verdadera o falso negativo)” (pág. 487).

En el marco del proceso penal este estándar de prueba opera como una garantía que está en plena coherencia con la presunción de inocencia del imputado y con la concepción moral generalizada de que los costos de condenar erróneamente a una persona inocente son mucho más graves que los de absolver a un inocente, especialmente considerando que se afectan derechos subjetivos e intereses fundamentales del acusado, como la libertad, la dignidad y la honra (Accatino, 2011, págs. 488-490). A juicio de Coloma (2009), para llegar a entender que el acusador ha cumplido con el estándar de prueba penal, “la información deberá ser bastante completa, la argumentación especialmente sofisticada y el riesgo de error de condena a un inocente bastante reducido” (pág. 218).

Pues bien, para palear las dificultades probatorias del proceso penal, y particularmente aquellas asociadas a las conductas de corrupción, algunos países parecen haber abandonado los estrictos postulados garantistas. En el contexto del delito de blanqueo de capitales, Iglesias y Medina (2004) señalan que,

“son numerosos los ejemplos legislativos recientes que contemplan una inversión de la carga de la prueba o la instrucción de presunciones de culpabilidad ante vagas sospechas o indicios no muy sólidos que naturalmente menoscaba el principio de culpabilidad y de presunción de inocencia” (pág. 67).

Quienes defienden esta opción alegan que, en materia de corrupción, se debe preponderar la eficacia por sobre limitaciones “excesivamente formalistas” que vuelven impotente al proceso penal (Iglesias y Medina, 2004, págs. 67-68).

Ante este panorama, parecen existir tres posibles caminos sobre cómo abordar procesalmente la corrupción entre privados en nuestro país. El primero, sería mantener el estándar probatorio tal como se concibe en el, antes descrito, artículo 340 del CPP. De esta forma el sistema entregaría plena garantía al imputado respecto a la presunción de su inocencia, sin embargo, impondría las más altas exigencias probatorias del ordenamiento jurídico al acusador, quién, como hemos podido ver, debe enfrentar condiciones especialmente adversas cuando intenta investigar y perseguir delitos económicos en general. Debiendo generar en los jueces la convicción, más allá de toda duda razonable, sobre la ocurrencia de los hechos y la participación del acusado, tal como señala Coloma (2009),

“se requiere de abundante información para llegar a tomar una decisión de condena sobre el acusado, aun cuando éste no se defendiere, pues independientemente que ello ocurra las lagunas de información que pudieren perdurar al concluir el proceso podrían hacer aparecer como plausibles una o más versiones alternativas que sean compatibles con la inocencia del demandado” (pág. 218).

La consecuencia de seguir este camino será, entonces, que probablemente se alcance una bajísima tasa de condenas respecto del delito de corrupción entre particulares, pudiendo devenir en una figura sin uso o utilidad real.

Dicho esto, una segunda alternativa sería invertir la carga de la prueba en el proceso penal, entendiendo que en la mayoría de los casos serán los imputados quienes tendrán en sus manos las mejores herramientas para formular su defensa y/o aportar datos a la investigación del ente acusador. Naturalmente, esto implica una decisión político-criminal que relativiza las

garantías del proceso penal y asume el riesgo de obtener más falsos positivos y condenar a personas inocentes.

Sin embargo, y retomando la observación hecha en el apartado anterior, parece haber una tercera alternativa: tratar el asunto de la corrupción privada por una vía extra-penal. Sin perjuicio de que la mayoría de las dificultades investigativas se mantendrán con independencia del tipo de proceso, la ventaja comparativa de tratar el tema bajo un proceso civil o administrativo es que el estándar probatorio será más bajo y, por ende, la posibilidad de obtener una condena será mayor⁶³.

Señala Accatino (2011) que, aplicando el estándar probatorio del proceso civil “el riesgo de error se distribuye igualmente entre ambas partes (...) pues los dos tipos de error [falso positivo y falso negativo] se producen cuando las evidencias disponibles confirman en mayor grado relativo una hipótesis que resulta falsa” (pág. 487). En la misma dirección apunta Coloma (2009) cuando afirma que el estándar de prueba civil se satisface “aun cuando no se produjere mucha información”, puesto que no es necesario restar plausibilidad a todas las alternativas que rivalicen con la versión de los hechos propuesta por la parte acusatoria, sino que “basta con que la historia del demandante sea un poco más fuerte que las reconstrucciones fácticas que se muestren como incompatibles con sus pretensiones” (pág. 218).

Por otra parte, respecto a la alternativa de regular la corrupción privada de modo administrativo, específicamente, conforme al DFL 1 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DL N°211, cabe tener en cuenta que la norma se refiere a los medios de prueba admisibles en el proceso contencioso ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia– los

⁶³ Al respecto, Avilés (2017) señala que, dado que el derecho penal es “la manifestación sancionatoria más poderosa del ordenamiento jurídico, por cuanto involucra sanciones que incluyen la privación de libertad” es lógico que se limite el *Ius Puniendi* estatal otorgando garantías a las personas que se enfrentan a él. Agrega que “[p]or el contrario, cuando nos referimos al derecho de la competencia, nos enfrentamos a un escenario en que el legislador ha establecido una norma de textura abierta y de gran amplitud, de manera que el órgano encargado de su aplicación -el Tribunal de la Libre Competencia- debe llenar de contenido dicha disposición, para lo cual se le reconoce un importante grado de discrecionalidad” (pág. 19).

indicados en el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil y “todo indicio o antecedente que, en concepto del Tribunal, sea apto para establecer los hechos pertinentes” – y a la forma en que dicho tribunal apreciará la prueba (conforme a la sana crítica). No obstante, existe discusión respecto al estándar probatorio que deben alcanzar los jueces para emitir un fallo condenatorio. Dado que la norma no lo explicita, parte de la doctrina ha entendido que debe seguirse el estándar probatorio civil, que sería aplicable de forma supletoria⁶⁴. Esta conclusión podría derivarse también del hecho de que los medios probatorios aplicables sean los del proceso civil⁶⁵. En cambio, para otra parte de la doctrina y para gran parte de la jurisprudencia, el estándar probatorio aplicable en estos casos debería encontrarse en un lugar intermedio entre la prueba civil y la penal. El estándar debería ser más alto que el civil, en tanto las sanciones administrativas son una manifestación de la acción punitiva del Estado y, por ende, su importancia es mayor, pero no alcanzan la gravedad de las sanciones penales y, por eso, no sería exigible el grado de convicción más alto. A este estándar se le denomina de evidencia “clara y convincente” o “clara y concluyente”⁶⁶.

⁶⁴ Vid. p.ej. Accatino (2011), quien señala que dado el carácter “funcional” del estándar probatorio de preponderancia, usado en el ámbito civil, “puede considerarse que a falta de una regla legal que fije en forma expresa un estándar de prueba para un determinado proceso, este sería el estándar supletorio, determinado por la exigencia de racionalidad en la valoración de la prueba, que requiere, precisamente, la utilización al ponderar la prueba de los medios más idóneos para el fin de averiguar la verdad” (pág. 488).

⁶⁵ Así parece deducirlo el ex Fiscal Nacional Económico, Felipe Irarrázabal Philippi (2010) al decir: “Otro elemento que caracteriza a nuestro sistema legal es que el estándar probatorio para la falta anticompetitiva también queda descrito en la ley, pues el Art. 22 del D.L. N° 211 establece expresamente como admisible aquellos medios de prueba indicados en el Código de Procedimiento Civil (Art. 341)” (pág. 2).

