



PENALIZACIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

EL COHECHO

Para la Obtención del grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas

ALEJANDRA SALAZAR CAREL

PROFESOR GUÍA: EDUARDO MORALES

Santiago, Chile

2019

TABLA DE CONTENIDOS

- Abreviaturas:	5
- Resumen:	7
- Introducción:	13
- Capítulo I: El tipo Penal Cohecho:	17
- Capítulo II: Ley 20.393:	51
- Capítulo III: Los Tratados Internacionales relacionados con la penalización de las Personas Jurídicas por el delito de Cohecho:	83
- Capítulo IV: La imputabilidad de las personas jurídicas: las respuestas doctrinarias y jurisprudencial:	119
- Conclusión:	189
- Anexo 1: las nuevas manifestaciones de la sociedad civil organizada y la colaboración entre el Estado y la ciudadanía. La Ley 20.500:	195
- Anexo 2: La Ley de Transparencia:	207
- Anexo 3: Nueva Ley del Lobby:	229

Abreviaturas

CP	Código Penal
C°	Constitución Política de la República
Constitución	Constitución Política de la República
DFL	Decreto con Fuerza de Ley
LOC	Ley Orgánica Constitucional
LOC BGAE	Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado
Art.	Artículo
Arts.	Artículos
Inc.	Inciso
UTM	Unidad Tributaria Mensual
El Convenio o el Tratado	Convención Interamericana contra la Corrupción o Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, una de las dos según cuál se encuentre en análisis.
RDAI	Reclamos por Denegación de Acceso a Información

Amparos

Amparos por Denegación de Acceso a
Información

El Consejo

El Consejo para la Transparencia

CNA

Comisión Nacional de Acreditación

Resumen

Una rápida lectura de cómo se manifiesta el Estado moderno en Chile, nos proporciona la conclusión de que se han incorporado diferentes agentes que colaboran con la función pública y que dichos agentes se encuentran interconectados. De esta diversidad y multiplicidad de vínculos se obtiene que la función pública tiene hoy más que nunca límites difusos con el sector privado. Ya quedó obsoleta una visión piramidal de la estructura del Estado, para dar paso a modernas teorías que visualizan más bien una red de influencia recíproca, donde operan entidades de diversos ámbitos, con diferentes intereses y tamaños, nacionales e internacionales.

En un contexto de corrupción del Estado y específicamente en relación a la participación en el delito de Cohecho que pueda involucrar al sector público, se hace necesario encontrar una definición de función pública y de agentes de la Administración pública, que resulte aplicable a todos aquellos agentes del Estado y colaboradores que por su falta de probidad puedan afectar el correcto funcionamiento de la Administración, así como también identificar las figuras contractuales y plataformas donde actualmente es posible ver la forma como se está vinculando el Estado con los particulares, en qué modo el Estado chileno previene la corrupción y un análisis de la legislación que regula el cohecho y la penalización de las personas jurídicas dados los vínculos, relaciones y canales de comunicación que actualmente se dan entre la ciudadanía y la Administración

Pública. En el presente trabajo se precisa analizar la legislación que penaliza a las personas jurídicas por el delito de cohecho y encontrar contextos, regulaciones y procedimientos y luego tratar de llegar a áreas problemáticas, por ejemplo, en cuanto a la interacción de las personas jurídicas con el Estado o en cuanto a las circunstancias bajo las cuales la ciudadanía organizada puede desempeñar la función pública.

Si se entiende que las personas jurídicas forman parte de la Administración Pública en un sentido puramente funcional, es decir, porque las actividades que realicen satisfacen las necesidades y servicios que un sector u organismo del Estado está llamado a otorgar a los ciudadanos, podemos incluir a una gran cantidad de agentes que en forma permanente o esporádica, pagados con fondos públicos o no y que además, no necesariamente se rigen directamente por la LOC de Bases de la Administración del Estado. La falta de probidad de agentes “funcionales” pero no “formales”, en algunos casos pudiera afectar la correcta prestación del servicio, pero no podría imputárseles necesariamente un incumplimiento a la Ley o pretender de ellos una responsabilidad mayor a la específica actividad comercial, laboral o incluso voluntaria que desempeña. Sin embargo, es una definición funcional de empleado público la que otorga el artículo 260 del Código Penal (CP), aplicable a todas las personas imputadas por delitos funcionarios del Título V del Libro II del CP, incluyendo el Cohecho. En su aplicación pueden darse un sin fin de situaciones donde se hace necesario

analizar los contratos que las personas jurídicas firman antes de desempeñar una función pública.

Por otro lado, tampoco resultaría aplicable una definición meramente formalista de agente de la Administración Pública en el escenario actual, en el sentido de que solamente aquellas personas, jurídicas o naturales que forman parte de un escalafón funcionario dentro de la estructura de un organismo del Estado, nombradas con las formalidades y por la autoridad que señala la ley, ejercerían la función pública, ya que tampoco parece realista dadas las figuras actuales de participación del sector privado en la función pública como la tercerización, subcontratación, proyectos con fondos del Estado, concursos y licitaciones y otras ampliamente extendidas en el escenario actual.

Por lo tanto, esta tesis analiza las reformas en el ámbito de la penalización de las personas jurídicas y pone acento en uno de los delitos por los cuales actualmente son sancionables las personas jurídicas en Chile, como es el Cohecho y cómo son sancionables las personas jurídicas que participen de dicho delito.

Junto con esta problemática respecto a la real participación del sector privado como agentes de la función pública, existe otra, en relación a abordar el problema dogmático que debió enfrentar el legislador penal al hacer imputables por el delito de Cohecho y otros delitos a las personas jurídicas por virtud de la Ley 20.393. Hay ciertos temas que tienen relación con lo anterior, como por ejemplo, si las personas jurídicas deben o no resultar beneficiadas por la comisión del delito y

cómo deben cumplir con el deber de supervisión y administración como una de las condiciones de inimputabilidad.

En el análisis son relevantes dos tratados internacionales anticorrupción ratificados por Chile. Resulta interesante reflexionar respecto al objetivo principal de dichos tratados, que es la lucha contra la corrupción, y cómo en Chile se ha modificado la legislación para dar cumplimiento a los tratados.

Los tratados internacionales firmados y ratificados por Chile que buscan combatir la corrupción y que dieron al legislador chileno un mandato para que modifique las normas referidas al delito de Cohecho y a la imputabilidad de las personas jurídicas, son principalmente dos: la Convención Interamericana de Derechos Humanos contra la corrupción de 1996 y la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción de 2003, cada uno de los cuales tiene su propia definición de función pública que coincide con la definición del CP chileno y señalan directrices y procedimientos que los países miembro deberían implementar para combatir la corrupción.

Junto con la búsqueda de una coherencia legislativa para cumplir con el mandato de los tratados interacionales mencionados, en el ámbito de la Administración Pública en Chile desde hace años se presenta un esfuerzo por digitalizar los procedimientos y organismos estatales y también por transparentar la información pública. Dos importantes leyes que se relacionan con este esfuerzo son, por ejemplo, la Ley de Transparencia de 2008 y la nueva Ley del Lobby de 2014, que se analizarán también como anexos en esta tesis junto con la Ley

20.500 relacionada con la protección de la probidad y la participación ciudadana. También resultan importantes los actuales procesos de compra y licitaciones, así como el espacio que el particular sistema chileno da a los "proyectos con fondos del Estado", lo que también pudiera tener importancia con la investigación del delito de Cohecho y con las personas jurídicas que participan de estos procesos. Por lo tanto, en el presente trabajo interesa el análisis del tipo Cohecho y legislación y reformas relacionadas con este delito, la reforma que hizo imputables a las personas jurídicas respecto de dicho delito, también el análisis del especial sistema de organización del Estado chileno, para lo cual me apoyaré en las páginas web oficiales de los diferentes organismos del Estado, además de la legislación y los tratados internacionales anticorrupción mencionados que han inspirado las reformas.

Introducción

El cohecho se encuentra contemplado dentro de los delitos contra la Administración Pública. Existen los delitos contra la Administración de Justicia, cometidos por funcionarios del Poder Judicial (jueces, abogados, auxiliares de la Administración de Justicia) y por particulares que participan en el proceso judicial, por un lado, y por el otro, existen los delitos contra la Administración Pública, es decir, que atentan contra el buen funcionamiento de los órganos que ejercen la función pública, excluida la función jurisdiccional. Dentro de los delitos contra la Administración del Estado, se encuentran los delitos que atentan contra los aspectos patrimoniales fiscales y los delitos contra la imparcialidad en el ejercicio de la función pública. Dentro de este último grupo doctrinario se encuentra el Cohecho, que puede ser definido con base en el ordenamiento jurídico chileno, como “la conducta activa o pasiva de un funcionario público destinada a recibir una retribución no debida en el ejercicio de su cargo, así como la conducta activa o pasiva de un particular destinada a dar a un funcionario público una retribución no debida en el ejercicio del cargo de éste”¹.

¹ Hay dos obras donde encontré recogida la misma definición de Cohecho: 1º: Luis Rodríguez Collao y María Magdalena Ossandon Widow: “Delitos contra la Función Pública”, Editorial Jurídica de Chile, 2008, pp 321 ; y 2º: REJ, Revista de Estudios de la Justicia, N° 5, Año 2004, “Aproximación al Delito de Cohecho”, Guillermo Oliver C., pp 87

En efecto, el Cohecho sanciona tanto la actitud activa (solicitar, exigir) como pasiva (omitir, recibir) del empleado público y del particular, que en la actual normativa aplicable en la materia, puede ser una persona jurídica, que acuerda con el funcionario la entrega de una dádiva a cambio de un favor que afecta la imparcialidad de la función pública que desempeña, aunque no deje de cumplirse con dicha función.

El delito de Cohecho fue objeto de modificaciones recientes, primero por las leyes 19.645 de 1999 y por la Ley 19.829 de 2002 y recientemente por la Ley 21.121 del 20 de noviembre de 2018, donde, a grandes rasgos, se incrementaron las penas, se extendió el delito de Cohecho a nuevos tipos “reconfigurados” y se incluyó en la última reforma, como es la tendencia internacional, además del beneficio económico necesario para sancionar el Cohecho, beneficios “de otra naturaleza”, que deben favorecer a la persona jurídica para que sea posible sancionarla por el delito de Cohecho (por ejemplo, el prestigio).

La Ley 20.393 de 2009 “Establece la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en los Delitos de Lavado de Activos, Financiamiento del Terrorismo y Delitos de Cohecho que indica”, es decir, se incluyen tres tipos penales para la sanción de las Personas Jurídicas que antes resultaban inimputables por falta de autoría, la que podía atribuirse sólo a gerentes, administradores y funcionarios públicos que directamente hubieran participado en el Cohecho, pero no era atribuible a las personas jurídicas las que no resultaban subsumidas en los tipos penales. Esta Ley expresamente innova en la materia y hace imputables a todas

las personas jurídicas, sin distinción, respecto a los 3 delitos mencionados. En relación al Cohecho en el escenario actual, con la gran cantidad de actores que intervienen en la función pública a través de diferentes figuras, se hace necesario anticipar las interpretaciones problemáticas del tipo.

Junto con las reformas legislativas, resulta pertinente brindar un espacio dentro de la presente investigación a las reformas que a nivel de Administración se han llevado a cabo en orden a digitalizar diversos procedimientos, el acceso a información pública, la publicación en el Portal de Chile Compras de las licitaciones públicas y los diversos concursos abiertos a proyectos con fondos del Estado que han proliferado en las distintas carteras, invitando a emprendedores, profesores e investigadores, ONGs, juntas de vecinos y a la ciudadanía en general, organizada en asociaciones con personalidad jurídica, a participar a través de la presentación de proyectos de interés social para aportar en el desarrollo innovativo del país y suplir un vacío, necesidad o servicio dentro de actividades que son responsabilidad de la Administración y financiados con fondos del Estado. La respuesta ha sido positiva y en las últimas décadas esta fórmula se ha vuelto una solución característica del sistema chileno y que ha permitido al Estado mejorar en parámetros de inclusión e innovación sin invertir recursos fijos (financiando funcionarios, organizaciones estables e infraestructuras), sino delegando en la ciudadanía la tarea de proponer medidas, temas y formas de resolverlos, proyectos que pueden o no ser renovados en el tiempo, según la calidad del aporte del concursante y según los recursos con los

que la cartera cuente cada año, pero permitiéndose sin duda regular con mayor flexibilidad cuáles son aquellos proyectos indispensables y que continuarán siendo financiados pero cuyo esfuerzo en términos de planificación, no surgió del Estado sino de la ciudadanía. Es importante mencionar esta nueva relación entre Estado y particulares, respecto de lo que se puede encontrar información relevante y actualizada en las páginas web oficiales de gobierno.

Hay algunas cuestiones críticas en relación a la imputabilidad de las personas jurídicas, en particular para esta tesis, por el delito de Cohecho. A esta discusión doctrinaria me referiré al final del último capítulo de esta tesis. Pero primero definiré el tipo Cohecho en base a los distintos tipos que lo configuran actualmente en Chile, que se encuentran en los artículos 248, 248 bis, 249 y 250 del CP, así como otros artículos pertinentes, como el 260 del mismo Código; luego analizaré la Ley N° 20.393; luego los tratados internacionales contra la corrupción que inspiraron la reforma en Chile, es decir, la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, a fin de encontrar en dichas fuentes el bien jurídico protegido, que sería la protección de la Probidad en el ejercicio de la función pública y cómo se propicia su protección. Por último, analizaré la discusión sobre la imputabilidad de las personas jurídicas revisando doctrina y jurisprudencia relativa a causas de Cohecho posteriores a las reformas. Finalmente, incluiré 3 anexos con legislación relevante en la materia.

CAPÍTULO I

Tipo penal Cohecho

El Cohecho se regula en los artículos 248 y siguientes del Código Penal, siendo uno de los delitos que forman parte del título V del Libro II: “De los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos”.

La Ley 19.645 de 1999 realizó modificaciones tanto a esa parte del Código Penal como al DFL 707 de 1982 sobre Cuentas Bancarias y Cheques. La modificación del DFL tuvo gran importancia probatoria, ya que hizo inaplicable el principio del secreto bancario en aquellas causas criminales seguidas contra funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, para la exhibición de los movimientos y saldos de su cuenta corriente, a través de la agregación de un inciso final en el artículo 1 de dicho DFL².

² Artículo 1º.- La cuenta corriente bancaria es un contrato a virtud del cual un Banco se obliga a cumplir las órdenes de pago de otra persona hasta concurrencia de las cantidades de dinero que hubiere depositado en ella o del crédito que se haya estipulado.

El Banco deberá mantener en estricta reserva, respecto de terceros, el movimiento de la cuenta corriente y sus saldos, y sólo podrá proporcionar estas informaciones al librador o a quien éste haya facultado expresamente

No obstante, los Tribunales de Justicia podrán ordenar la exhibición de determinadas partidas de la cuenta corriente en causas civiles y criminales seguidas con el librador. Con todo, en las causas criminales seguidas contra empleados públicos, procesados por delitos cometidos

Luego de todas las modificaciones que se realizaron por la Ley 19.645 en el Código Penal al Cohecho, este delito regulado por los siguientes artículos: 248, 249, 249 bis, 250, 250 bis y 251. Posteriormente, la Ley 19.829 de 2002 sustituye los artículos 249 y 250 y agrega los artículos 250 bis A y 250 bis B. Y luego, por ley 20.341 del 2009, los artículos 250 bis A y 250 bis B establecidos por la Ley 19.829, fueron derogados y sustituidos por los artículos 251 bis y 251 ter que actualmente regulan el Cohecho cometido por funcionario público extranjero. Finalmente, el 20 de noviembre de 2018, fue la última modificación en la materia, por Ley 21.121, con modificaciones muy importantes como incluir dentro del beneficio para la empresa requerido para su imputación favores de naturaleza diferente a la monetaria y definir en mejor modo las penas aplicables a cada caso, por modificación del artículo 21, de los artículos 248, 248 bis, 249 y 250, entre otros del CP.