⁶⁶ Vid. p.ej. Romero (2006, pág. 391); así mismo lo ha interpretado sostenidamente la Tercera Sala de la Corte Suprema. p.ej. el 12 de octubre de 2016. Causa Rol 5128/2016. Considerando noveno, señala “El grado de convicción que ha requerido esta Corte para sancionar un caso de colusión es la existencia de una prueba clara y concluyente, la que sin embargo debe ponderarse teniendo a la vista las evidentes dificultades probatorias que se enfrentan al momento de acreditar un ilícito de esta naturaleza que se ejecuta en la clandestinidad, procurando los agentes económicos, en la generalidad de los casos, adoptar resguardos para impedir que la conducta anticompetitiva salga a la luz”; Corte Suprema, Sala Tercera (Constitucional), 29 de octubre de 2015. Causa Rol 27181/2014. Considerando cuadragésimo tercero: “Que determinados los elementos necesarios para la configuración del ilícito de colusión (...) cabe recordar que el grado de convicción que ha sido requerido por esta Corte para sancionar un ilícito de esta clase es la existencia de una prueba clara y concluyente, ello en concordancia con la naturaleza de la acción reprimida y su trascendencia concreta”; finalmente, Corte Suprema, Sala Tercera (Constitucional), 7 de septiembre 2012. Causa Rol 2578/2012. Considerando undécimo: “Estándar de prueba. En este estado del análisis es necesario señalar que el grado de convicción que ha requerido esta Corte para sancionar

Debido a que escapa a los fines de este trabajo profundizar en el asunto, basta señalar que cualquiera de estas opciones significaría una reducción en la exigencia probatoria en comparación al estándar penal. Por otro lado, como podrá deducirse, el cambio en la distribución del riesgo de error de estas alternativas trae consigo un correlativo aumento en la posibilidad de condenas en base a falsos positivos. Sin embargo, el “costo” social de esta decisión sería mucho menor que en el marco de un proceso penal, ya que, en general, se reconoce que las sanciones en el ámbito civil o administrativo son menos graves al afectar intereses principalmente patrimoniales⁶⁷.

En palabras de Coloma (2009) un “buen estándar de prueba” debe tomar en cuenta los intereses en juego, “la importancia que puede llegar a tener la rapidez o lentitud en la toma de la decisión y los costos esperados de la producción y análisis de la información potencialmente relevante” (pág. 215). Dicho esto, una importante ventaja de optar por la regulación administrativa es que la Fiscalía Nacional Económica cuenta con el respaldo institucional necesario para llevar adelante una investigación efectiva: conforme al artículo 39 letras, a), h) y n), puede instruir investigaciones con el apoyo de la Policía de Investigaciones, puede solicitar a particulares la información y antecedentes que estime necesarios y, en casos graves y calificados, puede solicitar medidas intrusivas⁶⁸. Además, conforme al artículo 25, el Tribunal

un caso de colusión, es la existencia de una prueba clara y concluyente, lo cual deriva de la naturaleza de la sanción y su trascendencia concreta”.

⁶⁷ En este sentido, vid. Coloma (2009, pág. 216).

⁶⁸ Específicamente el art. 39 n) señala que “En casos graves y calificados de investigaciones destinadas a acreditar conductas de las descritas en la letra a) del artículo 3º, solicitar, mediante petición fundada y con la aprobación previa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, autorización al Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago que corresponda de acuerdo al turno, para que Carabineros o la Policía de Investigaciones, bajo la dirección del funcionario de la Fiscalía Nacional Económica que indique la solicitud, proceda a:

- n.1) Entrar a recintos públicos o privados y, si fuere necesario, a allanar y descerrajar;
- n.2) Registrar e incautar toda clase de objetos y documentos que permitan acreditar la existencia de la infracción;
- n.3) Autorizar la interceptación de toda clase de comunicaciones, y
- n.4) Ordenar a cualquier empresa que preste servicios de comunicaciones, que facilite copias y registros de las comunicaciones transmitidas o recibidas por ella”

Como puede verse, estas facultades se pueden ejercer en investigaciones destinadas a acreditar conductas de colusión, y se incorporaron a la norma cuando dicha conducta se hizo punible. Sin embargo, es importante hacerlas presentes aquí puesto que nada obsta que ellas se extiendan a investigaciones por otro tipo de conductas,

de Defensa de la Libre Competencia puede decretar medidas cautelares antes y durante el juicio, contemplando la posibilidad de que, en algunos casos, las medidas se lleven a efecto antes de ser notificadas a la persona contra quien se toman, de forma de asegurar su efectividad.

Expuestas estas tres opciones, pareciera que, si se pretende que la eventual norma que sancione la corrupción privada no devenga en inútil, la tercera, y particularmente la vía administrativa, es la que lograría equilibrar de mejor forma las dificultades específicas de probar la conducta, con el resguardo a las garantías de todos los involucrados. Tal como afirma Letelier (2017)

“[e]n tanto es inevitable la ocurrencia de defectos en un trabajo de reconstrucción de hechos pasados, y en tanto esa reconstrucción puede implicar costos monetarios, de tiempo y de utilización de recursos humanos, las soluciones a adoptar por un sistema jurídico deben necesariamente lidiar con esos elementos y optar por diversos niveles o grados de aceptación de errores, o lo que es lo mismo, proponer niveles óptimos de disminución de ambos tipos de errores” (pág. 640).

Cualquiera sea el camino que se prefiera, es sumamente importante tener en consideración los diversos factores que inciden en la materia y que se han intentado plasmar en este apartado.

d. Riesgos de la ineficacia del sistema punitivo

A modo de cierre de este segmento, es imperativo tener en cuenta las consecuencias nocivas que puede traer aparejado un sistema penal que no cumple efectivamente la finalidad para la cual se ha puesto en marcha. En este sentido, Malem (2016, págs. 32-36) advierte que la impunidad genera un doble efecto en la ciudadanía. Por una parte, el ciudadano se sentirá desamparado por el Estado, mientras que por otra, percibirá que los valores subyacentes a las normas jurídicas no merecen ser respetados. Los actos de corrupción resultan, a los ojos del

como sería la corrupción privada, por ejemplo, si la tipificación penal de esta conducta se limitara a los casos más graves.

ciudadano, un mecanismo ideal para lograr objetivos de diversa índole y, en definitiva, el éxito social. La impunidad entonces no solo permite que se desarrollen actividades corruptas, sino que además las incentiva, produciendo, el propio sistema, las consecuencias que quería simbólicamente eliminar mediante el uso de la herramienta punitiva.

A propósito del riesgo de que el derecho penal económico resulte meramente simbólico, Hernández (2005, pág. 114) considera importante tener presente que ese peligro existe y, por ello, se ha de procurar tratar el asunto con fórmulas legislativas técnicamente adecuadas y medios que hagan practicable la persecución penal con un grado razonable de eficacia. La alternativa, señala el autor, sería renunciar al control jurídico-penal de estas infracciones, lo cual parece actualmente imposible de admitir, sea por las exigencias sociales, por los compromisos internacionales o por una mínima coherencia con los estándares que aplican cotidianamente a la delincuencia proveniente de los sectores menos acomodados quienes tienen el control de la política criminal.

3. Tendencia internacional en políticas de lucha contra la corrupción privada

Dado que otros países vienen tratando el asunto de la corrupción desde hace muchos años y que uno de los objetivos de estar evaluándolo actualmente en Chile es adecuarnos a las exigencias internacionales, un tercer aspecto a considerar a la hora de evaluar si la tipificación penal de la conducta es adecuada, es mirar las tendencias internacionales en la materia.

La corrupción en el ámbito privado, sin dudas, afecta a los accionistas de las empresas involucradas, primeramente porque es su capital el que se está arriesgando y siendo administrado de manera desleal, pero también porque la aparición de casos de corrupción pone en evidencia la fragilidad de los sistemas de control interno en sus empresas. Con esto a la vista, la tendencia en cuanto a políticas públicas contra la corrupción (en términos generales) ha sido involucrar más a las empresas en la prevención, detección y sanción de conductas de corrupción dentro de ellas (Nieto, 2013, págs. 134-135), lo que se ha manifestado, por un lado, en la creación de programas de cumplimiento normativo dentro de las empresas – también

denominados programas de *compliance*⁶⁹– y, por otro, mediante el fortalecimiento de normas de responsabilidad penal de las personas jurídicas. La lógica detrás es simple: si la actividad de la empresa es la que genera el riesgo de que se produzcan conductas de este tipo, es ella quien debe asumir el costo de prevenirlos y detectarlos, adoptando medidas internas y sistemas de control.