La nueva configuración del delito de Cohecho, ha permitido a la doctrina realizar clasificaciones de los tipos que actualmente caracterizan la tipificación del Cohecho en el CP chileno. Así, por ejemplo se habla de Cohecho activo y Cohecho pasivo, es decir las figuras del Cohecho en que se sanciona una acción (activo) o una omisión (pasivo), del funcionario o del particular; Cohecho antecedente y Cohecho subsiguiente, es decir se configura el Cohecho tanto por

en el ejercicio de sus funciones, el juez podrá ordenar la exhibición del movimiento completo de su cuenta corriente y de los respectivos saldos.

ofrecer un beneficio para realizar una determinada acción u omisión (antecedente) o por haberla realizado (subsiguiente); Cohecho propio y Cohecho impropio, según “el carácter funcionario o de delito ministerial del acto que se quiere obtener”. De este modo, en la legislación actual de Chile el Cohecho sería propio cuando lo que se busque sea la ejecución o la omisión de un acto propio del cargo del empleado público, mientras que sería impropio cuando lo que se pretenda conseguir sea la comisión de un delito funcionario”³. En Chile el delito de Cohecho propio se regula en los artículos 248 y 248 bis y el impropio se regula por el 249 del CP. También, Cohecho de naturaleza unilateral o bilateral. En la tipificación actual del Cohecho, los primeros tres artículos (248, 248 bis y 249), se refieren al Cohecho cometido por el empleado público, mientras que el 250 y 250 bis se refieren al Cohecho que sanciona a un particular y un mismo Cohecho puede penalizar a uno o a ambos, según sea unilateral o bilateral.

Bien Jurídico protegido con la penalización de Cohecho:

El profesor Gustavo Labatut Glenda opina que el bien jurídico protegido en el delito de Cohecho es “el decoro, el prestigio y el correcto funcionamiento de la Administración pública”⁴. Existe discusión respecto a si el bien jurídico protegido por el Cohecho del funcionario, como por el del particular, obedecen a uno

³ REJ, Revista de Estudios de la Justicia, N° 5, Año 2004, ob, cit, pp 90

⁴ LABATUT GLENA, Derecho Penal, tomo II, 7ª edición actualizada por Julio Zenteno Vargas, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2000, p. 90; Alfredo Etcheberry, Derecho Penal. Parte Especial, cit., tomo IV, p 90.

mismo, o si por el contrario ambas clases de Cohecho buscan cautelar bienes jurídicos diferentes. En España por ejemplo, dentro de quienes, minoritariamente, sostienen que el Cohecho del funcionario y el Cohecho del particular pretenden proteger bienes jurídicos distintos, se encuentra Enrique Casas Barquero⁵, cuyos argumentos son refutados en una interesante crítica desarrollada en la ya citada Revista de Estudios de la Justicia N° 5, Año 2004, en la página 93. En esta Revista, el autor Guillermo Oliver C., contempla tres bienes jurídicos protegidos por el Cohecho, que reproduzco a continuación:

1.- La confianza de los ciudadanos en el correcto funcionamiento de la Administración: es la postura de Enrique Bacigalupo en su obra “Sobre la reforma de los delitos de funcionarios” del año 1983. Se critica en cuanto la confianza pública no sólo puede afectarse en el Cohecho, sino también en otros delitos funcionarios. Aun así, es un objeto de protección del Cohecho, si bien no privativo ni el único.

⁵ Él afirma en su texto “Observaciones técnico-jurídicas sobre la incriminación del Cohecho en el Código Penal español”, 1978, p. 213 y ss., que cuando el Cohecho es cometido por el funcionario, el bien jurídico tutelado es el deber básico de todo funcionario público, cual es, “el fiel desempeño de la función del cargo”, además de tutelar penalmente “la confianza, consustancial a la titularidad de la función”, depositada en el Estado por la propia sociedad. Y en relación al Cohecho del particular, éste actuaría “en perjuicio o detrimento de las funciones públicas del Estado”, también atenta contra la función específica del funcionario singular y contra “el normal desarrollo de las funciones públicas” y “afecta a la esencia de la dignidad del Estado y al prestigio social que en todo momento han de ostentar los entes públicos”.

2.- El principio de imparcialidad en el ejercicio de la función pública: postura bastante difundida entre los autores, por ejemplo, María José Rodríguez Puerta, quien considera que el principio de imparcialidad vincula tanto a los poderes públicos como a los particulares destinatarios de ellos. Igual que el anterior, lleva una crítica correlativa en el artículo citado de Guillermo Oliver C. en el sentido que la imparcialidad tampoco es un bien jurídico protegido privativo del Cohecho, como el tráfico de influencias. Y además porque se señala que existen tipos de Cohecho que no necesariamente requieren una vulneración de la imparcialidad, como el de los artículos 248 y 249 del Código Penal. Pero igualmente, en ciertos casos del 248 y en el art. 248 bis sí podría afectarse la imparcialidad y por lo tanto, si bien puede tomarse en cuenta la crítica, no tendría por qué descartarse totalmente este principio como objeto de tutela del Cohecho.

3.- Ciertos deberes del cargo del funcionario público (lealtad, integridad, probidad, honestidad, fidelidad, etc.): es la postura (minoritaria) de Carlos Granados Pérez, que dice que el Cohecho tutela la integridad y lealtad del empleado público, así como el cumplimiento de los deberes por razón de su cargo. Se critica por representativa de un régimen estatal autoritario y porque la fidelidad en el cumplimiento de los deberes no sería el bien jurídico protegido, sino que precisamente el mismo cumplimiento (efectivo, correcto, adecuado) de dichos deberes o funciones es lo que tutela el Cohecho.

4.- El correcto servicio que la Administración presta a los ciudadanos: El Cohecho busca castigar los comportamientos que impiden o dificultan que el servicio a los

ciudadanos se preste de manera correcta. Para que esta prestación de servicios se estime correcta, es necesario que a los ciudadanos no se les pida que paguen por ella (cuando es Cohecho del funcionario, se le denomina doctrinariamente como Cohecho de lesión), ni que tampoco se acepten los eventuales beneficios económicos que los ciudadanos puedan ofrecer por ella (Cohecho de los particulares o Cohecho de peligro). Este bien jurídico protegido, se puede ampliar más que el servicio unilateral que brinda el Estado, a la protección de una sana relación entre el sector público y privado, entregando la misma información y oportunidades a todos los privados que quieran participar de la función administrativa, contratar con la Administración o vincularse en cualquier modo con el Estado, colaborando con éste en la satisfacción de las necesidades e intereses ciudadanos.

Tipificación del Cohecho

§IX.Cohecho.

Artículo 248.- "El empleado público que en razón de su cargo solicitare o aceptare un beneficio económico o de otra naturaleza al que no tiene derecho, para sí o para un tercero, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado medio, inhabilitación absoluta para cargos u oficios públicos temporal en su grado mínimo y multa del tanto del beneficio solicitado o aceptado. Si el beneficio fuere de naturaleza distinta a la económica, la multa será de veinticinco a doscientos cincuenta unidades tributarias mensuales.

El empleado público que solicitare o aceptare recibir mayores derechos de los que le están señalados por razón de su cargo, o un beneficio económico o de otra naturaleza, para sí o un tercero, para ejecutar o por haber ejecutado un acto propio de su cargo en razón del cual no le están señalados derechos, será sancionado con la pena de reclusión menor en sus grados medio a máximo, inhabilitación absoluta temporal para cargos u oficios públicos en su grado medio y multa del tanto al duplo de los derechos o del beneficio solicitados o aceptados. Si el beneficio fuere de naturaleza distinta a la económica, la multa será de cincuenta a quinientas unidades tributarias mensuales."

- "solicitar o aceptar": denota tanto una actitud activa como pasiva. El empleado no necesariamente debe requerir activamente el beneficio económico, basta con que no se niegue a hacerlo para que se configure el delito. Es más, ni siquiera debe tratarse de una aceptación expresa ya que el CP no lo exige y la doctrina está de acuerdo también en este punto⁶.

En relación a la intervención del particular en la forma de persona jurídica y teniendo en cuenta que dependiendo de la figura a través de la cual se vincula con el Estado puede estar participando como privado en el delito o como funcionario público, en base a la función que realice, puede tomarse como suficiente motivo de imputabilidad a la empresa el que una misma persona o

⁶ Autores como Casas Barquero, Olaizola Nogales, Luis Rodríguez Collao y María Magdalena Ossandón, concuerdan en que no es necesario expresar una aceptación a recibir el Cohecho.

dos personas diferentes a favor de la empresa, en representación de la empresa o de intereses económicos de la empresa, ofrezca dádivas al funcionario para orientar su decisión y alterar su imparcialidad, sea que suceda en más de una ocasión o en un solo evento, ya que así se cumple con los tres requisitos de imputabilidad del artículo 3 de la Ley 20.393 que luego analizaré, que son: la vinculación de la persona física con la jurídica, el interés directo e inmediato de la persona jurídica y el incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión por parte de la persona jurídica.

- “beneficio económico o de otra naturaleza al que no tiene derecho”: puede ser un beneficio en dinero, reducible a un valor pecuniario o de otra naturaleza, como aumentar el prestigio y la influencia de la persona jurídica u otros.

Por la última modificación al CP hecho por la Ley 21.121, se realiza una distinción entre dos figuras del Cohecho cada una en uno de los dos incisos del artículo, sancionadas en forma diversa. La menos severa es la que sanciona simplemente otorgar un beneficio al funcionario público al cual no tiene derecho, lo que se relaciona con la sanción por el enriquecimiento sin causa de los funcionarios públicos que exigen los tratados internacionales contra la corrupción, a los que me referiré en el Capítulo III y también con la mayor posibilidad de acceder a los datos bancarios de las cuentas de un funcionario público, en relación con las de un privado, que en Chile operó por reforma del DFL 707 ya mencionado.

- “Si el beneficio fuere de naturaleza distinta a la económica, la multa será de veinticinco a doscientos cincuenta unidades tributarias mensuales”: si se trata de un beneficio económico, la multa es “del tanto”, del monto pecuniario del beneficio. Mientras que si es de otra naturaleza, el juez determinará el monto de un rango entre las 25 y 250 UTM.

Importa la magnitud de la afectación al bien jurídico protegido que es la probidad y el correcto ejercicio de la función administrativa, entendiéndose que es mayor la afectación de la probidad si es el funcionario el que solicita la dádiva (si “solicitare”, no si “acceptare”), pero no hay que restarle importancia a la participación de un particular que desarrolla una función de relevancia pública, sea en forma temporal o permanente. Además, es mayor la afectación del correcto ejercicio de la función pública si se afectan con mayor gravedad los intereses y garantías de la población y el bien común, teniendo especial relevancia derechos fundamentales como la vida, el derecho a la salud, el derecho a la educación y el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación, por mencionar los principales. En el actual escenario de sinergia entre el Estado y los particulares, podrían estos últimos ser sancionados por el presente artículo en análisis y los otros referidos al delito de Cohecho cometido por un funcionario público, sin embargo, la última modificación en la materia por la Ley N° 21.121, en que agrega el art. 39

quarter⁷, entre otras modificaciones, deja claro que a las empresas que contratan con el Estado (y por analogía el resto de asociaciones y agrupaciones que se constituyen en una persona jurídica y se vinculan con el Estado a través de alguna de las figuras contractuales que actualmente se usan en la relación público-privada en Chile) se les aplica el artículo 251 ter del CP y no se las sanciona por el 248, 248 bis ni 249 del CP.

- “para ejecutar o por haber ejecutado”: en doctrina, estas dos acciones del tipo corresponden a la distinción entre Cohecho antecedente y subsiguiente,

⁷ ART. 39 quáter.- La pena de inhabilitación absoluta perpetua o temporal para ejercer cargos, empleos, oficios o profesiones en empresas que contraten con órganos o empresas del Estado o con empresas o asociaciones en que éste tenga una participación mayoritaria; o en empresas que participen en concesiones otorgadas por el Estado o cuyo objeto sea la provisión de servicios de utilidad pública, prevista en el artículo 251 quáter de este Código, produce:

1º. La privación de todos los cargos, empleos, oficios y profesiones ejercidos en empresas que contraten con órganos o empresas del Estado o con empresas o asociaciones en que éste tenga una participación mayoritaria; o en empresas que participen en concesiones otorgadas por el Estado o cuyo objeto sea la provisión de servicios de utilidad pública.

2º. La incapacidad para obtener los cargos, empleos, oficios y profesiones mencionados, perpetuamente cuando la inhabilitación es perpetua, y por el tiempo de la condena cuando es temporal.

La pena de inhabilitación absoluta temporal de que trata este artículo tiene una extensión de tres años y un día a diez años y es divisible en la misma forma que las penas de inhabilitación absoluta y especial temporales.

En este caso, ejecutoriada que sea la sentencia definitiva, el tribunal la comunicará a la Dirección de Compras y Contratación Pública. Dicha Dirección mantendrá un registro público actualizado de las personas naturales a las que se les haya impuesto esta pena.

es decir una dádiva para realizar una acción propia del cargo o por haberla realizado. Es el tipo de Cohecho que se encuentra en el inciso 2° del artículo 248 y por lo tanto el que además de un beneficio al cual no tiene derecho para el empleado público requiere que ejecute una acción propia de su cargo, restándole imparcialidad a su función.

En cuanto a la afectación del bien jurídico, si bien puede entenderse que aún no hay propiamente un mal ejercicio de la función pública, el solo hecho de comprometerse a realizar su función sin la imparcialidad debida le resta la probidad suficiente para ser funcionario público y refleja una incorrecta y desleal prestación del servicio. En el Cohecho del primer inciso no se distingue entre el tipo antecedente o subsiguiente, por lo tanto, ahí la mera promesa de recibir el beneficio no se sanciona, sino sólo una vez que el beneficio efectivamente se entregó.

- “un acto propio de su cargo en razón del cual no le están señalados derechos”: existen dos posiciones doctrinarias de relevancia. La primera descarta aquellos actos que no pertenecen a la esfera de atribuciones del empleado, pero cuya comisión resulta facilitada por su condición de tal. La segunda en cambio, incorpora dichos actos al tipo, aunque no formen parte de la competencia del funcionario. De una interpretación literal y dado que la acción debe subsumirse exactamente en la ley penal para ser punible, habría que inclinarse por la primera teoría.

Pero tomando en cuenta la inspiración del legislador penal y el bien jurídico protegido, podemos afirmar que tanto los actos realizados dentro de la esfera de su competencia como los actos que por su cargo le resulta fácil realizar, pueden atentar al buen funcionamiento de la Administración y a la probidad si son realizados con imparcialidad e igualmente puedan afectar la entrega de un servicio público que beneficie al bien común. Pero siempre debe acompañarse a la solicitud de que realice un acto propio de su cargo (o facilitado por el hecho de tener su cargo), un beneficio económico o de otra naturaleza. En el Cohecho del inciso 2° del art. 248 se aumenta en un grado las penas, la multa aumenta “del tanto al duplo”, en vez de sólo “del tanto” y en caso de tratarse de un beneficio de naturaleza diferente a la económica, se aumenta al doble el rango de la pena que puede aplicar el juez, es decir, de 50 a 500 UTM.

- “para sí o un tercero”: el beneficio económico puede ser tanto para el funcionario público como para un tercero, sin especificarse ni darse ejemplos de vínculos de familia u otros que debieran existir entre el empleado público y el tercero. En relación a la cuantía, el legislador chileno no da otro parámetro que el hecho de recibir beneficios extraordinarios que exceden los que le corresponden por razón de su cargo. Para la protección del bien jurídico no interesa “por cuánto se vendió” el funcionario público, sino simplemente el hecho que dejó de ser imparcial o dejó de cumplir correctamente con sus labores por ello. La

doctrina entrega opiniones que consideran totalmente irrelevante el monto, que no puede darse un delito de Cohecho frente a beneficios económicos nimios (posición mayoritaria) y una posición intermedia que simplemente considera que hay delito cuando la cuantía es suficiente para desviar al funcionario de un imparcial y adecuado ejercicio de sus labores funcionarias. Esto tomando en cuenta que depende de la capacidad económica del funcionario y de su mayor o menor apremio económico la cuantía que lo hará cambiar de parecer respecto a realizar su función en un sentido u otro o dejar de realizarla.

Por ejemplo, un funcionario que gane un sueldo muy bajo, el sueldo mínimo por ejemplo, y que se encuentre en una situación económica muy apremiante, podría realizar sus funciones del mismo modo, pero sin dar cuenta a sus superiores de una persona sospechosa en el recinto en que labora, a cambio de un monto de 30 mil pesos. Y si el funcionario fuera de una empresa externa (contratada por una Municipalidad, por ejemplo) y por su falta de probidad se afectara el funcionamiento del organismo en el cual desempeña su función, aunque sea en un área diferente de aquella en la que se desempeña, ¿Cómo se sancionaría a la empresa para la cual trabaja, al funcionario y al particular que cometiera el Cohecho?

En relación a otro argumento, existe el discurso de que hay que tener en cuenta que existen contextos donde socialmente se acepta el intercambio de regalos o dádivas y que por lo tanto no podría ser calificado de Cohecho y

penado por la ley un comportamiento que la misma sociedad avala a través de la costumbre o por tradición. Se argumenta en este sentido que si la LOC sobre Bases Generales de la Administración del Estado acepta que existen dádivas socialmente permitidas y no las sanciona, siendo la Ley especial aplicable al comportamiento de los funcionarios de la Administración Pública⁸. En la actualidad el Art. 251 sexies indica que no constituye delito la aceptación de regalos oficiales o protocolares de escaso valor económico y que son habituales por cortesía o buenas costumbres.

Así por ejemplo, en el caso de una ONG que preste servicios de interés para la comunidad como capacitaciones y el desarrollo de diferentes proyectos a nivel local, que reciba beneficios económicos por su labor, la cual realiza adecuadamente y participando en los concursos presentando proyectos en observancia fiel de las bases respectivas, no parece una objeción el hecho de que la ONG prefiera su propio grupo de contactos de profesionales y

⁸ Art. 62 N° 5 de la LOC 18.575 Artículo 62.- Contravienen especialmente el principio de la probidad administrativa, las siguientes conductas:

5. Solicitar, hacerse prometer o aceptar, en razón del cargo o función, para sí o para terceros, donativos, ventajas o privilegios de cualquier naturaleza.

Exceptúanse de esta prohibición los donativos oficiales y protocolares, y aquellos que autoriza la costumbre como manifestaciones de cortesía y buena educación.

El millaje u otro beneficio similar que otorguen las líneas aéreas por vuelos nacionales o internacionales a los que viajen como autoridades o funcionarios, y que sean financiados con recursos públicos, no podrán ser utilizados en actividades o viajes particulares;

técnicos para el desarrollo de los proyectos de interés para la comunidad, en vez de utilizar una red un poco más democrática como por ejemplo lo sería LinkedIn. Pero si además la ONG se encuentra fuertemente politizada (como a veces ocurre) y para realizar una actividad de interés público prefiera siempre a miembros de su partido o personas con vínculos, familiares o económicos con el partido, se entiende de todos modos que es una práctica frecuente a todo nivel y por lo tanto, según mi opinión, bajo ningún punto de vista puede tomarse como Cohecho, ni por el hecho de tratarse de un organismo que desarrolla una función pública ni por preferir a determinadas personas para ejecutar una función financiados por el Estado, sin importar la calidad del servicio. Es la forma en que se organiza espontáneamente la ciudadanía, con pros y contras, pero sigue siendo un derecho. Se trata de una figura penal que más bien busca evitar la corrupción al interior de un organismo con atribuciones públicas, que forma parte de uno de los poderes del Estado y que deben tener mayor ámbito de regulación en sus actuaciones y procedimientos, a diferencia de los particulares, que pueden reunirse y organizarse libremente dentro de los márgenes legales.

En este punto también es un ejemplo relevante la Ley del Lobby, donde expresamente se regulan y se obliga a publicar las dádivas recibidas en ese contexto, fruto de la costumbre generalizada de la sociedad, pero que atenta contra la igualdad entre los ciudadanos para una relación equitativa con el Estado y constituye una práctica que defiende siempre intereses particulares

en desmedro del bien común, lo que a todas luces sería sancionable de Cohecho, a pesar de la protección de los intereses de las empresas en éste y otros ámbitos y que permiten que el capitalismo muestre su lado más perverso. Se trata de la regulación de artimañas movidas por la codicia; es respaldar por Ley la existencia de una práctica desesperada por recibir privilegios o condiciones más ventajosas. Si bien no hay dudas que el sistema económico imperante en Chile y en el mundo es el capitalismo, precisamente para proteger la viabilidad del sistema, proteger las garantías constitucionales de los particulares y cumplir con las normas anticorrupción que el derecho internacional ha propuesto como fórmula para prevenir abusos por parte de la élite económica que afecten la probidad en el ejercicio de la Administración Pública, es que se hace necesario tener a resguardo fórmulas capitalistas de desigualdad en el acceso a la definición de leyes y de políticas con fondos del Estado, como es la Ley del Lobby y permitir que la penalización de los abusos y delitos sea un real contrapeso a tal desigualdad. Dedicaré un Anexo en esta tesis a la nueva Ley del Lobby y otro a la Ley de Transparencia.

Artículo 248 bis.- “El empleado público que solicitare o aceptare recibir un beneficio económico o de otra naturaleza, para sí o un tercero para omitir o por haber omitido un acto debido propio de su cargo, o para ejecutar o por haber ejecutado un acto con infracción a los deberes de su cargo, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado máximo a reclusión mayor en su grado

mínimo y, además, con las penas de inhabilitación absoluta temporal para cargos u oficios públicos en su grado máximo y multa del duplo al cuádruplo del provecho solicitado o aceptado. Si el beneficio fuere de naturaleza distinta a la económica, la multa será de cien a mil unidades tributarias mensuales.

Si la infracción al deber del cargo consistiere en ejercer influencia en otro empleado público con el fin de obtener de éste una decisión que pueda generar un provecho para un tercero interesado, se impondrá la pena de inhabilitación absoluta para cargos u oficios públicos, perpetua, además de las penas de reclusión y multa establecidas en el inciso precedente.”.

- “solicitare o acceptare”: modalidad activa o pasiva.
- “para omitir o por haber omitido un acto debido propio de su cargo, o para ejecutar o por haber ejecutado un acto con infracción a los deberes de su cargo”: se trata de una conducta de mayor gravedad que la del artículo 248, ya que en el 248 bis se sanciona más que sólo la imparcialidad, propiamente la falta de responsabilidad y la falta de servicio, donde la función pública se ejerce en forma incorrecta, es transgredida por un acto que deliberadamente impide el buen funcionamiento del órgano o servicio público. Aquí no cabe la aceptación social o costumbre que justifiquen el acto ya que no podría tal convención social ser contraria a la ley y transgredir los reglamentos, circulares o leyes que señalan cuáles son las atribuciones y funciones del empleado público. Incluso, en el caso de un acto discrecional del funcionario, puede darse una infracción de deberes, cuando se comprueba desviación o

exceso del poder conferido. Lo que sí puede resultar discutible es el caso del retardo injustificado en el ejercicio de la función pública que implica una manipulación del sistema para fines particulares y que puede traer costos extraordinarios e ineficiencia al servicio, pero que no se encuentra tipificado. Las penas personales aumentan en un grado respecto a las del art. 248 (“pena de reclusión menor en su grado máximo a reclusión mayor en su grado mínimo y, además, con las penas de inhabilitación absoluta temporal para cargos u oficios públicos en su grado máximo”) y las multas aumentan al doble: si se trata de un beneficio de naturaleza económica, el empleado público puede recibir “del duplo al cuádruplo del provecho solicitado o aceptado” y si fuere de otra naturaleza, la multa puede ser “de cien a mil unidades tributarias mensuales”.

- “ejercer influencia en otro empleado público con el fin de obtener de éste una decisión que pueda generar un provecho para un tercero interesado”: En este artículo también se hace una distinción respecto al tipo en el inciso 2º, cuando la conducta consista en influir en otro empleado público, es decir, implica que en una situación de superioridad, predominio, mayor prestigio, mayor antigüedad o cualquier otra en que un empleado pudiera determinar a otro a actuar de un determinado modo, se provoca un abuso y una prestación del servicio alterada e imparcial y por lo tanto, incorrecta. En el Cohecho tipificado en el inciso 2º del art. 248 bis, además de las penas de reclusión y

multa, se agrega la pena de inhabilitación para cargos u oficios públicos en forma absoluta y perpetua.

ARTÍCULO 249.- “El empleado público que solicitare o aceptare recibir un beneficio económico o de otra naturaleza, para sí o para un tercero para cometer alguno de los crímenes o simples delitos expresados en este Título, o en el párrafo 4 del Título III, será sancionado con las penas de reclusión menor en su grado máximo a reclusión mayor en su grado mínimo, de inhabilitación absoluta perpetua para cargos u oficios públicos y multa del cuádruplo del provecho solicitado o aceptado. Si el beneficio fuere de naturaleza distinta de la económica, la multa será de ciento cincuenta a mil quinientas unidades tributarias mensuales. Las penas previstas en el inciso anterior se aplicarán sin perjuicio de las que además corresponda imponer por la comisión del crimen o simple delito de que se trate.”.

- “solicitare o aceptare”: modalidad activa o pasiva; descripción alternativa del tipo.
- “para cometer alguno de los crímenes o simples delitos expresados en este Título, o en el párrafo 4 del Título III”: se trata de una figura de mayor gravedad que las anteriores del delito de Cohecho de los arts. 248 y 248 bis. Sin embargo, no se tipifica la actuación subsiguiente es decir, se sanciona sólo el hecho de ofrecer un beneficio económico para cometer, pero no por haber cometido los delitos contenidos en los títulos mencionados. Se han

planteado críticas en relación a la redacción del artículo 249, al bien jurídico protegido y a la gravedad del delito, ya que si se aplicara en forma literal, la conducta del Cohecho subsiguiente cometido para llevar a cabo un delito, no quedaría subsumida en el tipo del artículo 249, sino en el 248 bis, que dice “para omitir o por haber omitido un acto debido propio de su cargo, o para ejecutar o por haber ejecutado un acto con infracción a los deberes de su cargo”.

“será sancionado con las penas de reclusión menor en su grado máximo a reclusión mayor en su grado mínimo, de inhabilitación absoluta perpetua para cargos u oficios públicos y multa del cuádruplo del provecho solicitado o aceptado. Si el beneficio fuere de naturaleza distinta de la económica, la multa será de ciento cincuenta a mil quinientas unidades tributarias mensuales....
...sin perjuicio de la pena aplicable al delito cometido por el empleado público, la que no será inferior, en todo caso, a la de reclusión menor en su grado medio”: con la reciente modificación de la Ley 21.121 se aumentaron las penas del art. 249, en concordancia con la mayor gravedad de la acción sancionada, quedando sólo sin sanción el Cohecho por haber cometido un delito, resultando aplicable igual que con la redacción del artículo anterior a la reforma, la reclusión menor en su grado máximo a reclusión mayor en su grado mínimo del 248 bis. En el 249 las sanciones son por el delito de Cohecho para cometer otro delito.

- “Las penas previstas en el inciso anterior se aplicarán sin perjuicio de las que además corresponda imponer por la comisión del crimen o simple delito de que se trate”: Es decir la sanción en la configuración del Cohecho del 249 para cometer o por haber cometido el delito, tiene una pena personal doble en aplicación de la sanción del delito respectivo más la sanción del 248 bis si se trata de un Cohecho antecedente o más la sanción del art. 249 si se trata de un Cohecho subsiguiente, según lo ya explicado.

Si el ilícito se comete, se produce un concurso material de delitos. Pero sólo en cuanto se refiera a los delitos contenidos en el Título V o en el párrafo 4 del Título III del Libro II del CP. Por lo tanto es necesario distinguir cuándo se trata de los delitos funcionarios de los dos capítulos mencionados y cuándo no lo es. En la circunstancia de un delito ministerial de los mencionados por el artículo 249, si se tratara de un ofrecimiento económico para realizar cualquier otro delito fuera de los títulos y párrafo mencionados, no se originaría responsabilidad penal en el funcionario según el artículo 249, por lo que sería un acto preparatorio del delito, inimputable respecto de él. Si el delito efectivamente se comete, ahí nace la responsabilidad penal del funcionario por el respectivo delito, con la agravante del artículo 12 n° 2, es decir, cometer el delito mediante precio, recompensa o promesa.

Se aprecia una penalidad del Cohecho antecedente que no parece concordar con la gravedad de la conducta del funcionario, ya que cuando con el beneficio se busca omitir un acto debido propio del cargo del funcionario o ejecutar un

acto con infracción a los deberes de su cargo (art. 248 bis), se contemplaría la aplicación de penas inferiores que si el delito aún no se cometiera, lo que a todas luces parece una contradicción.

Pero fuera del análisis anterior, importa para efectos de esta tesis lo referente a la imputabilidad de las personas jurídicas, que como ya dijimos, con la reciente modificación de la Ley 21.121 no serían imputables por los tipos de Cohecho recién mencionados de los arts. 248, 248 bis y 249 como funcionarios públicos en cuanto agentes colaboradores de la Administración privados que se vinculan con el Estado a través de alguna de las modalidades contractuales usadas en el presente entre el ámbito público y el privado. Esto parece contradecir la definición de funcionario público del artículo 260, que no fue modificado por la reciente reforma, sin embargo, dicha reforma también incorpora un párrafo con interesantes modificaciones que hacen referencia a las personas (naturales o jurídicas) que contraten con el Estado. Mencionaré más adelante lo referido al art. 260 y al nuevo párrafo incorporado por la reforma.

Cohecho del Particular:

ARTÍCULO 250.- “El que diere, ofreciere o consintiere en dar a un empleado público un beneficio económico o de otra naturaleza, en provecho de éste o de un tercero, en razón del cargo del empleado en los términos del inciso primero del artículo 248, o para que realice las acciones o incurra en las omisiones

señaladas en los artículos 248, inciso segundo, 248 bis y 249, o por haberlas realizado o haber incurrido en ellas, será castigado con las mismas penas de multa e inhabilitación establecidas en dichas disposiciones.

Tratándose del beneficio dado, ofrecido o consentido en razón del cargo del empleado público en los términos del inciso primero del artículo 248, el sobornante será sancionado, además, 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.

Tratándose del beneficio dado, ofrecido o consentido en relación con las acciones u omisiones del inciso segundo del artículo 248, el sobornante será sancionado, además, con la pena de reclusión menor en sus grados medio a máximo, en el caso del beneficio dado u ofrecido, o de reclusión menor en sus grados mínimo a medio, en el caso del beneficio consentido.

Tratándose del beneficio dado, ofrecido o consentido en relación con las acciones u omisiones señaladas en el artículo 248 bis, el sobornante será sancionado, además, con pena de reclusión menor en su grado máximo a reclusión mayor en su grado mínimo, en el caso del beneficio dado u ofrecido, o de reclusión menor en sus grados medio a máximo, en el caso del beneficio consentido.

Tratándose del beneficio dado, ofrecido o consentido en relación con los crímenes o simples delitos señalados en el artículo 249, el sobornante será sancionado, además, con pena de reclusión menor en su grado máximo a reclusión mayor en su grado mínimo, en el caso del beneficio dado u ofrecido, o

con reclusión menor en sus grados medio a máximo, en el caso del beneficio consentido. Las penas previstas en este inciso se aplicarán sin perjuicio de las que además corresponda imponer por la comisión del crimen o simple delito de que se trate”.

- “diere, ofreciere o consintiere en dar”: modalidad activa o pasiva; descripción alternativa del tipo. No es necesario que la acción se haga en forma expresa ni en términos formales, con la palabra “ofreciere” se incluye la promesa de entregar el beneficio a futuro, que puede ser a través de un ofrecimiento formal o informal y con la frase “consintiere en dar” la descripción del tipo del actual art. 250 recoge la figura en que el empleado público es quien solicita la dádiva o favor, lo que no se incluía antes de la reforma.
- “un beneficio económico o de otra naturaleza, en provecho de éste o de un tercero”: reitera el cambio de mirada incluyendo los beneficios “de otra naturaleza” y también reconoce que el beneficio no necesariamente sea para el funcionario público, quien de todos modos interviene recibiendo el favor. El tercero no debe necesariamente estar ligado formalmente con el empleado estatal (por ejemplo, el beneficio puede ser para un amante o un amigo del empleado público).
- “en razón del cargo del empleado en los términos del inciso primero del artículo 248, o para que realice las acciones o incurra en las omisiones señaladas en los artículos 248, inciso segundo, 248 bis y 249, o por haberlas realizado o haber incurrido en ellas”: En relación a la distinción que la misma

Ley modificatoria realizó al art. 248, el artículo 250 la reitera por la parte del tercero en los mismos términos, es decir, debe tratarse de un beneficio ofrecido al funcionario “por razón de su cargo” o mientras ostenta un puesto o función públicos, a diferencia de los artículos 248 inciso 2°, 248 bis y 249, donde no basta sólo que esté involucrado una persona que actualmente es un funcionario público, sino que se requiere una determinada acción u omisión por parte del empleado público, además del beneficio, económico o de otra naturaleza.