Se puede observar que diversos organismos internacionales llevan años produciendo instrumentos que buscan fortalecer en las empresas la ética anticorrupción y el cumplimiento de las normas respectivas. A modo de ejemplo, se puede mencionar la Guía de Buenas Prácticas sobre Control Interno, Ética y Cumplimiento de Normas de 2010⁷⁰; o el Manual de Ética Anticorrupción y Cumplimiento para las Empresas emitido por la OCDE, UNODC y el Banco Mundial el año 2013⁷¹, que recomienda a los países miembros, a propósito del soborno a funcionarios extranjeros, que “animen a las empresas a desarrollar controles internos adecuados, principios éticos y programas o medidas de cumplimiento con el fin de evitar y detectar el soborno transnacional” (pág. 9).

Específicamente en cuanto a la corrupción privada, la UNCAC apunta, en alguna medida, en esta dirección. Entendidas como complemento de la sanción penal, la Convención recomienda en su artículo 12.2 una serie de medidas preventivas, entre las que están:

a) Promover la cooperación entre los organismos encargados de hacer cumplir la ley y las entidades privadas pertinentes;

b) Promover la formulación de normas y procedimientos encaminados a salvaguardar la integridad de las entidades privadas pertinentes, incluidos códigos de conducta para el correcto, honorable y debido ejercicio de las actividades

⁶⁹ Los programas de cumplimiento normativo han adquirido tal popularidad que actualmente se habla incluso de la posibilidad de estructurar un “*public compliance*” para enfrentar la corrupción en el sector público. Al respecto, vid. Gutiérrez (2018).

⁷⁰ Adoptado por la OCDE como parte de la Recomendación del Consejo para Seguir Combatiendo el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de 2009.

⁷¹ Este documento declara que, si bien no constituye documento obligatorio, se espera que sea una “herramienta útil y practica a compañías que busquen asesoría sobre cumplimiento en una sola publicación de referencia fácil” (OCDE; UNODC; Banco Mundial, 2013, pág. 3)

comerciales y de todas las profesiones pertinentes y para la prevención de conflictos de intereses, así como para la promoción del uso de buenas practicas comerciales entre las empresas y en las relaciones contractuales de las empresas con el Estado; (...)

f) Velar por que las empresas privadas, teniendo en cuenta su estructura y tamaño, dispongan de suficientes controles contables internos para ayudar a prevenir y detectar los actos de corrupción, y por que las cuentas y los estados financieros requeridos de esas empresas privadas estén sujetos a procedimientos apropiados de auditoria y certificación.

Otro ejemplo en esta dirección lo entrega la ONG Transparencia Internacional, que el año 2012 lanzó, con el objetivo de combatir los casos de corrupción en el sector privado, el Decálogo de Principios de Transparencia y Prevención de la Corrupción para Empresas. Además de recomendar evitar prácticas de favorecimiento y corrupción en el sector privado, menciona el cumplimiento de los principios de buen gobierno corporativo (Código Unificado de Buen Gobierno Corporativo) y la implementación de códigos éticos y programas de cumplimiento normativo en las empresas. También señala que deben crearse canales para denunciar el incumplimiento de normas y fomentar la publicidad de información relativa a retribuciones de directivos y administradores, contrataciones y actividades subvencionadas, y políticas de responsabilidad social corporativa.

Finalmente, no se puede dejar pasar que esta tendencia ha sido recogida igualmente por ordenamientos locales, incentivando, mediante exención o atenuación de penas, a que las empresas adopten modelos adecuados de prevención y sanción de la corrupción.

Un primer ejemplo, desde el plano de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en general, encontramos que el Código Penal español contempla una referencia a la materia en su artículo 31 bis, párrafo 2. El artículo 31 comienza estableciendo que las personas jurídicas incurrir en responsabilidad penal en los casos en que cometieren un delito sus representantes legales o aquellos que, actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma, cuando dicho delito se cometa en nombre o por cuenta de la empresa, en su beneficio directo o indirecto. Sin embargo, el segundo

apartado de este artículo establece formas en que la empresa puede eximirse (total o parcialmente) de dicha responsabilidad. Específicamente señala que se exime de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia modelos de organización y gestión, que incluyen medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

Otro ejemplo, ahora desde el ámbito del soborno extranjero, lo entrega la *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) de 1977 de Estados Unidos, la cual fue actualizada en 1998 y luego complementada por la *Resource Guide* emitida por el Departamento de Justicia y la Comisión de Bolsa y Valores (2012). Este último documento trata en extenso sobre los programas de *compliance*, los elementos necesarios para hacerlos efectivos y sobre otras buenas prácticas a nivel internacional. Se indica específicamente que bajo las circunstancias apropiadas, el Departamento de Justicia y la Comisión de Bolsa y Valores podría declinar presentar cargos en contra de una empresa basándose en que cuenten con un programa efectivo de *compliance* o incluso premiar a la empresa por su programa, aun cuando no hubiere sido capaz de prevenir la violación específica a la FCPA que se esté investigando (United States Department of Justice; Securities and Exchange Commission, 2012, pág. 56).

Por último, específicamente aplicable a conductas de corrupción privada, encontramos que la *Bribery Act* de 2010 en Reino Unido contempla en su sección 7 la responsabilidad que cabe a las organizaciones comerciales por no prevenir las conductas de soborno que tipifica la norma. La misma sección indica que las empresas podrán argüir como defensa el haber establecido “procedimientos adecuados” diseñados para evitar que las personas asociadas con la empresa realizaran dichas conductas⁷².

⁷² La sección 9 de la norma añade algo que resulta destacable, y es que el Secretario de Estado debe publicar una guía sobre los procedimientos que las organizaciones comerciales relevantes pueden implementar para evitar que las personas asociadas a ellos sean sobornadas. Esto dota de contenido y otorga mayor certeza a lo

Este enfoque representa diversas ventajas. En primer lugar, son las empresas quienes se encuentran en la mejor posición para detectar los factores de riesgo, las vulnerabilidades y eventualmente las conductas de corrupción. Además, serán las más preparadas para colaborar con el Estado en su investigación y esclarecimiento.

En segundo lugar, esta alternativa tiene el potencial de extender un sistema de prevención de la corrupción más allá de los límites de la propia empresa. En este sentido, algunas compañías comerciales adoptan la práctica de exigir a las entidades con que contratan que sigan políticas anticorrupción iguales o similares a las propias (Nieto, 2013, pág. 140). Siguiendo esa lógica, dichas políticas podrían extenderse incluso más allá de los límites estatales, ya que, si la empresa tiene presencia en diversos países, su modelo de *compliance* sería aplicado en sus filiales y exigido también a los socios y proveedores de esos países. Esto resulta especialmente relevante si en tales países no existe un desarrollo fuerte en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Nieto (2013) sostiene que este camino puede ser incluso más efectivo que muchos cambios legislativos, puesto que, a su juicio

“[n]o cabe duda, de que las normas internas de las empresas acabarán finalmente integrándose en los tipos penales y deberán ser tomadas en cuenta por el juez para determinar casos dudosos de corrupción. En otras palabras, esta normativa interna viene a rellenar el concepto de adecuación social que tanta importancia juega en la interpretación de los delitos de cohecho” (pág. 140).

Feijoo (2009) señala que si se acepta que el Estado no es capaz de intervenir en las organizaciones empresariales – lo que, como hemos visto, implica soslayar una serie de obstáculos–, entonces “la única opción que le queda al ordenamiento jurídico parece residir en estimular una correcta autoorganización (una organización conforme a Derecho en que no sólo se tengan cuenta los fines lucrativos de la empresa y sus socios)” (pág. 53).

previsto en la sección 7, puesto que les permite a las empresas prever cuáles serían “procedimientos adecuados” que podría adoptar.