- “será castigado con las mismas penas de multa e inhabilitación establecidas en dichas disposiciones”: con la actual redacción del art. 250, el legislador de la reforma de Ley 21.121 aclaró cuáles son las penas aplicables y, al igual que en la modificación del art. 249, parece tener una mejor aplicabilidad principalmente porque las sanciones que específicamente establece concuerdan mejor que antes de la reforma, con la gravedad de la conducta delictual. Las sanciones de reclusión tienen algunas modificaciones pero no se puede decir que sean mayores ni menores en un grado para el empleado respecto al particular que lo soborna. En el actual art. 250 las específicas sanciones de reclusión para el particular sobornante se describen en los incisos 2, 3 y 4 en relación a los arts. 248, 248 bis y 249 respectivamente. Las sanciones que se encuentran en el inciso primero son las de multa e inhabilitación, que son las únicas que resultan aplicables a la persona jurídica, ya que la reclusión, por razones obvias, no es posible. Las sanciones

de multas son las mismas aplicables al empleado público y que ahora con la reforma se encuentran claramente establecidas. Las de inhabilitación quedan claramente establecidas también y resultan aplicables a las personas jurídicas y a todo quien contrate con el Estado, relacionando este artículo con el nuevo artículo 39 quáter, también incorporado por la reforma. Con la actual normativa se puede decir que queda en parte zanjada la discusión que pretendía plantear como hipótesis en esta tesis en relación a que dada la sinergia que actualmente se vislumbra entre Estado y organizaciones ciudadanas, se podría sancionar a las organizaciones del sector privado como si fueran funcionarios públicos, cuando realizaran el Cohecho en el ejercicio de sus funciones públicas y tomando en cuenta la definición de empleado público del art. 260 del CP que coincide con las definiciones de los tratados internacionales anticorrupción también aplicables en la materia. A pesar de que la definición internacional y de nuestro Código apuntan hacia el ejercicio de la función pública para ser funcionario público, la reforma no busca sancionar con esta lógica. También son aplicables las normas del nuevo párrafo 9 ter⁹, por disposición expresa del legislador de la reforma de

⁹§9 ter. Normas comunes a los Párrafos anteriores

ART. 251 quáter.

El que cometiere cualquiera de los delitos previstos en los dos Párrafos anteriores será condenado, además, a la pena de inhabilitación absoluta, perpetua o temporal, en cualquiera de sus grados, para ejercer cargos, empleos, oficios o profesiones en empresas que contraten con órganos o empresas del Estado o con empresas o asociaciones en que éste tenga una participación mayoritaria; o en empresas que participen en concesiones otorgadas por el Estado o cuyo objeto sea la provisión de servicios de utilidad pública.

ART. 251 quinquies.

En el caso de los delitos previstos en los artículos 241, 248, 248 bis y 249, se excluirá el mínimo o el grado mínimo de las penas señaladas, según corresponda, respecto de todos sus responsables, en los siguientes casos:

la Ley 21.121. Sin embargo, resulta bastante claro que el legislador quiere separar los conceptos y sancionar sólo a los particulares que se vinculen contractualmente con el Estado. De todos modos la discusión queda abierta y susceptible a futuros análisis.

ARTÍCULO 250 bis.- “En los casos en que el delito previsto en el artículo anterior tuviere por objeto la realización u omisión de una actuación de las señaladas en los artículos 248 ó 248 bis que mediare en causa criminal a favor del imputado, y fuere cometido por su cónyuge o su conviviente civil, por alguno de sus ascendientes o descendientes consanguíneos o afines, por un colateral

1° Cuando hayan sido cometidos por un empleado público que desempeñe un cargo de elección popular, de exclusiva confianza de éstos, de alta dirección pública del primer nivel jerárquico o por un fiscal del Ministerio Público o por cualquiera que, perteneciendo o no al orden judicial, ejerza jurisdicción; por los Comandantes en Jefe del Ejército, de la Armada, de la Fuerza Aérea, o por el General Director de Carabineros o el Director General de la Policía de Investigaciones, o

2° Cuando hayan sido cometidos por un empleado público con ocasión de su intervención en cualquiera de los siguientes procesos:

- a) La designación de una persona en un cargo o función pública;
- b) Un procedimiento de adquisición, contratación o concesión que supere las mil unidades tributarias mensuales en que participe un órgano o empresa del Estado, o una empresa o asociación en que éste tenga una participación mayoritaria; o en el cumplimiento o la ejecución de los contratos o concesiones que se suscriban o autoricen en el marco de dichos procedimientos;
- c) El otorgamiento de permisos o autorizaciones para el desarrollo de actividades económicas por parte de personas naturales cuyos ingresos anuales sean superiores a dos mil cuatrocientas unidades de fomento; o jurídicas con o sin fines de lucro, cuyos ingresos anuales sean superiores a cien mil unidades de fomento, o
- d) La fiscalización de actividades económicas desarrolladas por personas naturales cuyos ingresos anuales sean superiores a dos mil cuatrocientas unidades de fomento; o jurídicas con o sin fines de lucro, cuyos ingresos anuales sean superiores a cien mil unidades de fomento.

Para los efectos de este artículo, se determinará el valor de la unidad de fomento considerando el vigente a la fecha de comisión del delito.

ART. 251 sexies.

No será constitutivo de los delitos contemplados en los artículos 248, 250, incisos segundo y tercero, y 251 bis aceptar, dar u ofrecer donativos oficiales o protocolares, o aquellos de escaso valor económico que autoriza la costumbre como manifestaciones de cortesía y buena educación.

Lo dispuesto en el inciso anterior no se aplicará respecto del delito contemplado en el artículo 251 bis cuando se ofreciere, prometiere, diere o consintiere en dar a un funcionario público extranjero un beneficio, para que omita o ejecute, o por haber omitido o ejecutado un acto con infracción a los deberes de su cargo”.

consanguíneo o afín hasta el segundo grado inclusive, o por persona ligada a él por adopción, sólo se impondrá al responsable la multa que corresponda conforme las disposiciones antes mencionadas”.

- “sólo se impondrá al responsable la multa que corresponda conforme las disposiciones antes mencionadas”: En esta figura se atenúa la pena y no resulta aplicable la privación de libertad, sólo la multa correspondiente según los artículos precedentes. Es una figura atenuada del Cohecho, alternativa (acción u omisión) y se refiere sólo a los artículos 248 y 248 bis cuando la acción descrita en dichos artículos se realice dentro de los trámites de un procedimiento criminal y sean hechos para beneficiar de algún modo al imputado. La reciente reforma cambia la locución “procesado” – expresión propia del Código de Procedimiento Penal - por “imputado”, es decir, debe estar formalizada la investigación para que sea aplicable esta figura de Cohecho. El legislador entiende que el comportamiento de estas personas se encuentra mayormente justificado, al querer ayudar o beneficiar a su familiar en una circunstancia difícil, como es ser imputado en una causa criminal. También puede ser una forma de proteger y dar un trato especial a la institución de la familia. Por las consideraciones anteriores, dado que protege una especial relación entre personas naturales, éste artículo no resultaría pertinente en esta tesis que observa la penalidad de las personas jurídicas. Aunque sí podría aplicarse cuando se trata del cónyuge o familiar de uno de

los dueños o beneficiarios de la persona jurídica y por el actuar del familiar, la persona jurídica se viera directamente beneficiada.

Aunque también puede hacerse un análisis desde otra perspectiva, aseverando que con este tratamiento especial se está privilegiando a los autores de cohecho que tienen dinero, a los poderosos, que no tendrían problema en pagar la multa.

ARTÍCULO 251.- “Los bienes recibidos por el empleado público caerán siempre en comiso”: Este artículo es producto de la aplicación a la legislación chilena de lo que señalan los tratados internacionales contra la corrupción respecto a la necesidad del comiso de dichos bienes, tratados a los que me referiré más adelante. Este artículo fue modificado con la reforma reciente de la Ley 21.121, eliminándose los incisos 2° y 3°.

§ XIII: Disposición general.

ARTÍCULO 260.- “Para los efectos de este Título y del Párrafo IV del Título III, se reputa empleado todo el que desempeñe un cargo o función pública, sea en la Administración Central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean de nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldo del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular”.

- “se reputa empleado todo el que desempeñe un cargo o función pública”: esta disposición, que cierra el título IV del CP, resulta de suma importancia, en cuanto define empleado público en relación a la función que realiza. Desde ya esta fórmula puede prestarse para problemas interpretativos en el actual escenario donde abunda la tercerización y los proyectos con fondos del Estado por nombrar dos figuras en las que el Estado se desliga de sus funciones y permite a los particulares proponer e implementar una solución que interesa a toda la sociedad.
- “...sea en la Administración Central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean de nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldo del Estado.”: pero a pesar del énfasis en la función que realiza el empleado público, de inmediato el artículo al nombramiento o escalafón formal donde el legislador entiende que se desempeña un funcionario público (“sea en la Administración Central...”).

Cohecho que involucra a los funcionarios públicos extranjeros:

Los artículos 251 bis y 251 ter¹⁰, regulan el Cohecho a funcionarios públicos extranjeros. Ambos son producto de una modificación realizada el año 2009 a

¹⁰ § 9 bis. Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros

Artículo 251 bis.- El que, con el propósito de obtener o mantener para sí o para un tercero cualquier negocio o ventaja en el ámbito de cualesquiera transacciones internacionales o de una actividad económica

consecuencia de las observaciones que se realizaron a Chile por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) y que derivó en la Ley 20.341, que establece una regulación especial para dichos funcionarios dados los ámbitos especiales y mayor impunidad en que pueden desenvolverse las tratativas con los empleados extranjeros. Una particularidad que salta a la vista y diferencia el tipo relacionado con estos funcionarios respecto de los otros tipos de Cohecho ya mencionados, es que aquí sí se contempla un beneficio que no sea de tipo económico para configurar el tipo y se sanciona con una multa de cien a mil unidades tributarias mensuales. Por lo tanto, en la reciente reforma no fue necesario añadir este aspecto al tipo, pero sí la Ley 21.121 añade la primera

desempeñada en el extranjero, ofreciere, prometiére, diere o consintiere en dar a un funcionario público extranjero un beneficio económico o de otra naturaleza en provecho de éste o de un tercero, en razón del cargo del funcionario, o para que omita o ejecute, o por haber omitido o ejecutado, un acto propio de su cargo o con infracción a los deberes de su cargo, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado máximo a reclusión mayor en su grado mínimo y, además, con multa del duplo al cuádruplo del beneficio ofrecido, prometido, dado o solicitado, e inhabilitación absoluta temporal para cargos u oficios públicos en su grado máximo. Si el beneficio fuere de naturaleza distinta de la económica, la multa será de cien a mil unidades tributarias mensuales.

Los bienes recibidos por el funcionario público caerán siempre en comiso.

Artículo 251 ter.- Para los efectos de lo dispuesto en el artículo anterior, se considera funcionario público extranjero toda persona que tenga un cargo legislativo, administrativo o judicial en un país extranjero, haya sido nombrada o elegida, así como cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, sea dentro de un organismo público o de una empresa pública. También se entenderá que inviste la referida calidad cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional.

parte del nuevo artículo 251 bis: “con el propósito de obtener o mantener para sí o para un tercero cualquier negocio o ventaja en el ámbito de cualesquiera transacciones internacionales o de una actividad económica desempeñada en el extranjero”, es decir centra el tipo en un beneficio económico del tercero en el ámbito de las transacciones internacionales.

Para la organización internacional OCDE, la penalización de los funcionarios públicos extranjeros se considera relevante desde “la libre e igualitaria competencia económica en el ámbito de las transacciones internacionales o en otras palabras el normal desarrollo de las relaciones económica internacionales”¹¹, en cuanto se considera “que el Cohecho se ha difundido a las transacciones comerciales internacionales y la inversiones, afectando el buen gobierno de los países y en especial el desarrollo económico distorsionando las condiciones competitivas internacionales¹²”.

Pueden darse múltiples casos en los cuales una persona, natural o jurídica, pueda verse beneficiada por un funcionario público extranjero de los descritos en el artículo 251 ter, afectando la imparcialidad, probidad e igualdad. Puede relacionarse con infracciones a las normas en Derecho de Familia, del Trabajo,

¹¹ FERNÁNDEZ ARACENA, H. “Análisis del delito de Cohecho trasnacional”. Revista Jurídica del Ministerio Público, Santiago, Nº 45, 2010. pág. 63

¹² LORETO CLAUDIA SANTIS GANGAS, “El Cohecho y la Ley 20.393 Sobre Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”, Tesis Para Optar Al Grado de Magíster en Derecho Penal de los Negocios y la Empresa, p.37

afectación de las garantías constitucionales, etc. y por supuesto también en el ámbito económico, como el otorgamiento de un crédito, por dar un ejemplo. Sin duda que resulta pertinente investigar en esta materia, pero la complejidad del tema, la novedad de la disposición, la falta de jurisprudencia y doctrina, etc. me invitan a desistir de hacerlo y a dejarlo como un tema interesante para desarrollar a futuro.

Un último comentario en relación al Iter Criminis del Cohecho. El Cohecho es un delito de mera actividad, en cuanto no requiere que se produzca un resultado material ligado a una relación de causalidad e imputación objetiva. Es decir, no existe el grado de frustración en este delito. En cuanto a la tentativa, existe discusión y parte de la doctrina señala que sería posible en caso que la conducta pudiera fraccionarse en el tiempo y finalmente no pudiera consumarse. Por ejemplo, en el caso que se encargara a un emisario la misión de proponer el beneficio económico al funcionario y por cualquier motivo éste no lo hiciera. El particular en este caso podría ser sancionado por el delito de tentativa de Cohecho en su respectiva forma según la acción que solicitó al empleado público. Sin embargo, el bien jurídico protegido en este delito tiene que ver, como ya señalado, con la probidad y el correcto ejercicio de la Administración Pública, por lo que seguramente resulta dudoso la penalidad de una conducta que no llega a afectar dichos principios.

CAPÍTULO II

La responsabilidad de las personas jurídicas en Chile por los delitos de Cohecho, lavado de activos y financiamiento al terrorismo. La Ley 20.393

El 25 de Noviembre de 2009 fue promulgada la Ley 20.393 y se publicó en el Diario Oficial el 2 de Diciembre de 2009. Esta Ley “Establece la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en los delitos de Lavado de Activos, Financiamiento del Terrorismo y Delitos de Cohecho que indica”¹³.

Esta Ley por primera vez hace imputable a las personas jurídicas y no a sus administradores o ejecutivos respecto de los tres delitos que indica su nombre

¹³ Artículo 1° Ley 20.393: “Contenido de la ley. La presente ley regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto de los delitos previstos en el artículo 27 de la ley N°19.913, en el artículo 8° de la ley N°18.314 y en los artículos artículos 240, 250, 251 bis, 287 bis, 287 ter, 456 bis A y 470, numerales 1° y 11, del Código Penal; el procedimiento para la investigación y establecimiento de dicha responsabilidad penal, la determinación de las sanciones procedentes y la ejecución de éstas.

En lo no previsto por esta ley serán aplicables, supletoriamente, las disposiciones contenidas en el Libro I del Código Penal y el Código Procesal Penal y en las leyes especiales señaladas en el inciso anterior, en lo que resultare pertinente.

Para los efectos de esta ley, no será aplicable lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 58 del Código Procesal Penal”.

Artículo 58 del Código Procesal Penal: “Artículo 58.- Responsabilidad penal. La acción penal, fuere pública o privada, no puede entablarse sino contra las personas responsables del delito. La responsabilidad penal sólo puede hacerse efectiva en las personas naturales. Por las personas jurídicas responden los que hubieren intervenido en el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que las afectare”.

cuando “fueren cometidos directa e inmediatamente en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión” (art. 3 Ley 20.393).

La Ley no titubea al hablar de responsabilidad penal de la persona jurídica, evitando términos más generales como “responsabilidad legal”, que pudieran confundirse con la responsabilidad civil y administrativa de que además deben responder las personas jurídicas. El inciso 4° de dicho artículo agrega: “Las personas jurídicas no serán responsables en los casos que las personas naturales indicadas en los incisos anteriores, hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero”. Es decir, tiene que haber un interés, beneficio, provecho o facilitación a favor de la Persona Jurídica con la realización del delito, aunque además hubiese provecho de un particular, pero no debe ser a interés exclusivo del particular.

Un adecuado sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas debería eliminar las referencias subjetivas y, particularmente, elementos subjetivos, que terminen vinculando la responsabilidad de la persona jurídica directamente a la de una persona natural, pues se trata de que cada una de estas responsabilidades sea independiente. En efecto, debe tenerse en cuenta que en organizaciones complejas, muchas veces será difícil determinar quién es el verdadero responsable de una decisión o de su ejecución y cuáles serían sus

motivaciones subjetivas. Por otra, la presencia de estos elementos subjetivos, de difícil prueba (prácticamente la prueba principal en este aspecto sería la confesión), hacen compleja la atribución de responsabilidad. Por lo tanto, para que la prevención sea efectiva y se pueda separar la responsabilidad de las personas naturales que intervienen de la de las personas jurídicas, es necesario objetivizar la atribución de responsabilidad, no vinculándola a intenciones o cualquier otra cosa que parezca subjetiva, tanto para imputarles responsabilidad como para eximir las de la misma, ya que eso haría que su responsabilidad dependiera no de la implementación objetiva de los modelos de prevención, sino de las intenciones de las personas naturales que actúan y por ende a un hecho de difícil prueba o limitada casi exclusivamente a la prueba confesional.

En la Ley no se distingue la situación fáctica de que la persona jurídica involucrada en el delito se organice en varios grupos de empresas o franquicias. Corresponde al intérprete extender la responsabilidad de las personas jurídicas a las que sean controladoras de otras, para evitar la creación de sociedades ficticias o de papel que sirvan únicamente de "chivo expiatorio" para propiciar el delito.