Durante la discusión parlamentaria sobre el primer proyecto de ley (Boletín 10.155-07), el profesor Gonzalo Medina indicaba, de todas formas, que las empresas extranjeras atienden poco los estándares chilenos sobre sistemas de prevención del delito al interior de las empresas. Para ellas son más relevantes los modelos de *compliance* norteamericanos o ingleses (Primer informe de Comisión (Diputados) Boletín 10.155-07, 2016, pág. 22). Luego, a propósito del segundo proyecto de ley (Boletín 10.739-07), el mismo profesor advierte que imponer la obligación de contar con modelos de prevención de delito puede afectar gravemente a las pequeñas empresas, las cuales tendrían que destinar parte de sus escasos recursos para subsistir y competir con las grandes empresas. Así, sostiene que “[e]n la práctica, la jurisprudencia puede solucionar suficientemente los casos de empresas muy pequeñas en los cuales realmente no era exigible que tuvieran un modelo implementado sino que simplemente tuvieran medidas de control suficientes” (Primer informe de Comisión (Diputados), Boletín 10.739-07, 2017, pág. 12).

En definitiva, se trata de promover una autorregulación que respete parámetros generales establecidos desde el ordenamiento jurídico estatal y no imitar soluciones extranjeras sin mayor cuestionamiento, sino que mirar sus ejemplos teniendo en consideración las consecuencias concretas que ellos tienen. Ciertamente es que puede alegarse que esta alternativa responde a la incapacidad del Estado de controlar la actividad empresarial y que ella trae aparejadas sus propios desafíos en cuanto a las consecuencias de su implementación⁷³. Sin embargo, podría sostenerse que es también la forma más práctica de abordar las situaciones que, tal como ocurre con la corrupción entre privados, tienen características específicas que vuelven prácticamente imposible la persecución penal estatal directa. Fomentar los sistemas de prevención y control interno empresarial podría permitir abrir la primera puerta para que el Estado llegara a tomar conocimiento de las situaciones que se dan en materia de corrupción privada.

⁷³ Vid. Feijóo Sánchez (2009, pág. 121).

La lucha contra la corrupción entonces, sea entre particulares o como fenómeno general, debiese dirigirse no solo a incentivar su punibilidad como crimen, sino también a incentivar programas de cumplimiento normativo efectivos dentro de las empresas y a fortalecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

4. Críticas específicas a los proyectos presentados para tipificar la corrupción entre particulares (Boletín 10.155-07 y Boletín 10.739-07)

Tal como se explicó en el primer capítulo, en los últimos años se presentaron a tramitación dos proyectos de ley que buscan tipificar la corrupción privada en el Código Penal chileno, de los cuales solo el segundo se mantiene en tramitación activa. Habiendo descrito la propuesta de dicho proyecto en el primer capítulo, y habiendo dado cuenta de las principales diferencias entre ambos, sobreviene la necesidad de hacer algunos comentarios en relación a puntos que no resultan del todo claros o que sería necesario profundizar a fin de que la eventual aplicación del delito de corrupción privada sea efectiva. Es así como, en primer lugar, se hará referencia a la importancia de la determinación del bien jurídico que se pretende proteger con el delito de corrupción privada. En segundo lugar, se expondrán una serie de observaciones que dicen relación con la sanción prevista para dicho ilícito. Finalmente, se indicarán algunas observaciones referidas a las herramientas de persecución del delito y a cómo debe conducirse la tramitación del proyecto contenido en el Boletín 10.739-07.

a. Relevancia de la determinación del bien jurídico que se busca proteger

En primer lugar, a lo largo de la tramitación legislativa no se ha dado, a mi juicio, la importancia suficiente a la definición del bien jurídico que se busca proteger con la incorporación de esta nueva figura típica. Al respecto, cabe señalar que el Mensaje de la Presidenta (N°500-363) señalaba que el principal objetivo del primer proyecto de ley era

“contribuir a promover y restablecer la confianza en las instituciones públicas y privadas, garantizar el correcto ejercicio de la función pública y mejorar el entorno en que se desarrollan las relaciones comerciales entre los privados, pues las relaciones entre la actividad pública y los negocios exigen hoy

mayores estándares de probidad, transparencia y fe pública” (la cursiva es propia).

Durante la tramitación del Boletín 10.155-07, el entonces ministro secretario general de la presidencia, Nicolás Eyzaguirre, sostuvo que estos tipos (refiriéndose en general al proyecto) pueden afectar la libre competencia, sin embargo, recalcó que afectan en general la fe pública, dañando a accionistas y a todos quienes desconfíen del mercado de valores. Por su parte, Javiera Blanco, entonces ministra de justicia, señalaba que se afectan la fe pública, el orden público económico y la confianza en el mercado (Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento (Diputados), 2016, pág. 12).

Tal como se expuso en el segundo capítulo, en el contexto europeo existen, esencialmente, dos modelos para abordar la corrupción privada. Un primer modelo dice relación con la protección a la lealtad laboral, mientras que en el otro prima la idea de protección a la competencia leal. Durante la tramitación de ambos proyectos el profesor Hernández deja ver que, a su juicio, el primer modelo tiene muchos puntos en común con la administración desleal, lo que hace difícil distinguir entre ambos delitos, por lo que sería preferible el segundo modelo. Hernández además aclara que, bajo ese régimen, “el perjudicado es el competidor que fue excluido por la decisión del empleado que fue estimulado para resolver de esa forma por la coima que recibió, sin que necesariamente el empleador haya también sufrido un perjuicio” (Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento (Senado), 2016, pág. 18).

El mismo profesor Hernández señalaba que, sin perjuicio de que la tendencia internacional ha sido contemplar el delito de corrupción privada a los ordenamientos penales, el asunto no ha sido pacífico y, por ello, resulta muy importante tener claridad acerca de qué es lo que se quiere incorporar (Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento (Diputados), 2016, pág. 24)⁷⁴.

⁷⁴ Respecto a este mismo punto, Rose (2003, pág. 4 y ss.) señala que, tras el estudio de 13 ordenamientos jurídicos que abordan la materia, no existe una definición uniforme y sistemática del delito de soborno en el sector

Más allá de las referencias recién expuestas y conforme a la información pública que existe acerca de la tramitación de estos proyectos, el asunto del bien jurídico que se pretende resguardar con la norma no ha sido abordado sustancialmente. Es más, durante el segundo trámite constitucional el enfoque cambió drásticamente (pasando del primer modelo expuesto, al segundo), lo cual, si bien puede ser apropiado, fue planteado sin ninguna explicación de fondo. Esto resulta criticable si tomamos en cuenta que, como ha quedado demostrado en el capítulo anterior, la decisión respecto a qué es lo que buscamos proteger con la tipificación de la corrupción entre particulares tendrá consecuencias importantes, por ejemplo, a la hora de definir correctamente a los sujetos activos y pasivos que puedan verse involucrados, o al definir el rol que tendrá (o no) el conocimiento del empresario en la configuración del delito, entre otras.

b. Críticas referidas a la pena prevista para el delito de corrupción privada

En segundo lugar, respecto a la pena asociada al eventual delito de corrupción privada hay varios puntos que se deben plantear y profundizar en la discusión parlamentaria. Recordando lo expuesto en el primer capítulo de este trabajo, tras el segundo trámite constitucional la pena a la que se sujetaría el delito de corrupción privada es de reclusión menor en su grado medio (541 días a 3 años) en todos los casos, excepto el de quien consiente en dar un beneficio indebido, que sería sancionado con reclusión menor en su grado mínimo (61 días a 540 días). Adicionalmente, se prevé la imposición de una multa por el cuádruple del beneficio, cuando este sea económico, o por un monto entre cincuenta y quinientas unidades tributarias mensuales si el beneficio fuese de naturaleza distinta a la económica.