Aún puede parecer insuficiente la lista de delitos, que originalmente eran tres y ahora son trece, por los que puede imputarse responsabilidad penal a la persona jurídica. El profesor Jean Pierre Matus Acuña elaboró un informe sobre el proyecto de la Ley 20.393, agregando varios otros delitos de importancia social o de común ocurrencia, lo que justificaría una sanción penal directa de la

empresa. En particular destacan por su importancia los delitos medio ambientales, donde el daño a las víctimas sólo puede cesar si la empresa o persona jurídica finaliza definitivamente con su funcionamiento y sólo cerrando inmediatamente empresas que incumplan, por ejemplo con las normas ambientales, es posible efectivamente disuadir a futuros empresarios a continuar con la misma actividad y modo de llevarla a cabo¹⁴.

¹⁴ “artículo 1º... ..En cuanto al alcance, debería extenderse, aparte de los hechos que allí se mencionan, a los siguientes:

i) Todos los del TU. IV, L. II Código penal (falsificaciones).

Justificación: Estos son quizás los delitos más comunes en el ámbito empresarial y que se utilizan para cometer diversas infracciones;

ii) Del Tit. VI, L. II Código penal, los comprendidos en los párrafos 3 (rotura de sellos), 4 (embarazos puestos a la ejecución de trabajos públicos), 5 (crímenes y simples delitos de los proveedores), 6 (loterías y juegos prohibidos), 7 (relativos a la industria, al comercio y las subastas públicas), 9 (salud animal y vegetal), 10 (asociaciones ilícitas) y 14 (salud pública):

Justificación: Todos estos delitos regulan la actividad económica que hoy se realiza empresarialmente y el párrafo 10 una forma especial de organización que, cuando se manifiesta bajo la fachada de una personas jurídica, debe ser severamente reprimida.

iii) Del Tit. IX, L. II Código penal, los comprendidos en los párrafos 5bis (receptación), 6 (usurpación de tierras y aguas) y 10 (daños):

Justificación: Se trata de delitos «comunes», pero cuyos resultados -apropiación de tierras, aguas y destrucción de bienes de la competencia- favorecen determinadas actividades económicas frente a otras;

iv) Los cuasidelitos del TU. X, L. II Código Penal y los delitos comprendidos en la Ley de Tránsito:

Justificación: Esta es la fuente de responsabilidad empresarial más habitual hoy en día, a través del Derecho Civil, pero al mismo tiempo ineficiente para asegurar la vida y salud de los trabajadores y de la población en general, como sucede en los casos de construcciones o productos defectuosos y de responsabilidad en el

transporte, donde la organización empresarial puede ayudar a prevenirlos o, por el contrario, a fomentarlos indirectamente mediante turnos extenuantes, falta de control en contrataciones y prestación de servicios, etc.

v) Los delitos ecológicos y de contaminación comprendidos en los Arts. 135 a 139 del Código de Aguas, 138 de la Ley General de Urbanismo y 38 de la Ley de Monumentos Nacionales, y arts. 30y 31 de la Ley de Caza.

Justificación: Los delitos ecológicos y de contaminación de aguas se encuentran comprendidos en diversos tratados internacionales que, al igual que las convenciones de la OCDE, exigen el establecimiento de sanciones "eficaces, disuasivas y proporcionales" a las personas jurídicas.

vi) Los comprendidos en la Ley Antimonopolios (y su reforma en proyecto), y en las leyes de Bancos, AFP, Valores y Seguros:

Justificación: Se trata de ámbitos en los cuales la experiencia reciente ha demostrado la insuficiencia de los mecanismos administrativos para la sanción efectiva, disuasiva y proporcional de los hechos que pueden cometerse (caso farmacias); o en los cuales sólo es posible la participación en el mercado de personas jurídicas (AFP, Bancos, Seguros, Sociedades de Valores)

vii) Los comprendidos en el Código Tributario:

Justificación: Sobra señalar no sólo la necesidad de prevenir la comisión de esta clase de delitos para el adecuado funcionamiento del Estado, sino también la de establecer expresamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas en este ámbito, de manera que la sanción de las infracciones tributarias punibles no recaigan únicamente en personas naturales, que no se aprovechan de la comisión de tales hechos.

viii) Las infracciones punibles relativas a los derechos de los trabajadores y la seguridad social, especialmente las referidas al no pago de cotizaciones previsionales: Justificación: La necesidad de prevenir la creación de "lagunas previsionales" es indiscutible y del interés de la sociedad toda y, por lo mismo, no puede esperarse a la quiebra de las empresas o a los finiquitos masivos de trabajadores para su descubrimiento. Un sistema de prevención de esta clase de delitos, establecido a través de los mecanismos que provee este Proyecto de Ley, es esencial para mantener un sano sistema de seguridad social". Jean Pierre Matus Acuña, "Informe sobre el Proyecto de Ley que establece la Responsabilidad Legal de las Personas Jurídicas en los Delitos de Lavado de Activos, Financiamiento del Terrorismo y Delitos de Cohecho

El inciso 3° del artículo 3° de la Ley 20.393 señala que “los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos”. Mencionaré más adelante estos modelos que, como señala el artículo, permiten exculpar a la persona jurídica si son implementados adecuadamente y antes de la comisión del delito. No necesariamente por el hecho de no implementarse el modelo, se incumpla con los deberes de dirección y supervisión, sino que la falta del modelo debería acompañarse de otras circunstancias que en conjunto den cuenta de una falta en tal sentido.

Se puede decir que en Chile a partir de la entrada en vigencia de la Ley 20.393 rige un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas semejante al del derecho italiano, centrado en obtener la colaboración de las empresas en las labores de prevención del delito, mediante el establecimiento de lo que denomina "modelos de organización, administración y supervisión", cuya efectiva implementación debería ser suficiente para que las personas jurídicas no se vean expuestas a sanciones de carácter penal.

Éste es un sistema que no atribuye directamente responsabilidad penal a las personas jurídicas ("sistema vicaria") ni asume la creencia de que ellas se gobiernan con total autonomía de las personas naturales que toman y ejecutan

que indica, Mensaje N° 018-357", Talca, 2009. versión on line ISSN 0718-0012, que se puede encontrar en el siguiente link: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122009000200010

decisiones relacionadas con la empresa ("sistema de culpabilidad de la empresa"). En vez de eso, para hacer atribuible a la empresa o persona jurídica como organización, deben darse determinadas condiciones por la Ley 20.393 y una de ellas es la atribución de no cumplimiento con las obligaciones de supervisión y dirección en orden a la prevención de las actividades delictivas y, por lo tanto, de implementación de modelos o programas de prevención, cuya ausencia o defectuosa implementación permitiría configurar el tipo y la imposición de sanciones de carácter penal a las personas jurídicas. Por la existencia de tales condiciones para que se verifique la imputabilidad, que dependen de una acción de la empresa o persona jurídica, podría calificarse como un sistema "mixto".

El profesor Jorge Bofill también adhiere a la idea de que en la Ley 20.393 se desarrolla un sistema mixto¹⁵ y señala que cuando se cometen delitos en el interior de la empresa, la persona jurídica puede defenderse alegando que ella se organizó adecuadamente, en los términos que la ley le exige y que el delito base se encuentra en el ámbito de responsabilidad exclusivo de la persona natural.

Del texto de la Ley, en el artículo 3°, se desprende que si la administración de la empresa hubiera implementado un modelo de prevención orientado específicamente al delito cometido, se entenderá que se cumplió con los deberes

¹⁵BOFILL GENZSCH, Jorge, "Estructuras de imputación y prevención de delitos al interior de la persona jurídica", en WILENMANN VON BERHATH, Javier, *Gobiernos Corporativos, Aspectos esenciales de las reformas a su regulación*, Santiago, Universidad Adolfo Ibáñez, 2011, p. 184.

de dirección y supervisión, cuyo incumplimiento es necesario para que la empresa jurídica sea imputable.

El artículo 545 del Código Civil señala que “se llama persona jurídica una persona ficticia capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles y de ser representada judicial y extrajudicialmente”. Este artículo adhiere a la teoría de la ficción de Savigny (“persona ficticia”), es decir, las personas jurídicas son creadas artificialmente y si bien se les considera capaces de poseer patrimonio, carecen de voluntad. Como contraparte, la teoría de la realidad considera que las personas jurídicas existen como entes o instituciones creadas por el hombre para diversos fines y con vida e intereses independientes de las personas que la componen. La teoría de la realidad de las personas jurídicas parece una teoría más coherente con el hecho de su penalización.

La Ley N° 20.393 no distingue respecto del tipo de Persona Jurídica a la cual resulta aplicable¹⁶, por lo tanto no se aplica a todas, puesto que sólo regula la responsabilidad de las personas jurídicas de Derecho Privado y de las Empresas del Estado.

Hay una clasificación fundamental que las diferencia, que es recogida por los artículos 546 y 547 del CC y es que hay personas jurídicas de derecho público y de derecho privado y las primeras se regulan por normas especiales y su creación

¹⁶ Artículo 2° de la Ley 20.393: “Alcances. Las disposiciones de esta ley serán aplicables a las personas jurídicas de derecho privado y a las empresas del Estado”.

y a veces también sus estatutos tienen origen en la ley, mientras que las personas jurídicas de derecho privado surgen por iniciativa de la autonomía de la voluntad de los particulares.

En relación al delito de Cohecho, resulta en principio aplicable a las personas jurídicas privadas a partir de la Ley 20.393 el artículo 250 del CP¹⁷. Es decir, la

¹⁷ “El que diere, ofreciere o consintiere en dar a un empleado público un beneficio económico o de otra naturaleza, en provecho de éste o de un tercero, en razón del cargo del empleado en los términos del inciso primero del artículo 248, o para que realice las acciones o incurra en las omisiones señaladas en los artículos 248, inciso segundo, 248 bis y 249, o por haberlas realizado o haber incurrido en ellas, será castigado con las mismas penas de multa e inhabilitación establecidas en dichas disposiciones.

Tratándose del beneficio dado, ofrecido o consentido en razón del cargo del empleado público en los términos del inciso primero del artículo 248, el sobornante será sancionado, además, 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.

Tratándose del beneficio dado, ofrecido o consentido en relación con las acciones u omisiones del inciso segundo del artículo 248, el sobornante será sancionado, además, con la pena de reclusión menor en sus grados medio a máximo, en el caso del beneficio dado u ofrecido, o de reclusión menor en sus grados mínimo a medio, en el caso del beneficio consentido.

Tratándose del beneficio dado, ofrecido o consentido en relación con las acciones u omisiones señaladas en el artículo 248 bis, el sobornante será sancionado, además, con pena de reclusión menor en su grado máximo a reclusión mayor en su grado mínimo, en el caso del beneficio dado u ofrecido, o de reclusión menor en sus grados medio a máximo, en el caso del beneficio consentido.

Tratándose del beneficio dado, ofrecido o consentido en relación con los crímenes o simples delitos señalados en el artículo 249, el sobornante será sancionado, además, con pena de reclusión menor en su grado máximo a reclusión mayor en su grado mínimo, en el caso del beneficio dado u ofrecido, o con reclusión menor en sus grados medio a máximo, en el caso del beneficio consentido. Las penas previstas

persona jurídica del ámbito privado puede ser sancionada con multas, inhabilitación perpetua o temporal (pero no por reclusión, por no ser una sanción acorde a su naturaleza) por el hecho de ofrecer o consentir en entregar a un funcionario público una dádiva o beneficio económico para realizar un acto propio de sus funciones o por no realizarlo u omitirlo o para cometer un delito y por este hecho la persona jurídica se viera beneficiada en algún modo.

La pregunta planteada al principio de esta tesis es si les pueden ser aplicables los artículos 248, 248 bis y 249 en cuanto agentes directos de la Administración y colaboradores en el ejercicio de la función pública, ya que a pesar de la distinción que hace el CC entre personas jurídicas de derecho público y de derecho privado, en la actualidad la regla general en los nuevo proyectos, fuera de los servicios y organismos públicos de uno de los tres poderes del Estado, es la tercerización con que el Estado chileno ha querido hacerse más eficiente y delegar en la ciudadanía la función de identificar sus propias necesidades, proponer una solución a las mismas y ejecutar dicha solución. Con la reciente modificación el legislador se acerca cada vez más a marcar los límites entre sector público y privado y a pesar de la definición de funcionario público del artículo 260 del CP que sigue la tendencia de los tratados internacionales

en este inciso se aplicarán sin perjuicio de las que además corresponda imponer por la comisión del crimen o simple delito de que se trate.”.

anticorrupción, el legislador hace la distinción entre Estado y quien contrata con el Estado y los sanciona en modo diferente.

En relación a la atribución de responsabilidad, el artículo 3° de la Ley N° 20.393 hace imputable a la persona jurídica por los actos realizados por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o, genéricamente, quienes realicen actividades de administración y supervisión o cuando sean realizadas por otras personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los sujetos mencionados. Es importante la independencia de atribución de responsabilidad que la Ley N° 20.393 establece respecto de las personas naturales y jurídicas de la empresa en el artículo 5° y el hecho de no hacer distinciones entre el tamaño o tipo de empresa que puede ser sancionada. Esto evita la creación de empresas de papel que sirvan sólo para ser sancionadas y cubrir a otras empresas principales que puedan continuar cometiendo, encubriendo o participando de algún modo del delito y además se evita que los procedimientos y estructura externa de la empresa impidan la sanción de la misma a sacrificio de alguno de sus empleados.

Normas de Procedimiento, artículos 20 a 29 de la Ley N° 20.393:

El artículo 20 del Título III de la Ley, señala que si el Ministerio Público toma conocimiento de la presunta participación de los delitos que contempla la Ley respecto de alguna de las personas señaladas en el artículo 3°, deberá ampliar dicha investigación a fin de determinar también la responsabilidad penal de la

persona jurídica. Según el artículo 5° de la Ley, la responsabilidad penal de la persona jurídica es autónoma o independiente de las personas naturales o jurídicas que la componen y subsistirá en caso de muerte o prescripción de la acción penal respecto de ellas y también en caso de decretarse sobreseimiento temporal de la causa por las causales del artículo 252, letras b y c¹⁸.

Y el artículo 21 señala que en lo no regulado por la Ley, se aplicarán las normas que respecto del imputado establece el CPP y las leyes especiales aplicables.

El artículo 22 señala que la formalización de la investigación respecto a un delito imputado a la persona jurídica, se efectuará previa citación del representante de ésta.

El artículo 23 habla de la posibilidad de arrestar al representante legal de la persona jurídica en caso de no presentarse luego de citado a audiencia ante el tribunal, audiencia que deberá efectuarse dentro de las 24 horas siguientes al arresto. Si no fuere habido, deberá nombrarse a solicitud del fiscal, un defensor penal público, quien actuará como curador ad litem en representación de la

¹⁸ Art. 252 CPP: "El juez de garantía decretará el sobreseimiento temporal en los siguientes casos:

b) Cuando el imputado no compareciere al procedimiento y fuere declarado rebelde, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 99 y siguientes, y

c) Cuando después de cometido el delito, el imputado cayere en enajenación mental, de acuerdo con lo dispuesto en el Título VII del Libro IV.

persona jurídica. La reforma de la Ley N° 21.121 agregó un inciso final a este artículo¹⁹.

El artículo 24 excluye la aplicación del principio de oportunidad del artículo 170 del CPP²⁰, mientras que el artículo 25 acepta la procedencia de la suspensión

¹⁹ “Si se formalizare una investigación con respecto a dicho representante por el mismo hecho punible por el cual se investiga la responsabilidad penal de la persona jurídica, cesará su representación, y el tribunal solicitará al órgano competente de aquélla la designación de un nuevo representante, dentro del plazo que le señale. Si transcurrido el tiempo fijado por el tribunal no se notifica la designación ordenada, el tribunal designará al efecto un curador ad litem”.

²⁰ Artículo 170.- Principio de oportunidad. Los fiscales del ministerio público podrán no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada cuando se tratare de un hecho que no comprometiére gravemente el interés público, a menos que la pena mínima asignada al delito excediere la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo o que se tratare de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones.

El ejercicio de esta facultad se regulará mediante instrucciones generales dictadas por el Ministerio Público, con el objetivo de establecer un uso racional de la misma.

Para estos efectos, el fiscal deberá emitir una decisión motivada, la que comunicará al juez de garantía. Éste, a su vez, la notificará a los intervinientes, si los hubiere.

Dentro de los diez días siguientes a la comunicación de la decisión del fiscal, el juez, de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, podrá dejarla sin efecto cuando considerare que aquél ha excedido sus atribuciones en cuanto la pena mínima prevista para el hecho de que se tratare excediere la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo, o se tratare de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones. También la dejará sin efecto cuando, dentro del mismo plazo, la víctima manifestare de cualquier modo su interés en el inicio o en la continuación de la persecución penal.