Respecto de este asunto, la primera crítica que alguien podría plantear es que las penas son bajas. Tal como se señalaba el año 2016 en el Informe de la comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en el primer proyecto de ley que tipifica el delito de

privado, y que la forma divergente de tratar el asunto por las leyes penales tiene como consecuencia diferentes cargas de pruebas y diferentes defensas.

corrupción entre particulares “hoy resulta intolerable y repugna a la sociedad que delitos de importante magnitud económica reciban penas privativas o restrictivas de libertad significativamente modestas” (Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento (Diputados), 2016, pág. 5). La verdad es que la calificación de “alta” o “baja” de una pena es un asunto relativo, especialmente teniendo en cuenta la disparidad entre los modelos comparados que se expusieron en el capítulo anterior. Lo que parece más relevante en relación con la sanción prevista para el eventual delito de corrupción entre privados es que, en la práctica, resulta muy poco probable que la privación de libertad sea efectiva. Por un lado, en este ámbito delictual ha de suponerse que la mayoría de los sujetos involucrados no tendrán antecedentes, por ende, les será aplicable la correspondiente atenuante, sin perjuicio de otras que puedan concurrir. Por otra parte, conforme a la ley 18.216, podrá aplicarse una pena sustitutiva a la pena privativa de libertad.

Al respecto, es importante recordar que el artículo 12 de la UNCAC señala expresamente que las medidas que se adopten para prevenir la corrupción en el sector privado, sean estas civiles, administrativas o penales, deben ser “eficaces, proporcionadas y disuasivas”, por lo que la Convención otorga una importancia central a la efectividad de las medidas que tomen los Estados. Advirtiendo los riesgos de una persecución poco efectiva Malem (2016) señala que

“[u]no de los costos que el corrupto potencial ha de tomar en consideración es la posible sanción penal. Si el riesgo de ser castigado no existe o es mínimo queda expedita la vía del soborno o de la extorsión. De ahí que la impunidad sea el contexto más idóneo para que se desarrolle la corrupción” (pág. 37).

A juicio de varios de los diputados y senadores involucrados en la tramitación de los proyectos estudiados, al no tener una pena privativa de libertad efectiva, existiría muy bajo poder disuasivo respecto de las conductas que se buscan castigar, por lo que este punto ha sido constantemente destacado.

En el marco de la tramitación de estos proyectos, el profesor Hernández señalaba, a raíz de la sanción que se proponía para los delitos funcionarios, que existen dos alternativas para que la pena privativa de libertad sea efectiva. La primera sería imponer una pena de presidio mayor

en su grado medio, lo cual, a su juicio, resulta desproporcionado⁷⁵. La segunda, que ha sido utilizada por el Congreso en el último tiempo, es establecer un sistema propio de determinación de penas para el delito concreto y de suspensión de las sanciones sustitutivas⁷⁶. En el mismo sentido apuntaba el diputado Leonardo Soto, quien durante la tramitación del primer proyecto de ley proponía “pensar en situaciones agravantes que aseguren la pena efectiva de cárcel, al menos en ciertas hipótesis”⁷⁷. Por su parte, la ministra Blanco señalaba que para asegurar la aplicación de cárcel efectiva se debería aumentar la pena a reclusión mayor o establecer una excepción expresa a la aplicación de penas sustitutivas, opción que, sin embargo, ha sido criticada por la doctrina. Así, por ejemplo, Avilés (2017) en relación a la suspensión de la aplicación de penas sustitutivas en materia de colusión, señala que

“no resulta evidente el fundamento político-criminal de este piso de privación de libertad efectiva de al menos un año. En su virtud, de decretarse una pena sustitutiva, el condenado debe cumplir en todo caso el primer año de su condena privado de libertad, lo que no se condice con los propósitos perseguidos por las penas sustitutivas, uno de los cuales es evitar el contacto criminógeno del condenado por delitos de menor gravedad o que son primerizos” (págs. 15-16).

Por su parte, Hernández advierte que esta alternativa “agrava aún más el importante problema de desproporcionalidad de nuestra escala penal general, asunto que parece que sólo es abordable con una revisión general de todo el Código” (Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento (Senado), 2016, pág. 16). Finalmente, ha de tenerse en cuenta que el

⁷⁵ Sin perjuicio de considerar correcta la opinión del profesor Hernández, es importante tener en cuenta que si aceptamos que la corrupción privada es un delito que resguarda esencialmente la competencia leal y, como tal, constituye un delito económico, sería razonable destacar que delitos equiparables en naturaleza tienen asignadas penas bastante altas, como la colusión (pena de 3 años y un día, a 10 años), o varias de las infracciones a la ley de mercado de valores (de 540 días a 10 años en los supuestos previstos por el artículo 59 de la ley 18.045, y de 61 días a 5 años, en los previstos en su artículo 60).

⁷⁶ Así se ha legislado, por ejemplo, a propósito del tipo que sanciona las conductas colusorias (artículo 62 del reformado DL N°211), o con el artículo 196 ter introducido a la ley de tránsito por la denominada “Ley Emilia” (ley 20.770).

⁷⁷ A modo de referencia, pudimos ver en el capítulo II, que ordenamientos de otros países contemplan circunstancias agravantes específicamente aplicables al delito de corrupción privada. Podría estimarse que esa decisión político-criminal contribuye, no sólo a asegurar la imposición de penas privativas de libertad efectivas, sino también a adecuar de mejor forma la sanción conforme a la gravedad concreta de las conductas típicas.

Tribunal Constitucional declaró la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 193 ter de la ley de Tránsito que prevé esta misma suspensión de la posibilidad de optar a una pena sustitutiva⁷⁸. Por lo antes dicho, pareciera que lo mejor es descartar esta solución al problema de la efectividad de la sanción.

Más efectiva parece ser la implementación de penas accesorias, como multas (ya previstas en el proyecto que se tramita), la prohibición de suscribir ciertos contratos, la inhabilitación para ejercer determinados cargos y la aplicación del comiso⁷⁹. Como pudimos apreciar en el capítulo anterior, los ordenamientos jurídicos de otros países contemplan estas medidas. Por otra parte, ellas no son ajenas a nuestro sistema penal, como puede verse en materia de criminalización de la colusión, donde se contempla la inhabilitación absoluta temporal entre siete años y un día, y diez años para ejercer el cargo de director o gerente de una sociedad anónima abierta o sujeta a normas especiales, de una empresa del Estado o en el que tenga participación, o el de una asociación gremial o profesional; y la prohibición de contratar a cualquier título con los órganos del Estado, así como la prohibición de adjudicarse cualquier concesión otorgada por el Estado, hasta por el plazo de cinco años. Así mismo, en materia de cohecho a funcionario público, se contemplan distintos grados de inhabilitación⁸⁰ y durante el segundo trámite constitucional del Boletín 10.739-07 se ha propuesto la inclusión del comiso,

⁷⁸ Tribunal Constitucional, Inaplicabilidad, Sentencia, 13 de diciembre de 2016. Causa Rol N° 2983-16. Considerando vigesimosegundo y ss.

⁷⁹ En el marco del derecho penal económico en general, Manríquez (2008) hace un llamado a tener en consideración los avances de la teoría de la imputación objetiva y del análisis económico del derecho, dado que aquellos aportes han permitido entender que el verdadero desincentivo a las conductas delictivas en este ámbito se encuentra en resultados pecuniarios fuertes “que superen la idea de que siempre es más conveniente pagar la multa o sufrir un riesgo judicial de una sanción muy menor- costo marginal-, traspasable al sistema o a un número indeterminado de perjudicados” (pág. 141).

⁸⁰ En esta línea, Medina destaca que lo más virtuoso y radical de las propuestas hechas en materia de penalidad del delito de cohecho ha sido la incorporación penas accesorias de inhabilitación temporal o perpetua para trabajar como encargos, empleos, oficios o profesiones en empresas que sean proveedoras de bienes o servicios a el Estado o aquellas que provean bienes o servicios de utilidad pública ya que ello tendría un efecto verdaderamente disuasivo (Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento (Diputados), 2017, pág. 8).

tanto en estos delitos, como en lo referido a responsabilidad penal de las personas jurídicas, por lo que no se perciben obstáculos para incluirlo también en materia de corrupción entre privados.