La decisión que el juez emitiere en conformidad al inciso anterior obligará al fiscal a continuar con la persecución penal. Una vez vencido el plazo señalado en el inciso tercero o rechazada por el juez la

condicional del procedimiento, siempre y cuando no exista una condena u otra suspensión condicional del procedimiento vigente. La suspensión provisional sólo podrá durar entre tres meses y tres años y el juez de garantía que la ordena debe ordenar determinadas condiciones para la persona jurídica que enumera el artículo 25²¹.

reclamación respectiva, los intervinientes contarán con un plazo de diez días para reclamar de la decisión del fiscal ante las autoridades del Ministerio Público.

Conociendo de esta reclamación, las autoridades del ministerio público deberán verificar si la decisión del fiscal se ajusta a las políticas generales del servicio y a las normas que hubieren sido dictadas al respecto. Transcurrido el plazo previsto en el inciso precedente sin que se hubiere formulado reclamación o rechazada ésta por parte de las autoridades del ministerio público, se entenderá extinguida la acción penal respecto del hecho de que se tratare.

La extinción de la acción penal de acuerdo a lo previsto en este artículo no perjudicará en modo alguno el derecho a perseguir por la vía civil las responsabilidades pecuniarias derivadas del mismo hecho.

²¹ Artículo 25: "... las siguientes condiciones:

- 1) Pagar una determinada suma a beneficio fiscal.
- 2) Prestar un determinado servicio a favor de la comunidad.
- 3) Informar periódicamente su estado financiero a la institución que se determinare.
- 4) Implementar un programa para hacer efectivo el modelo de organización, administración y supervisión a que se refiere el artículo 4°.
- 5) Cualquiera otra condición que resulte adecuada en consideración a las circunstancias del caso concreto y fuere propuesta, fundadamente, por el Ministerio Público.

Procedimiento aplicable, artículos 26 y 27 de la Ley 20.393:

El artículo 26 señala que “Si el fiscal, al acusar o requerir de acuerdo a las normas del procedimiento simplificado, solicitare la aplicación de alguna de las penas contempladas para los simples delitos, en su grado mínimo, el conocimiento y fallo de aquéllas se realizará conforme a las normas del procedimiento simplificado.

En los casos en que el fiscal acusare solicitando sólo penas de crimen o de simple delito en su grado medio, su conocimiento y fallo se realizará conforme a las normas del juicio oral del Título III del Libro II del Código Procesal Penal...

...Respecto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no será procedente el procedimiento monitorio”.

Y el artículo 27 dice que el procedimiento abreviado de los artículos 406 y siguientes del CPP “será aplicable para determinar la responsabilidad y para imponer las sanciones establecidas en la presente ley.

Se seguirá este procedimiento para conocer y fallar los hechos respecto de los cuales el fiscal requiriere la imposición de una o más penas de simple delito.

El tribunal no podrá imponer una pena superior ni más desfavorable a la requerida por el fiscal”.

A las personas jurídicas que no tengan los medios se les podrá procurar un Defensor Penal Público por el juez (artículo 28). Y en caso de que la pena fuere de simple delito en su grado mínimo, el tribunal podrá, excepcionalmente y por resolución fundada, considerando el número de trabajadores y las ventas anuales

netas o montos de exportación, “disponer la suspensión de la condena y sus efectos por un plazo no inferior a 6 meses ni superior a dos años”, pudiendo en todo caso aplicar la pena de comiso. Transcurrido el plazo señalado sin nuevo requerimiento o formalización de la investigación, el tribunal dejará sin efecto la sentencia y decretará en su reemplazo el sobreseimiento definitivo de la causa. Cualquiera sea la pena, se aplicará igualmente la suspensión en el caso de empresas “que prestan un servicio de utilidad pública cuya interrupción pudiere causar graves consecuencias sociales y económicas o daños serios a la comunidad... ..Esta suspensión no afecta la responsabilidad civil derivada del delito” (Art. 29).

Las Penas, artículos 8 a 19 de la Ley 20.393

Atenuantes y agravantes, artículos 6 y 7 de la Ley 20.393:

El artículo 6° de la Ley señala que serán atenuantes de responsabilidad de la persona jurídica las contempladas en los números 7 y 9 del artículo 11 del CP, es decir, “si ha procurado con celo reparar el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias” (n° 7) o “si ha colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos” (n° 9) y también la adopción de medidas eficaces para prevenir la reiteración de la misma clase de delitos que se le imputan. Respecto del numeral 9 del artículo 11 del CP mencionado, señala el artículo 6 que “se entenderá especialmente que la persona jurídica colabora sustancialmente cuando, en cualquier estado de la investigación o del

procedimiento judicial, sus representantes legales hayan puesto, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, el hecho punible en conocimiento de las autoridades o aportado antecedentes para establecer los hechos investigados”.

El artículo 7° dice que “es circunstancia agravante de la responsabilidad penal de la persona jurídica, el haber sido condenada, dentro de los 5 años anteriores, por el mismo delito”.

El artículo 8° señala las penas que son aplicables a la persona jurídica:

“1) Disolución de la persona jurídica o cancelación de la personalidad jurídica.

Esta pena no se aplicará a las empresas del Estado ni a las personas jurídicas de derecho privado que presten un servicio de utilidad pública cuya interrupción pudiere causar graves consecuencias sociales y económicas o daños serios a la comunidad, como resultado de la aplicación de dicha pena.

2) Prohibición temporal o perpetua de celebrar actos y contratos con el Estado (antes de la reforma de la Ley 21.121 decía “con los organismos del Estado”).

3) Pérdida parcial o total de beneficios fiscales o prohibición absoluta de recepción de los mismos por un período determinado.

4) Multa a beneficio fiscal.

5) Las penas accesorias previstas en el artículo 13”.

Según el artículo 9 la disolución de la persona jurídica o cancelación de la personalidad jurídica, “producirá la pérdida definitiva de la personalidad jurídica” y la sentencia señalará (si no hubiere disposición especial aplicable) los

liquidadores, que además de la liquidación de la persona jurídica, deberán realizar determinados actos o contratos²². Pero el juez también puede por resolución fundada ordenar la enajenación de todo o parte del activo de la persona jurídica disuelta “en subasta pública y al mejor postor”.

Agrega el artículo 9 que la pena de disolución de la personalidad jurídica sólo se podrá imponer en los casos de la agravante del artículo 7° (“haber sido condenada, dentro de los cinco años anteriores, por el mismo delito”) o cuando se condene por crímenes cometidos en carácter de reiterados, de conformidad a lo establecido en el artículo 351 del Código Procesal Penal. Esto puede tener relación con una intención del legislador de sancionar una estructura organizada para cometer delitos.

²²“...actos o cntratos necesarios para:

“1) Concluir toda actividad de la persona jurídica, salvo aquellas que fueren indispensables para el éxito de la liquidación;

2) Pagar los pasivos de la persona jurídica, incluidos los derivados de la comisión del delito. Los plazos de todas esas deudas se entenderán caducados de pleno derecho, haciéndolas inmediatamente exigibles, y su pago deberá realizarse respetando plenamente las preferencias y la prelación de créditos establecidas en el Título XLI del Libro IV del Código Civil, particularmente los derechos de los trabajadores de la persona jurídica, y

3) Repartir los bienes remanentes entre los accionistas, socios, dueños o propietarios, a prorrata de sus respectivas participaciones. Lo anterior se entenderá sin perjuicio del derecho de los afectados para perseguir el resarcimiento de los perjuicios sufridos contra los responsables del delito. En el caso de las sociedades anónimas se aplicará lo establecido en el artículo 133 bis de la ley N°18.046.

El artículo 10 dice que la prohibición de celebrar actos y contratos con organismos del Estado “consiste en la prohibición de contratar a cualquier título con órganos o empresas del Estado o con empresas o asociaciones en que éste tenga una participación mayoritaria; así como la prohibición de adjudicarse cualquier concesión otorgada por el Estado” y que “se ceñirá a la siguiente escala:

- 1) Prohibición perpetua de celebrar actos y contratos con el Estado.
- 2) Prohibición temporal de celebrar actos y contratos con el Estado. Su duración se graduará del siguiente modo:
 - a) En su grado mínimo: de dos a tres años.
 - b) En su grado medio: de tres años y un día a cuatro años.
 - c) En su grado máximo: de cuatro años y un día a cinco años”.

La pena de prohibición, una vez ejecutoriada, será comunicada a la Dirección de Compras y Contratación Pública que “mantendrá un registro actualizado de las personas jurídicas a las que se les haya impuesto esta pena”.

El artículo 11 se refiere a la pérdida parcial o total de beneficios fiscales o suspensión de los mismos por un período determinado. Define beneficios fiscales como “aquellos que otorga el Estado o sus organismos por concepto de subvenciones sin prestación recíproca de bienes o servicios y, en especial, subsidios para financiamiento de actividades específicas o programas especiales y gastos inherentes o asociados a la realización de éstos, sea que tales recursos se asignen a través de fondos concursables o en virtud de leyes permanentes o subsidios, subvenciones en áreas especiales o contraprestaciones establecidas

en estatutos especiales y otras de similar naturaleza”. Y a continuación establece una graduación aplicable a esta pena:

“1) En su grado mínimo: pérdida del veinte al cuarenta por ciento del beneficio fiscal.

2) En su grado medio: pérdida del cuarenta y uno al setenta por ciento del beneficio fiscal.

3) En su grado máximo: pérdida del setenta y uno al cien por ciento del beneficio fiscal”.

Y agrega, “En caso que la persona jurídica no sea acreedora de tales beneficios fiscales, se podrá aplicar como sanción la prohibición absoluta de percibirlos por un período de entre dos y cinco años”. La imposición de esta pena deberá ser comunicada “a la Secretaría y Administración General del Ministerio de Hacienda y a la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo del Ministerio del Interior, con el fin de que sea consignada en los registros centrales de colaboradores del Estado y Municipalidades que, respectivamente, la ley N° 19.862 les encomienda administrar”.

El artículo 12 se refiere a la pena de multa, que podrá pagarse por parcialidades y su aplicación deberá comunicarse “a la Tesorería General de la República, quien se hará cargo de su cobro y pago”. La pena de multa “se graduará del siguiente modo:

1) En su grado mínimo: desde cuatrocientas a cuatro mil unidades tributarias mensuales.

2) En su grado medio: desde cuatro mil una a cuarenta mil unidades tributarias mensuales.

3) En su grado máximo: desde cuarenta mil una a trescientas mil unidades tributarias mensuales”. La última reforma aumentó el monto de las penas de multa de los tres numerales del artículo 12.

El artículo 13 se refiere a las penas accesorias a las señaladas en los artículos anteriores:

“1) Publicación de un extracto de la sentencia... ...La persona jurídica sancionada asumirá los costos de esa publicación.

2) Comiso. El producto del delito y demás bienes, efectos, objetos, documentos, instrumentos, dineros o valores del mismo serán decomisados. Cuando por cualquier circunstancia no sea posible decomisar estas especies, se podrá aplicar el comiso a una suma de dinero equivalente a su valor.

Asimismo, en todos los casos, se decomisarán los activos patrimoniales cuyo valor correspondiere a la cuantía de las ganancias obtenidas a través de la perpetración del delito.

Dichas ganancias comprenden los frutos obtenidos y las utilidades que se hubieren originado, cualquiera que sea su naturaleza jurídica.

Sin embargo, no podrá imponerse el comiso respecto de las ganancias obtenidas por o para una persona jurídica y que hubieren sido distribuidas entre sus socios, accionistas o beneficiarios que no hubieren tenido conocimiento de su procedencia ilícita al momento de su adquisición.

3) En los casos que el delito cometido suponga la inversión de recursos de la persona jurídica superiores a los ingresos que ella genera, se impondrá como pena accesoria el entero en arcas fiscales de una cantidad equivalente a la inversión realizada”. La última reforma modificó el numeral número 2 del artículo 13.

De la determinación de las penas, artículos 14 y siguientes de la Ley N° 20.393. El artículo 14 establece una Escala general aplicable a las personas jurídicas para determinar la pena en relación a la prevista para el delito correspondiente
“1.- Penas de crímenes.

- a) Disolución de la persona jurídica o cancelación de la personalidad jurídica.
- b) Prohibición de celebrar actos y contratos con el Estado en su grado máximo a perpetuo.
- c) Pérdida de beneficios fiscales en su grado máximo o prohibición absoluta de recepción de los mismos de tres años y un día a cinco años.
- d) Multa a beneficio fiscal, en su grado máximo.

En estos casos siempre se aplicarán como accesorias las penas mencionadas en el artículo 13”. Esta pena nunca es aplicable en el caso del Cohecho, sin perjuicio de la aplicación de la pena correspondiente por la realización del delito a que se refiere el artículo 249.

“2.- Penas de simples delitos.

a) Prohibición temporal de celebrar actos y contratos con el Estado en su grado mínimo a medio.

b) Pérdida de beneficios fiscales en su grado mínimo a medio o prohibición absoluta de recepción de los mismos de dos a tres años.

c) Multa en su grado mínimo a medio.

En estos casos siempre se aplicarán como accesorias las penas mencionadas en el artículo 13”. Éstas son las penas que correspondería aplicar en el caso del Cohecho del 250 y 251 bis a las personas jurídicas involucradas, por expresa disposición del artículo 15 de la Ley 20.393. Y en el caso que la persona jurídica involucrada se encontrara ejerciendo una función pública, y por lo tanto se le aplicaran los artículos 248, 248 bis y 249, también le resultaría esta norma por tratarse de simples delitos, sin perjuicio de la pena aplicable por la realización del delito que motivó el Cohecho que señala el artículo 249.

El artículo 16 señala las circunstancias modificatorias de responsabilidad: “En caso de concurrir una circunstancia atenuante y ninguna agravante, tratándose de simples delitos se aplicarán sólo dos de las penas contempladas en el artículo 14, debiendo imponerse una de ellas en su grado mínimo”.

Y agrega en su inciso 2°, 3° y 4°: “En caso de concurrir la circunstancia agravante contemplada en esta ley y ninguna atenuante, tratándose de simples delitos el tribunal aplicará todas las penas en su grado máximo”, y la reforma de la Ley 21.121 agrega “o la disolución o cancelación”. Luego señala, “Si concurren dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante, tratándose de simples

delitos el tribunal deberá aplicar sólo una pena, pudiendo recorrerla en toda su extensión...

Si concurren varias atenuantes y la agravante prevista en esta ley, ésta se compensará racionalmente con alguna de las atenuantes, debiendo ajustarse las penas conforme a los incisos anteriores”.

El artículo 17 señala criterios en base a los cuales se hará la determinación judicial de la pena, “para regular la cuantía y naturaleza de las penas”:

- 1) Los montos de dinero involucrados en la comisión del delito.
- 2) El tamaño y la naturaleza de la persona jurídica.
- 3) La capacidad económica de la persona jurídica.
- 4) El grado de sujeción y cumplimiento de la normativa legal y reglamentaria y de las reglas técnicas de obligatoria observancia en el ejercicio de su giro o actividad habitual.
- 5) La extensión del mal causado por el delito.
- 6) La gravedad de las consecuencias sociales y económicas o, en su caso, los daños serios que pudiere causar a la comunidad la imposición de la pena, cuando se trate de empresas del Estado o de empresas que presten un servicio de utilidad pública”.

Resultan especialmente relevantes para efectos de esta tesis los numerales 5 y 6, respecto a la función desempeñada por el funcionario público que recibe el cohecho, pero también para tener en cuenta la labor que respecto a la sociedad desempeña la persona jurídica, es decir, el servicio que la persona jurídica brinda

o debiera brindar a la comunidad, según sus estatutos, según su relación con el Estado y su mayor o menor colaboración con determinados organismos públicos en sus respectivos ámbitos en el ejercicio de la función pública. Existe una sinergia particular entre el Estado de Chile y los particulares que hace que los roles no se encuentren perfectamente delimitados. Al colaborar con las funciones de la Administración, una persona jurídica, manifestación de la organización ciudadana que participa involucrándose en las tareas de interés comunitario, será juzgada como si fuera un particular en relación al Cohecho cuando soborna a algún agente del Estado para obtener un beneficio o privilegio, y no como si la misma persona jurídica fuera un agente de la Función Administrativa pública. Aun así, la persona jurídica forma parte de la red de colaboradores de la función pública y como tal tiene una responsabilidad social, un compromiso con su función, que si no se cumple, puede ser sancionado y la pena puede atenuarse, pero también agravarse (si la función pudiera ser realizada por otra organización) en virtud del Art. 17 de la Ley 20.393 N° 6 según la importancia de la función desempeñada, así como también del N° 5 y del N° 2 en relación a la naturaleza de la persona jurídica.