Continuando con las observaciones referidas a este punto, destaca el hecho de que las penas privativas de libertad propuestas en materia de corrupción privada han ido de la mano con la escala de penas propuestas para los delitos de cohecho y soborno contemplados en los artículos 248 y 250 del Código Penal. Esto ha sido aceptado sin mayor cuestionamiento durante la tramitación del proyecto, sin embargo, cabría preguntarse si la equiparación en las sanciones debe ser interpretada como una demostración de que ambos tipos de delitos son considerados equivalentes a ojos del legislador.

Si la respuesta a esta pregunta es afirmativa, por una parte, creemos que debiese ser explicitada en las discusiones legislativas; y por otra, cabría examinar entonces, por qué no optar por un modelo de regulación unitaria de la forma que han hecho países como el Reino Unido o Suecia.

Por el contrario, si la respuesta es que el legislador no considera que el bien jurídico protegido por el eventual delito de corrupción privada sea enteramente equiparable a los bienes resguardados por los delitos de cohecho y soborno, entonces es altamente criticable que los rangos posibles de la pena privativa de libertad sean idénticos en ambos casos. Como se desprende de las críticas que han recibido el modelo regulatorio que pone en el centro a la competencia leal y el modelo unitario⁸¹, no es descabellado sostener que la afectación a la competencia leal es menos grave que el daño generado a la recta administración de la función pública. Esta misma idea fue sostenida por el abogado del centro de estudios Libertad y Desarrollo, Sergio Morales (2016), durante la tramitación del primer proyecto de ley, quien concluyó que si los intereses protegidos por la corrupción entre particulares son preeminentemente privados, “en aplicación de los principios de lesividad y de proporcionalidad,

⁸¹ Vid. Capítulo II, sección 2 y 3.

las penas de los tipos propuestos debieran ser distintas e inferiores a los aplicables a los funcionarios públicos” (pág. 5)⁸².

Finalmente, podría evaluarse la incorporación de una regla de gradación de la pena tomando en cuenta factores como, el tipo de decisión del sujeto, la mayor o menor responsabilidad del empleado dentro de la estructura empresarial y la cuantía del beneficio. Tal como se explicaba anteriormente, el modelo español contempla la posibilidad de que los jueces rebajen la sanción penal en consideración a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y tomando en cuenta la trascendencia de las funciones del culpable, decisión político-criminal que satisface de mejor manera el principio de proporcionalidad.

- c. Observaciones en relación a las herramientas de persecución del delito de corrupción privada y otros aspectos a considerar

En tercer lugar, tomando en cuenta lo explicado anteriormente en relación a las dificultades que representa la persecución de la corrupción entre privados y las tendencias actuales en la materia, pareciera que si se quiere concretar la pretensión de la reforma legislativa, en cuanto a obtener resultados más eficaces en la lucha contra la corrupción, resulta imprescindible dotar de mejores herramientas procesales y de investigación al Ministerio Público.

En este sentido y, específicamente en relación a las dificultades procesales/probatorias aparejadas a los delitos de corrupción en general, un primer ámbito de modificaciones estaría dado por lo señalado por el Fiscal Nacional, Jorge Abbott, al comienzo de la tramitación del proyecto en el Senado, que dice relación con aumentar el plazo durante el cual la investigación

⁸² En la misma línea, cabría cuestionarse si está justificado el adelantamiento de la punibilidad en el marco de la corrupción privada que pretende castigar a partir de la solicitud o el ofrecimiento de un beneficio, sin que este necesariamente se materialice. La decisión parece criticable teniendo en cuenta, por ejemplo, la forma como quedó regulada la colusión, que requiere una condena previa por el TDLC para iniciar el proceso penal. Sin embargo, dada la manera en que se ha regulado la materia en otros países, parece que este adelantamiento en la punibilidad de la conducta se encuentra generalmente aceptado.

se pueda mantener secreta. Conforme a la normativa general establecida en el artículo 182 del Código Procesal Penal, el secreto de actuaciones, registros o documentos respecto del imputado y los demás intervinientes se puede mantener por un plazo de 40 días cuando el fiscal lo considere necesario para la eficacia de la investigación. Dicho plazo puede ampliarse una vez, por el mismo número de días, pero no es oponible ni al imputado ni a su defensa. Ante ese escenario, el Fiscal Nacional propuso, para los delitos que se contemplan en los proyectos estudiados, aumentar el plazo del secreto en la investigación a 6 meses, del mismo modo como se contempla hoy en día en el delito de lavado de activos⁸³. A su juicio la ampliación de este plazo mejoraría la eficacia de la investigación de la corrupción privada, al igual que de otros delitos económicos.

Por otra parte, durante el segundo trámite constitucional se planteó la posibilidad de incorporar en materia de cohecho un mecanismo de delación compensada. Si bien esta idea no prosperó, en caso de que algún día se regule de forma íntegra, resultaría interesante que se evalúe como una herramienta que colaboraría con la persecución de supuesto de corrupción privada.

Finalmente, hemos de preguntarnos si la tramitación del segundo proyecto de ley avanzará de forma coordinada con el nuevo proyecto de Código Penal impulsado por el Gobierno que, según lo anunciado, contemplará el delito de corrupción privada y buscará, una vez más, rebajar las penas asignadas a los delitos, pero haciéndolas efectivas. Si bien es probable que un nuevo Código Penal tarde años en ver la luz, es importante que exista coherencia entre los parámetros que fijen ambas normativas de manera que haya continuidad en la persecución del eventual delito y no se produzcan lagunas o contradicciones que posibiliten, aún más, la impunidad.

⁸³ Artículo 31 de la ley 19.913 que crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos.

CONCLUSIONES

El derecho penal suele llegar tarde para responder ante las conductas criminales en general; en materia de economía y el mercado, ese retraso se hace aún más patente (Manríquez, 2008, pág. 140). Esto puede llevar a cuestionar la utilidad de las iniciativas legislativas que buscan tipificar penalmente conductas asociadas al funcionamiento del mercado en tanto, en lugar de representar una forma eficiente de enfrentarlas (y de paso actualizar el ordenamiento penal), parecen ser medidas que solo aplacan el clamor popular por más sanciones penales y que están destinadas a la obsolescencia o la ineficacia.

La pretensión de este trabajo era plantear la necesidad de reflexionar en torno a la elección de la vía penal como herramienta para enfrentar un asunto de alta connotación y complejidad como es la corrupción privada, necesidad que venía dada por las limitaciones y desventajas que intuitivamente consideraba aparejadas al sistema punitivo y la falta de estudios referidos a ello.

Ha quedado demostrado que seguir la vía penal, además de ser cuestionable desde el punto de vista de la satisfacción de principios esenciales como la proporcionalidad y la subsidiariedad de esta herramienta sancionatoria, podría no ser la forma más adecuada para lograr condenar efectivamente a quienes incurren en conductas calificadas como corrupción privada, lo que se contradice con el llamado de los instrumentos internacionales en la materia a adoptar medidas eficientes y eficaces, sin descartar aquellas que provengan del ámbito civil o administrativo. A propósito de esto cabe cuestionarse si acaso no sería conveniente que nuestro ordenamiento primero agote otras herramientas normativas, como la sanción civil o administrativa, comprobando si son efectivas y, únicamente una vez que eso se descarte, acuda al sistema sancionatorio penal.

No obstante, pareciera que diversos factores –la tendencia internacional a sancionar penalmente la corrupción privada, las exigencias de la economía global, los anhelos de promover un derecho penal menos discriminatorio, etc.– han llevado a popularizar esta opción en nuestro país y hacerla prácticamente ineludible. Siendo así las cosas, cabe plantear todavía

algún matiz a las propuestas legislativas y postular que el eventual delito de corrupción privada se reserve exclusivamente para aquellos ámbitos que involucran la afectación a un bien jurídico con interés e implicancias para la mayoría de la ciudadanía, como son la salud, la educación, el transporte, entre otros; mientras que en ámbitos privados donde no se vean involucrados estos intereses podría considerarse suficiente una solución por otras vías, sin recurrir a la manifestación sancionatoria de mayor fuerza en el ordenamiento jurídico, como es el derecho penal.

Cabe agregar que dicha opción se condice plenamente con el diagnóstico presentado en este trabajo. Primeramente, porque se identificó que el principal impulso por castigar penalmente la corrupción privada se ha debido al proceso de privatización masiva que han vivido muchos servicios que antes eran de cargo público; y seguidamente, porque han sido expuestas las ventajas que supone aprovechar el robusto sistema de defensa a la libre competencia con que cuenta nuestro ordenamiento y sus correspondientes organismos especializados, todo lo cual haría efectivo el combate contra la corrupción privada.

En caso de que se opte por la vía penal en la forma en que se ha propuesto por las iniciativas legislativas y teniendo a la vista las últimas indicaciones dadas en el contexto del segundo trámite constitucional del Boletín 10.739-07, que optan por un modelo centrado en resguardar la competencia leal, vale la pena hacer algunas observaciones adicionales.

Por una parte, dados los obstáculos presentes en la investigación y enjuiciamiento de los delitos económicos en general, y de la corrupción privada en particular, parece necesario priorizar la persecución de aquellos casos en que exista un peligro real de alterar la competencia leal, donde la oferta de un beneficio sea verosímil y seria, donde la cuantía de los perjuicios generados sea alta y, especialmente, casos que involucren a sujetos con reales facultades de decisión en sus respectivos ámbitos empresariales, en otras palabras, sujetos con efectivo poder de influir (positiva o negativamente) en el sistema económico nacional. En este sentido, si atendemos a que una de las ideas que impulsó los proyectos de ley aquí estudiados fue la intención de revertir la percepción de impunidad y tolerancia en torno a la corrupción, entonces

la criminalización no puede continuar marginando a quienes tienen menos poder, a los que están más abajo en la cadena, sino que debe mostrar señales claras de que se está persiguiendo y sancionando a quienes tienen poder de decisión, a quienes verdaderamente se benefician con conductas como las tratadas en este trabajo y quienes ponen en real peligro las condiciones de funcionamiento del mercado.

Finalmente, ha quedado claro que el problema de la corrupción privada no puede ser abordado con medidas parciales, sino que debe echarse mano a distintas herramientas (legislativas, de políticas públicas y de políticas empresariales) coherentes y coordinadas entre sí. Para que su persecución penal resulte mínimamente efectiva se deben atender los puntos presentados en este trabajo y, en ese sentido, perfeccionar las herramientas y facultades investigativas, pero también fomentar el involucramiento de las empresas en el asunto, incentivando la auto-regulación y la implementación de programas de cumplimiento normativo, y promoviendo una cultura empresarial más sana. La corrupción es un problema que va mucho más allá de las limitadas soluciones que puede entregar el derecho, por lo que apostar completamente por una solución desde el frente del derecho penal nunca será del todo efectivo. A fin de cuentas, como señala Herzog (2009): “El Derecho Penal y la justicia penal no deben confundirse con unos portadores de esperanza para la solución de los complejos problemas sociales y políticos” (págs. 383-384).

Bibliografía

- 1) Accatino, D. (2011). Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*(XXXVII), 483-511.
- 2) ADNradio.cl. (12 de septiembre de 2017). *La canela: Trabajadores de farmacias denuncian incentivos ilegales a vendedores*. Recuperado el 11 de septiembre de 2018, de <http://www.adnradio.cl/noticias/nacional/la-canela-trabajadores-de-farmacias-denuncian-incentivos-ilegales-a-vendedores/20170912/nota/3578049.aspx>
- 3) Artaza, O. (Julio de 2016). La utilidad del concepto de corrupción de cara a la delimitación de la conducta típica en el delito de cohecho. *Política Criminal*, 11(21), 307-339.
- 4) Avilés, J. (2017). La Nueva Ley de Lobre Competencia y los Desafíos de la Criminalización de la Colusión. Serie Informe Legislativo, Libertad y Desarrollo.
- 5) Bolea, C. (2013). El delito de corrupción privada. Bien jurídico, estructura típica e intervinientes. *InDret*(2), 1-29.
- 6) Bolea, C. (2015). Deberes del Administrador y prácticas de kick-back. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*(17-17), 1-31.
- 7) Boles, J. (2014). The Two Faces of Bribery: International Corruption Pathways Meet Conflicting Legislative Regimes. *Michigan Journal of International Law*, 35(4), 673-713.
- 8) Carbajo, F. (Diciembre de 2012). Corrupción en el sector privado (I): La corrupción privada y el derecho privado patrimonial. *Iustitia*(10), 281-342.
- 9) Carnevali, R., y Artaza, O. (2016). La naturaleza pluriofensiva y transnacional del fenómeno de la corrupción. Desafíos para el Derecho Penal. *Ius Et Praxis*, 22(2), 53-90.
- 10) Coloma, R. (2009). Estándares de prueba y juicios por violaciones a los derechos humanos. *Revista de Derecho* , XXII(2), 205-229.
- 11) Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento (Diputados) . (4 de octubre de 2017). Primer informe de Comisión (Diputados), Boletín 10.739-07.

- 12) Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento (Diputados). (31 de mayo de 2016). Primer informe de Comisión (Diputados) Boletín 10.155-07. 1-66.
- 13) Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento (Senado). (7 de julio de 2016). Primer informe de Comisión, Boletín 10.739-07.
- 14) Consejo Asesor Presidencial contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción. (24 de abril de 2015). *Informe final*. Obtenido de http://consejoanticorrupcion.cl/wp-content/uploads/2015/06/2015.06.05-consejo_anticorrupcion.pdf
- 15) Cooperativa.cl. (28 de abril de 2018). "*Canela 3.0*": *Conadecus acusa "triangulación" entre farmacias, laboratorios y médicos*. Recuperado el 11 de septiembre de 2018, de <https://www.cooperativa.cl/noticias/economia/competitividad/libre-competencia/canela-3-0-conadecus-acusa-triangulacion-entre-farmacias/2018-04-28/083113.html>
- 16) Corte Suprema, Sala Tercera (Constitucional). (2012 de septiembre de 2012). Causa Rol 2578/2012.
- 17) Corte Suprema, Sala Tercera (Constitucional). (12 de octubre de 2016). Causa Rol 5128/2016.
- 18) Corte Suprema, Sala Tercera (Constitucional). (29 de octubre de 2015). Causa Rol 27181/2014.
- 19) Cortina, A. (1996). La regeneración moral de la sociedad y de la vida política. En *Corrupción y ética* (pág. 33). Bilbao: Universidad de Deusto.
- 20) De la Cuesta, J. y Blanco, I. (2002). La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿asignatura pendiente del derecho penal español? En J. (. Diez, *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor Doctor Don José Cerezo Mir* (págs. 257-290). Madrid, España: Tecnos.
- 21) Dell, G. y Mc Devitt, A. (2018). Exporting corruption. Progress report 2018: assessing enforcement of the OECD Anti-Bribery Convention. Transparencia Internacional. Transparency International.
- 22) Feijóo Sánchez, B. (2009). *Cuestiones actuales de derecho penal económico*. Montevideo; Buenos Aires: Editorial B de F.