Según la trascendencia del servicio otorgado por la persona jurídica, el impacto que su actividad tenga a nivel local o nacional y el perjuicio para la comunidad de la suspensión o interrupción del servicio, el tribunal puede rebajar o no aplicar la pena o también aumentarla, en relación a la relevancia de las personas jurídicas y buscando favorecer el bien común y en cumplimiento del artículo 1° de la

Constitución, teniendo en cuenta que la relación de toda persona jurídica con el Estado no puede adolecer de privilegio alguno. Por lo tanto, esta norma se complementa en la aplicación de las penas con las sanciones que figuran en el art. 250 del CP.

El artículo 18 señala que “en el caso de transformación, fusión, absorción, división o disolución de común acuerdo o voluntaria de la persona jurídica responsable de uno o más de los delitos a que se refiere el artículo 1º, su responsabilidad derivada de los delitos cometidos con anterioridad a la ocurrencia de alguno de dichos actos se transmitirá a la o las personas jurídicas resultantes de los mismos, si las hubiere, de acuerdo a las reglas siguientes, todo ello sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

1) Si se impone la pena de multa, en los casos de transformación, fusión o absorción de una persona jurídica, la persona jurídica resultante responderá por el total de la cuantía. En el caso de división, las personas jurídicas resultantes serán solidariamente responsables del pago de la misma.

2) En los casos de disolución de común acuerdo de una persona jurídica con fines de lucro, la multa se transmitirá a los socios y partícipes en el capital, quienes responderán hasta el límite del valor de la cuota de liquidación que se les hubiere asignado.

3) Si se trata de cualquiera otra pena, el juez valorará, atendiendo a las finalidades que en cada caso se persiguen, su conveniencia.

Para adoptar esta decisión deberá atender sobre todo a la continuidad sustancial de los medios materiales y humanos y a la actividad desarrollada.

4) Desde que se hubiere solicitado la audiencia de formalización de la investigación en contra de una persona jurídica sin fines de lucro y hasta la sentencia absolutoria o condenatoria y en tanto ésta no esté cumplida, no podrá concederse la autorización del inciso primero del artículo 559 del Código Civil”.

La autorización del inciso primero del artículo 559 CC se refiere a la posibilidad de disolución de la persona jurídica por el vencimiento del plazo de su duración (letra a), por acuerdo de la asamblea general extraordinaria (letra b) o por sentencia judicial ejecutoriada, es decir, dentro de la sentencia absolutoria o condenatoria se determina la disolución de la persona jurídica.

Finalmente, el artículo 19 dice que “la responsabilidad penal de la persona jurídica se extingue por las mismas causales señaladas en el artículo 93 del Código Penal, salvo la prevista en su número 1”. El número uno es por la muerte del responsable.

El artículo 27 señala que “el tribunal no podrá imponer una pena superior ni más desfavorable a la requerida por el fiscal”. Me remito a lo ya señalado por los artículos 25 respecto a la suspensión condicional del procedimiento, 26 y 27 respecto a la determinación del procedimiento aplicable y a la aplicación específicamente del procedimiento abreviado en base a la pena asignada al delito y 29 sobre suspensión de la condena en determinadas situaciones, reiterando la importancia de la función social desempeñada por la persona

jurídica y a la afectación de la comunidad con la aplicación de la pena a la persona jurídica, así como otros factores como su tamaño.

Los modelos de prevención.

Se trata de códigos o manuales que cada empresa puede elaborar para sí mismas y que debe contener determinados elementos que señala la Ley 20.393 en su artículo 4^o²³.

²³ Artículo 4^o.- Modelo de prevención de los delitos. Para los efectos previstos en el inciso tercero del artículo anterior, las personas jurídicas podrán adoptar el modelo de prevención a que allí se hace referencia, el que deberá contener a lo menos los siguientes elementos:

1) Designación de un encargado de prevención.

a) La máxima autoridad administrativa de la persona jurídica, sea ésta su directorio, un socio administrador, un gerente, un ejecutivo principal, un administrador, un liquidador, sus representantes, sus dueños o socios, según corresponda a la forma de administración de la respectiva entidad, en adelante la "Administración de la Persona Jurídica", deberá designar un encargado de prevención, quien durará en su cargo hasta tres años, el que podrá prorrogarse por períodos de igual duración.

b) El encargado de prevención deberá contar con autonomía respecto de la Administración de la Persona Jurídica, de sus dueños, de sus socios, de sus accionistas o de sus controladores. No obstante, podrá ejercer labores de contraloría o auditoría interna.

En el caso de las personas jurídicas cuyos ingresos anuales no excedan de cien mil unidades de fomento, el dueño, el socio o el accionista controlador podrán asumir personalmente las tareas del encargado de prevención.

2) Definición de medios y facultades del encargado de prevención.

La Administración de la Persona Jurídica deberá proveer al encargado de prevención los medios y facultades suficientes para el desempeño de sus funciones, entre los que se considerarán a lo menos:

a) Los recursos y medios materiales necesarios para realizar adecuadamente sus labores, en consideración al tamaño y capacidad económica de la persona jurídica.

b) Acceso directo a la Administración de la Persona Jurídica para informarla oportunamente por un medio idóneo, de las medidas y planes implementados en el cumplimiento de su cometido y para rendir cuenta de su gestión y reportar a lo menos semestralmente.

3) Establecimiento de un sistema de prevención de los delitos.

El encargado de prevención, en conjunto con la Administración de la Persona Jurídica, deberá establecer un sistema de prevención de los delitos para la persona jurídica, que deberá contemplar a lo menos lo siguiente:

a) La identificación de las actividades o procesos de la entidad, sean habituales o esporádicos, en cuyo contexto se genere o incremente el riesgo de comisión de los delitos señalados en el artículo 1°.

b) El establecimiento de protocolos, reglas y procedimientos específicos que permitan a las personas que intervengan en las actividades o procesos indicados en el literal anterior, programar y ejecutar sus tareas o labores de una manera que prevenga la comisión de los mencionados delitos.

c) La identificación de los procedimientos de administración y auditoría de los recursos financieros que permitan a la entidad prevenir su utilización en los delitos señalados.

d) La existencia de sanciones administrativas internas, así como de procedimientos de denuncia o persecución de responsabilidades pecuniarias en contra de las personas que incumplan el sistema de prevención de delitos.

Estas obligaciones, prohibiciones y sanciones internas deberán señalarse en los reglamentos que la persona jurídica dicte al efecto y deberán comunicarse a todos los trabajadores. Esta normativa interna deberá ser incorporada expresamente en los respectivos contratos de trabajo y de prestación de servicios de todos los trabajadores, empleados y prestadores de servicios de la persona jurídica, incluidos los máximos ejecutivos de la misma.

4) Supervisión y certificación del sistema de prevención de los delitos.

a) El encargado de prevención, en conjunto con la Administración de la Persona Jurídica, deberá establecer métodos para la aplicación efectiva del modelo de prevención de los delitos y su supervisión a fin de detectar y corregir sus fallas, así como actualizarlo de acuerdo al cambio de circunstancias de la respectiva entidad.

b) Las personas jurídicas podrán obtener la certificación de la adopción e implementación de su modelo de prevención de delitos. En el certificado constará que dicho modelo contempla todos los requisitos

“Se requiere una evaluación de los riesgos y la redacción de un manual sobre la base de la evaluación indicada, que puede efectuarse internamente por la empresa, o externamente, a través de una auditoría de riesgos”²⁴. Dicha auditoría debe cumplir con los requisitos señalados en el artículo 4°, pero puede derivar en un modelo absolutamente autónomo y adaptado a la “arquitectura” de la empresa o persona jurídica. Luego es posible obtener una certificación de la suficiencia del modelo, certificado que podrá ser expedido “por empresas de auditoría externa, sociedades clasificadoras de riesgo u otras entidades registradas ante la Superintendencia de Valores y Seguros” – hoy, Comisión para el Mercado Financiero - (inciso final del artículo 4°, Ley 20.393).

Para el diseño del modelo, cada entidad que quiere cumplir con este presupuesto de inimputabilidad, debe nombrar un encargado de prevención de los delitos posibles de ser cometidos, quien será independiente de las autoridades de la

establecidos en los numerales 1), 2) y 3) anteriores, en relación a la situación, tamaño, giro, nivel de ingresos y complejidad de la persona jurídica.

Los certificados podrán ser expedidos por empresas de auditoría externa, sociedades clasificadoras de riesgo u otras entidades registradas ante la Superintendencia de Valores y Seguros que puedan cumplir esta labor, de conformidad a la normativa que, para estos efectos, establezca el mencionado organismo fiscalizador.

c) Se entenderá que las personas naturales que participan en las actividades de certificación realizadas por las entidades señaladas en la letra anterior cumplen una función pública en los términos del artículo 260 del Código Penal.

²⁴ Sergio Peña Neira, “La Responsabilidad Penal de las Empresas en Chile”, Editorial Metropolitana, año 2010, pp50.

persona jurídica, es decir, ejercerá su cargo con absoluta autonomía y en aquellas personas jurídicas cuyos ingresos anuales sean inferiores a las 100.000 UF, el encargado de prevención puede ser el dueño, socio o accionistas (Art. 4° N° 1 letra b, Ley 20.393).

El número dos del referido artículo 4°, señala que la Administración de la persona jurídica deberá proveer al encargado de prevención de los medios y facultades suficientes, lo que incluye elementos técnicos y económicos. Los recursos entregados deben ir en proporción con el tamaño de la empresa respecto de la cual se hará el modelo y además el encargado de prevención puede relacionarse directamente con la Administración de la persona jurídica sin limitaciones de tiempo, lugar o medio, para informarse de todos los actos jurídicos y materiales necesarios en forma oportuna, en modo de realizar un control adecuado de la gestión de la empresa y efectuar una cuenta de lo observado, que según el artículo 4° de la Ley debe hacerse a lo menos semestralmente.

Luego de observar suficientemente el esquema de la empresa, el encargado de prevención debe ofrecer un “sistema de prevención de delitos”, que según el artículo 4° n° 3, a lo menos debe identificar (explicitar) las actividades o procesos habituales o esporádicos que impliquen un riesgo de comisión de los 3 delitos que sanciona la Ley; establecer protocolos, reglas y procedimientos de auditoría que prevengan los delitos y un sistema de sanciones interna por los incumplimientos del sistema de prevención. Además, “Estas obligaciones, prohibiciones y sanciones internas deberán señalarse en los reglamentos que la

persona jurídica dicte al efecto y deberán comunicarse a todos los trabajadores. Esta normativa interna deberá ser incorporada expresamente en los respectivos contratos de trabajo y de prestación de servicios de todos los trabajadores, empleados y prestadores de servicios de la persona jurídica, incluidos los máximos ejecutivos de la misma” (Art. 4° N° 3, letra d, Ley 20.393).

Por último, el sistema de prevención de riesgos debe ser supervisado y certificado. Su supervisión e implementación se realizará por el encargado de prevención y puede hacerlo en conjunto con la administración de la misma empresa, mientras que la certificación del sistema podrá ser expedida por empresas, personas jurídicas, empresas de auditoría externa, sociedades clasificadoras de riesgo u otras entidades registradas ante la Superintendencia de Valores y Seguros – hoy, Comisión para el Mercado Financiero - , todos los cuales se entiende que en este cometido ejercen una función pública en los términos del artículo 260 del CP (Art. 4° N° 4 letra c) Ley 20.393).

Capítulo III

Los Tratados internacionales anticorrupción

La penalización de las personas jurídicas, así como las reformas realizadas al delito de Cohecho y otros que afectan la probidad de los funcionarios del Estado, han obedecido al cumplimiento de los tratados internacionales anticorrupción ratificados por Chile que representaron una importante herramienta y directriz para justificar una corrección legislativa en esta materia.

En un contexto en el que Chile pretendía incorporarse a la OCDE, fue configurándose un sistema particular en el cual el Estado se aligera entregando parte de sus funciones a la ciudadanía, aumentando la participación social, no sólo en el desempeño de funciones públicas, sino también como agente fiscalizador del sistema. De este modo, estableció un mecanismo de transparencia para solicitar información a la Administración pública y un agente, el Consejo para la Transparencia, que vela por que se cumpla con la normativa aplicable a la obligación de Transparencia y Probidad de los órganos de la Administración Pública, entre otras tareas.

También se implementó un sistema de comunicación digitalizada entre el Estado y los ciudadanos, donde cada órgano tiene su plataforma web y un link para las gestiones relacionadas con la transparencia de la información pública, su publicación permanente y requerimientos a través de la web que tienen la misma formalidad que si fueran presentados en formato papel. El Estado se cuida de los

vaivenes de la economía evitando enormes gastos fijos en estructuras administrativas para cada nueva necesidad, decidiendo cada año cómo utilizar los montos disponibles y abriendo licitaciones, concursos y proyectos a los ciudadanos para que hagan sus propuestas en cada área.

Desde hace varias décadas en el contexto global, existe en los Estados la necesidad de establecer sanciones eficaces, proporcionales y disuasivas para las personas jurídicas.

En agosto de 1970, en el contexto del cuarto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, realizado en Kyoto (Japón), William Clifford, Secretario Ejecutivo del Congreso, se pronunció en su discurso sobre el tema en los siguientes términos:

"El problema del crimen en el mundo interesa a la ONU por muchas razones. Evidentemente, está directamente vinculado al objetivo principal de la Organización de sus Estados miembros: la paz mundial. Porque la paz es indivisible y no puede considerarse independientemente de la acción recíproca de los pueblos, tanto en la esfera interna, como a un lado y otro de las fronteras. Cabe pensar que media una gran distancia entre los crímenes cometidos por asociaciones de delincuentes, los robos a mano armada, los abusos de confianza y la diplomacia internacional y las negociaciones entre los miembros del Consejo de Seguridad. Sin embargo, los asesinatos, la piratería, los secuestros internacionales han causado guerras. Hoy en día el tráfico ilícito de estupefacientes, el contrabando de armas, las exportaciones ilegales de oro, el

secuestro de diplomáticos, el desvío de aeronaves y su sabotaje, la protección concedida a los criminales que huyen, constituyen causas de tensión y conflictos internacionales...".

El Mensaje N° 018-357, que dio inicio a la tramitación de la Ley que estableció en Chile la "responsabilidad legal" de las personas jurídicas para ciertos delitos, señala que la reforma se efectúa para la satisfacción de un motivo principal: "nuestras obligaciones en el plano del Derecho internacional".

El Mensaje expresamente señala que la "tendencia" (esta palabra es puesta entre comillas en el Mensaje) tanto en el derecho comparado como en los tratados internacionales y la doctrina, es "favorecer el establecimiento de sanciones "eficaces, proporcionadas y disuasivas", y el "cumplimiento" de ciertos "objetivos", a saber: i) "la satisfacción de los compromisos internacionales adoptados por Chile"; ii) "el perfeccionamiento de nuestro ordenamiento jurídico, para situarnos al nivel de los países desarrollados"; y iii) el establecimiento de mecanismos que incentiven a las empresas para que "adopten medidas de autorregulación". Es decir, el cumplimiento de las obligaciones y de la imagen del Estado a nivel internacional, por un lado, y por otro, entregar en la sociedad civil la responsabilidad de hacerse cargo de la prevención y autorregulación en este ámbito.

Estableciendo una efectiva responsabilidad penal de las personas jurídicas, se cumpliría no sólo con las condiciones mínimas que la ÓCDE estima necesarias para sus miembros plenos, sino también se posibilitaría el cumplimiento efectivo

de las medidas de control de la criminalidad comprendidas en diversos tratados internacionales que Chile ha suscrito y se encuentran vigentes.

La actual estrategia de la Oficina de las Naciones Unidas sobre Drogas y Crimen las Naciones Unidas, que se relaciona con Chile por haberse suscrito varios de los tratados concernientes a tal departamento, a saber, los relativos a drogas, crimen organizado, tráfico de personas, lavado de dinero, corrupción y terrorismo, se orienta a establecer alguna o varias de las siguientes obligaciones internacionales en materia penal:

- Que los Estados Parte tipifiquen determinados delitos, los cuales, siendo de carácter común, pueden tener efectos transnacionales.
- Que los Estados Parte impongan, además, el más amplio comiso posible de los bienes producto de dichos delitos.
- Que los Estados Parte establezcan medidas para hacer efectiva la responsabilidad de las personas jurídicas por su participación en tales delitos.
- Que los Estados Parte adopten reglas que favorezcan la delación compensada como eximente o atenuante, ya sea en la forma de ofrecer la posibilidad de una acusación anónima u otras medidas.