- 23) Fernández Cruz, J. A. (2015). Aspectos penales del Informe. *Revista de derecho (Valdivia)*, 28(2), 289-294.
- 24) Foffani, L. (2003). La corrupción en el sector privado: la experiencia italiana y del derecho comparado. *Revista Penal*(12), 61-71.
- 25) Foffani, L. (2006). La "corrupción privada". Iniciativas internacionales y perspectivas de armonización. En L. Arroyo, y A. Nieto, *Fraude y corrupción en el derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude* (págs. 381- 392). Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla- La Mancha.
- 26) Galán, A. (2016). Globalización, Corrupción internacional y Derecho penal. Una primera aproximación a la regulación penal de dicho fenómeno criminal tras la L.O. 1/2015 . *Estudios penales y criminológicos*, XXXVI, 605-661.
- 27) Gómez, M. d. (2017). Derecho penal y corrupción: acerca de los límites de lo injusto y lo permitido. *Estudios penales y criminológicos*, XXXVII, 249-306.
- 28) González, L., y Orts, E. (2017). *Compendio de Derecho Penal Parte General*. España: Tirant lo Blanch.
- 29) Gutiérrez, E. (Julio de 2018). Corrupción pública: concepto y mediciones. Hacia el Public compliance como herramienta de prevención de riesgos penales. *Política criminal*, 13(25), 104-143.
- 30) Heine, G. (2003). Comparative Analysis. En G. Heine, y T. Rose, *Private Commercial Bribery. A Comparison of National and Supranational Legal Structures* (págs. 7-21). Freiburg im Breisgau: Iuscrim.
- 31) Hernández, H. (2005). Perspectivas del Derecho Penal Económico en Chile. *Persona y Sociedad*, XIX(1), 101-134.
- 32) Herzog, F. (2009). La crisis de los principios espirituales y sociales del proceso penal reformado. *Ius Et Praxis*, 15(1), 375-386.
- 33) Huber, B. (2003). La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional. *Revista penal*(11), 41-52.
- 34) Iglesias, M. y Medina, T. (2004). Herramientas preventivas en la lucha contra la corrupción en el ámbito de la Unión Europea. *Revista Penal*(14), 49-69.

- 35) Irarrázabal, F. (2010). *El Sistema Chileno de Defensa de la Libre Competencia*. Recuperado el 25 de septiembre de 2018, de [fne.cl: http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/05/OTRO_0001_2010.pdf](http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/05/OTRO_0001_2010.pdf)
- 36) Kindhäuser, U. (2007). Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código Penal Alemán. *Política Criminal*(3), 1-18.
- 37) Law Commission. (2008). Reforming Bribery. Law Com N°313.
- 38) Letelier, R. (Diciembre de 2017). Garantías penales y sanciones administrativas. *Política Criminal*, 12(24), 622-689.
- 39) Lopera, G. (2008). Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales. En *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (Carbonell, Miguel ed., págs. 269-306). Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- 40) Malem, J. (2002). La corrupción. Aspectos éticos, económicos y políticos y jurídicos. Barcelona: Gedisa.
- 41) Malem, J. (Enero - Abril de 2016). La corrupción. Algunas consideraciones conceptuales y contextuales. *Revista Vasca de Administración Pública*(Número Extraordinario 104-II), 25-41.
- 42) Manríquez, J. (Enero-Marzo de 2008). Prácticas monopólicas. La experiencia en América del Sur: Argentina y Chile ¿sanción administrativa o sanción penal? El caso de Chile. *Revista de derecho de la empresa*, 13, 133-166.
- 43) Marco, M. P., Demetrio, E., Nieto, A. y Maroto, M. (2018). *Criminología, Derecho Penal económico y Derechos Humanos*. Tirant lo Blanch.
- 44) Morales, S. (2016). *Minuta Libertad y Desarrollo. Delito de corrupción entre particulares*. Obtenido de Cámara de Diputados: <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=45738&prmTIPO=DOCUMENTOCOMISION>
- 45) Nieto, A. (2002). La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado). (T. I. Blanch, U. d. Salamanca, d. S.

- Universidad Pablo de Olavide, U. d.-L. Mancha, y U. d. Huelva, Edits.) *Revista Penal*(10), 55-69.
- 46) Nieto, A. (marzo-agosto de 2013). La privatización de la lucha contra la corrupción. *Revista Penal México*(4), 133-143.
- 47) OCDE; UNODC; Banco Mundial. (2013). Manual de ética anticorrupción y cumplimiento para empresas.
- 48) Olaizola, I. (1999). *El delito de cohecho*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- 49) Oliver, G. (2004). Aproximación al delito de cohecho. *Revista de estudios de la justicia*(5), 83-115.
- 50) Planchadell, A. (2016). Las víctimas en los delitos de corrupción (panorama desde las perspectivas alemana y española). *Estudios penales y criminológicos vol. XXXVI*, 1-77.
- 51) *Portal Gob.cl*. (10 de marzo de 2015). Recuperado el 26 de Febrero de 2018, de Noticias: <https://www.gob.cl/noticias/conoce-como-funcionara-el-consejo-asesor-contralos-conflictos-de-interes-trafico-de-influencias-y-corrupcion/>
- 52) Publimetro. (6 de octubre de 2017). *Cierran siete farmacias por insistir en la práctica de la "canela"*. Recuperado el 11 de septiembre de 2018, de <https://www.publimetro.cl/cl/noticias/2017/10/06/cierran-siete-farmacias-insistir-la-practica-la-canela.html>
- 53) Puente, L. M. (2015). Corrupción en los negocios (Art. 286 bis CP). En J. González Cussac, *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015* (2ª edición ed., págs. 877-884). Valencia: Tirant lo Blanch.
- 54) Romero, J. J. (2006). Colusión de empresas de oxígeno: ¿Cuánta evidencia es suficiente? *Sentencias destacadas*(2006), 350-412.
- 55) Rosas, J. (2009). Consideraciones para la tipificación de un delito contra la corrupción en el sector privado en España. *Cuadernos de política criminal, III*(99), 93-123.
- 56) Rose, T. (2003). Introduction. En G. Heine y T. Rose, *Private Commercial Bribery. A Comparison of National and Supranational Legal Structures* (págs. 1-6). Freiburg im Breisgau: Iuscrim.

- 57) Santana, D. (2015). Sección 4ª De la corrupción entre particulares. En C. Mir Puig y M. Corcoy Bidasolo, *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/0215 y LO 2/2015* (págs. 989-995). Valencia: Tirant lo Blanch.
- 58) Sutherland, E. (1999). *El delito de cuello blanco*. (R. Del Olmo, Trad.) Madrid: La Piqueta.
- 59) Sutherland, E. (2011). Criminalidad de cuello blanco. En D. Caro, *Anuario de derecho penal económico y de la empresa* (L. Reyna, Trad., págs. 191-199).
- 60) Tiedemann, K. (2009). Derecho penal económico. Introducción y parte general. Lima: Grijley.
- 61) Tiedemann, K. (2010). *Manual de Derecho penal económico. Parte general y especial*. (H. Hernández, Trad.) Valencia: Tirant lo Blanch.
- 62) Tiedemann, K. (2013). El derecho comparado en el desarrollo del derecho penal económico. En L. Arroyo y A. Nieto, *El derecho penal económico en la era Compliance* (págs. 31-42). Valencia: Tirant lo Blanch.
- 63) Tribunal Constitucional. (13 de diciembre de 2016). Causa Rol 2983-16.
- 64) United States Department of Justice; Securities and Exchange Commission. (noviembre de 2012). *Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*. Recuperado el 25 de septiembre de 2018, de <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf>
- 65) Vázquez, C. (2003). *Teorías criminológicas sobre delincuencia juvenil*. Recuperado el 21 de septiembre de 2018, de UNED.es: https://www2.uned.es/dpto_pen/delincuencia-juv/documentos/delincuencia/teorias-criminologicas.pdf
- 66) Winter, J. (2013). Derecho penal e impunidad empresarial en Chile. *Revista de Estudios de la Justicia*(19), 91-125.
- 67) Ziouvas, D. (2003). Sistemas penales comparados: Corrupción en el sector privado. Alemania. *Revista Penal*(11), 151-191.