Existen tanto "técnicas convencionales", que obligan a que los Estados Parte informen periódicamente de los avances en la materia a alguna autoridad designada en el Tratado respectivo junto con la técnica de encomendar a un organismo internacional la vigilancia y verificación del cumplimiento del Tratado,

con base en sus facultades generales, como sucede típicamente con la labor de la UNODC (United Nations Office on Drugs and Crime) oficina de las Naciones Unidas que entre otras tareas provee de asistencia legal, elabora legislaciones modelos y guías para su implementación, entrena a legisladores, jueces y fiscales y da asesoría técnica para facilitar la colaboración en un proceso judicial²⁵. Su link oficial en la página de la ONU en Chile es: <http://www.onu.cl/es/tag/unodc/>.

En la actualidad se busca establecer un sistema de sanciones eficaces, proporcionales y disuasivas, sean monetarias o de otro tipo. Un ordenamiento legislativo que sólo contempla sanciones civiles, cuya finalidad es

²⁵ Guías Legislativas elaboradas por la UNODC para la implementación de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000:

"13. Se recomienda que los legisladores verifiquen la coherencia con otros delitos, definiciones y usos legislativos antes de emplear las formulaciones o la terminología de la Convención. La Convención se redactó con fines generales y va dirigida a los gobiernos nacionales. Por consiguiente, su nivel de abstracción es mayor que el necesario para la legislación interna. De ahí que los legisladores deban tener cuidado de no incorporar literalmente partes del texto. En lugar de ello, se les anima a que capten el espíritu y significado de los distintos artículos...".

"43. Los legisladores nacionales deberán concentrarse en la sustancia y el espíritu de la Convención, y no intentar traducir simplemente su texto o incluirlo literalmente en nuevas leyes o enmiendas. La redacción de leyes sobre nuevos delitos y su aplicación, incluidos los medios jurídicos de defensa y demás principios jurídicos, quedan reservadas a los Estados Parte (...). Por consiguiente, los legisladores deben cerciorarse de que los nuevos artículos estén en consonancia con la tradición jurídica, los principios y las leyes fundamentales del propio país. Así se evitará el riesgo de conflictos e incertidumbre acerca de la interpretación de las nuevas disposiciones por parte de los tribunales o los jueces".

preeminentemente reparatoria o compensatoria y administrativas, que por quedar reservadas a organismos cuyas resoluciones no producen el efecto comunicacional de la justicia criminal, difícilmente pueden considerarse suficientemente proporcionales y disuasivas ante los graves delitos en los cuales puede verse involucrada una persona jurídica. Y si bien la Ley 20.393 representa un gran avance en este sentido, hay una larga lista de otros delitos que también deberían ser sancionados penalmente respecto de la persona jurídica.

Convención Interamericana contra la Corrupción

La Convención se celebró el 29 de octubre de 1996 en Caracas, Venezuela y fue publicada en el Diario Oficial de Chile el 2 de Febrero de 1999. En el preámbulo de esta Convención se expresa el convencimiento de que la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, que el buen ejercicio de la democracia representativa exige combatir activamente la corrupción y que esta lucha “fortalece las instituciones democráticas, evita distorsiones en la economía, vicios en la gestión pública y el deterioro de la moral social”. También queda claro la premura por combatir la corrupción ante la evidencia de “vínculos cada vez más estrechos entre la corrupción y los ingresos provenientes del tráfico ilícito de estupefacientes”.

En el artículo primero define los conceptos de “bienes”, “función pública” y “funcionario público”. Si bien la definición de funcionario público da a entender que debe tratarse de un agente más bien permanente y dependiente en forma

directa del Estado, esto no parece inequívoco y de la definición de “función pública” se puede claramente colegir que esta actividad puede ser realizada por una persona natural externa o no perteneciente a ningún escalafón jerárquico de la Administración²⁶. Al relacionar esta definición con el artículo 260 del CP, nos permite incluir dentro de la definición de funcionario público a toda persona que a través de cualquier figura contractual, concurso, licitación, etc. represente al Estado, supliéndolo en la prestación de un servicio de interés para la comunidad y que es obligación del Estado proporcionar, pero que deja en manos de un particular esta tarea que por el hecho de ejercerla, pasa a ser también un agente de la Administración Pública. Sin embargo, como ya he mencionado en relación al Cohecho, el legislador chileno parece ir en la línea opuesta, es decir, sancionar diferenciadamente a los órganos públicos de la Administración del Estado respecto a los particulares que colaboran con su función pero que no forman parte ni dependen de ningún Ministerio u órgano del Estado.

²⁶Artículo I

Definiciones

Para los fines de la presente Convención, se entiende por:

"Función pública", toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.

"Funcionario público", "Oficial Gubernamental" o "Servidor público", cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.

El artículo 3° enumera las medidas que los Estados parte del Convenio acuerdan implementar en sus sistemas institucionales internos:

“1. Normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas. Estas normas deberán estar orientadas a prevenir conflictos de intereses y asegurar la preservación y el uso adecuado de los recursos asignados a los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones. Establecerán también las medidas y sistemas que exijan a los funcionarios públicos informar a las autoridades competentes sobre los actos de corrupción en la función pública de los que tengan conocimiento. Tales medidas ayudarán a preservar la confianza en la integridad de los funcionarios públicos y en la gestión pública.

2. Mecanismos para hacer efectivo el cumplimiento de dichas normas de conducta.

3. Instrucciones al personal de las entidades públicas, que aseguren la adecuada comprensión de sus responsabilidades y las normas éticas que rigen sus actividades.

4. Sistemas para la declaración de los ingresos, activos y pasivos por parte de las personas que desempeñan funciones públicas en los cargos que establezca la ley y para la publicación de tales declaraciones cuando corresponda.

5. Sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas.

6. Sistemas adecuados para la recaudación y el control de los ingresos del Estado, que impidan la corrupción.
7. Leyes que eliminen los beneficios tributarios a cualquier persona o sociedad que efectúe asignaciones en violación de la legislación contra la corrupción de los Estados Partes.
8. Sistemas para proteger a los funcionarios públicos y ciudadanos particulares que denuncien de buena fe actos de corrupción, incluyendo la protección de su identidad, de conformidad con su Constitución y los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno.
9. Órganos de control superior, con el fin de desarrollar mecanismos modernos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar las prácticas corruptas.
10. Medidas que impidan el soborno de funcionarios públicos nacionales y extranjeros, tales como mecanismos para asegurar que las sociedades mercantiles y otros tipos de asociaciones mantengan registros que reflejen con exactitud y razonable detalle la adquisición y enajenación de activos, y que establezcan suficientes controles contables internos que permitan a su personal detectar actos de corrupción.
11. Mecanismos para estimular la participación de la sociedad civil y de las organizaciones no gubernamentales en los esfuerzos destinados a prevenir la corrupción.
12. El estudio de otras medidas de prevención que tomen en cuenta la relación entre una remuneración equitativa y la probidad en el servicio público”.

En Chile se han realizado importantes reformas desde fines de los años noventa hasta la fecha que dan cumplimiento a las medidas que señala este artículo 3° del Convenio Interamericano contra la Corrupción. Una manifestación de los números 1, 2 y 3 de este artículo, es por ejemplo la promulgación de la Nueva Ley del Lobby, donde se establecen mecanismos de publicidad de los lobbistas y de sus intervenciones, se adoptan los mecanismos para resguardar, al menos en apariencia, en el ámbito formal de las actividades desarrolladas en una oficina gubernamental, la transparencia de la actividad de los lobbistas y se establece un manual ético de conducta.

La promulgación de la Ley de Transparencia de 2008 también es un mecanismo de prevención que estimula la participación ciudadana, en cuanto hace accesible la documentación que pueda serle necesaria para realizar peticiones o denuncias a la autoridad administrativa, establece un sistema digital que se repite en todas las páginas oficiales del Estado para las solicitudes de acceso a la información pública, a la legislación relativa y (en general) a documentos que se encuentren en poder de la Administración Pública y también en cuanto al acceso a las declaraciones de ingresos activos y pasivos de las personas que desempeñan una función pública.

También fue un avance la modificación que por la Ley 19.645 de diciembre de 1999 (es decir, también posterior al Convenio Interamericano contra la corrupción) se hizo al DFL 707 en su artículo 1° en relación a la exhibición de los movimientos y saldos de la cuenta corriente para la investigación de causas

criminales en contra de los funcionarios públicos, facilitando la labor del fiscal en ese sentido.

La promulgación de la Ley de Transparencia y la reforma al DFL pueden considerarse también manifestaciones en Chile del cumplimiento de los números 11, 12 y 4 del artículo 3 del Convenio.

El sistema de Chilecompra (www.chilecompra.cl) y el de Mercado Público (www.mercadopublico.cl) pueden considerarse manifestación de la aplicación de los N° 5, 10 y 11, que se complementa por ejemplo con el sistema de registro de proveedores (www.chileproveedores.cl) y con el sistema Chile atiende (www.chileatiende.gob.cl), que también estimulan la participación ciudadana y van en el sentido de hacer pública la información y promover la transparencia. En general toda la tendencia a la digitalización, llevada con gran éxito en Chile es un aporte en el sentido de la transparencia, acceso a la información, a hacer más expedita la comunicación con la autoridad y la realización de todo tipo de trámites y peticiones y a promover la participación y fiscalización ciudadana.

Es una manifestación del N°8, dentro de la reforma al sistema penal, la posibilidad de presentar denuncias en forma anónima, sistema que también se ha digitalizado progresivamente y agilizado sus procedimientos. En relación al Cohecho, las reformas mencionadas de las leyes 19.645 de 1999 y la Ley 19.829 de 2002 también han sido un aporte en el combate a la corrupción y por supuesto también la ley 20.393 que permite la imputabilidad de las personas jurídicas por los delitos que señala. Estas reformas pueden ver favorecida su

aplicación y la denuncia de la ciudadanía, precisamente con la reforma procesal penal y con todo el sistema de digitalización que otorga un mayor acceso a la información relacionada con contratos, licitaciones, concursos públicos, bases de los concursos, que pueden permitir una mayor fiscalización ciudadana del delito de Cohecho.

El artículo 4 de la Convención señala su ámbito de aplicación: “siempre que el presunto acto de corrupción se haya cometido o produzca sus efectos en un Estado Parte”. El artículo 5 se refiere a la jurisdicción que le corresponde a cada Estado parte para conocer y juzgar los delitos de corrupción que se cometieren en su territorio o por sus nacionales o en un estado parte.

El artículo 6° señala los actos de corrupción a los cuales es aplicable la Convención:

“a. El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas”. Esta letra del artículo 4° concuerda con el tipo del Cohecho del artículo 248 del CP.

“b. El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la

realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas”. La letra b de este artículo se asemeja al Cohecho regulado por el artículo 250 en relación con el artículo 249.

“c. La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero”. Se puede asimilar también con el 248 y con el 248 bis, sólo que en la letra c se pone acento en que el beneficio económico sea “ilícito”, o sea que no era procedente o que no se encontrara entre los pagos que le corresponde recibir por el hecho de su función, cuestión que sólo se recoge expresamente en el Cohecho del artículo 248 (“El empleado público que solicitare o aceptare recibir mayores derechos de los que le están señalados por razón de su cargo”), ya que los tipos de Cohecho de los artículos 248 bis y 249 no pueden bajo ningún respecto involucrar pagos lícitos ya que buscan la mala ejecución de las funciones del cargo del funcionario o la realización de un delito y por ello se entiende la diferencia de la redacción en este punto.

En las letras a, b y c el tratado es redactado en modo que pueda tratarse de un beneficio pecuniario o de otro tipo, como actualmente opera en Chile con la reforma de la Ley 21.121.

“d. El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo”. En relación a la letra d, pueden ser tomadas en consideración diversas agravantes que pueden

ser aplicadas al delito de Cohecho y a otros delitos en que se afecte la probidad. Directamente, el ocultamiento o disfraz de los hechos es la causal agravante N° 5 del artículo 12 del CP. Además existen otras agravantes del artículo 12 que junto al N° 5 pueden ser especialmente tomadas en consideración respecto del delito de Cohecho

“e. La participación como autor, coautor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo”.

En las letras a, b y c se habla “de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas”, es decir, contempla los casos en que un particular se encuentre formando parte de la Administración pública por el hecho de ejercer una función de connotación público-social, tomando en cuenta por lo tanto todas aquellas figuras de contratación pública y tercerización, ampliamente utilizadas por el Estado de Chile.

El artículo 7° dice que “los Estados Partes que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para tipificar como delitos en su derecho interno los actos de corrupción descritos en el Artículo VI.1. y para facilitar la cooperación entre ellos, en los términos de la presente Convención”.

El artículo 8° regula el “soborno transnacional”, regulado respecto del Cohecho en los artículos 251 bis y 251 ter y apunta a una necesaria cooperación

internacional y regulación interna en este sentido. El artículo señalará que se tipificará también el “enriquecimiento ilícito”, lo que nuestro CP sanciona en el artículo 241, es decir, los funcionarios públicos deben justificar sus ingresos y su patrimonio puede ser especialmente fiscalizado, con mucho mayor celo que el patrimonio de un particular que no realiza funciones públicas, tanto por la sanción especial de enriquecimiento ilícito del CP, como por el principio de probidad de la Constitución.

El artículo 11 propone un “desarrollo progresivo” en la tipificación de la legislación anticorrupción, obligándose a tipificar “las siguientes conductas:

a. El aprovechamiento indebido en beneficio propio o de un tercero, por parte de un funcionario público o una persona que ejerce funciones públicas, de cualquier tipo de información reservada o privilegiada de la cual ha tenido conocimiento en razón o con ocasión de la función desempeñada”.

Esta conducta fue tipificada en el párrafo anterior al Cohecho: “Párrafo VIII. Violación de secretos”, específicamente en el artículo 247 bis.

“b. El uso o aprovechamiento indebido en beneficio propio o de un tercero, por parte de un funcionario público o una persona que ejerce funciones públicas de cualquier tipo de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, a los cuales ha tenido acceso en razón o con ocasión de la función desempeñada”. Esto se encuentra regulado en el párrafo VI del título V del CP: “Fraudes y exacciones ilegales”, específicamente en los artículos 239, 240 y 240

bis, párrafo modificado por leyes 19.645 de 1999 y 20.088 del 2006, ambas posteriores al Convenio.

“c. Toda acción u omisión efectuada por cualquier persona que, por sí misma o por persona interpuesta o actuando como intermediaria, procure la adopción, por parte de la autoridad pública, de una decisión en virtud de la cual obtenga ilícitamente para sí o para otra persona, cualquier beneficio o provecho, haya o no detrimento del patrimonio del Estado”. Esto se relaciona con la tipificación del Cohecho de los particulares del artículo 250 del CP

“d. La desviación ajena a su objeto que, para beneficio propio o de terceros, hagan los funcionarios públicos, de bienes muebles o inmuebles, dinero o valores, pertenecientes al Estado, a un organismo descentralizado o a un particular, que los hubieran percibido por razón de su cargo, en administración, depósito o por otra causa”. Regulado en el párrafo VI del título V del CP: “Fraudes y exacciones ilegales”

El artículo 12 del Convenio señala que “para la aplicación de esta Convención, no será necesario que los actos de corrupción descritos en la misma produzcan perjuicio patrimonial al Estado”, mientras que el artículo 13 señala que los delitos de corrupción serán extraditables por la ratificación de la Convención; el artículo 14 explica la necesaria “asistencia y cooperación” que deben prestarse los Estados Partes para la investigación, juzgamiento y prevención de los casos de corrupción; el artículo 15 habla de las “Medidas sobre bienes”, en relación a la cooperación y asistencia pública entre los estados partes para “la identificación,

el rastreo, la inmovilización, la confiscación y el decomiso de bienes obtenidos o derivados de la comisión de los delitos tipificados de conformidad con la presente Convención, de los bienes utilizados en dicha comisión o del producto de dichos bienes”.

Artículo 16 del Convenio: “Secreto bancario”

“1. El Estado Parte requerido no podrá negarse a proporcionar la asistencia solicitada por el Estado Parte requirente amparándose en el secreto bancario. Este artículo será aplicado por el Estado Parte requerido, de conformidad con su derecho interno, sus disposiciones de procedimiento o con los acuerdos bilaterales o multilaterales que lo vinculen con el Estado Parte requirente.

2. El Estado Parte requirente se obliga a no utilizar las informaciones protegidas por el secreto bancario que reciba, para ningún fin distinto del proceso para el cual hayan sido solicitadas, salvo autorización del Estado Parte requerido”.

En este sentido la Ley 19.645 de 1999 realiza modificaciones tanto al Código Penal como al DFL 707 de 1982 sobre Cuentas Bancarias y Cheques, donde mantiene el secreto bancario en su artículo 1º, pero agrega en su inciso final una excepción respecto a los estados de cuenta de los funcionarios públicos, que dice: “Con todo, en las causas criminales seguidas contra empleados públicos, procesados por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, el juez podrá ordenar la exhibición del movimiento completo de su cuenta corriente y de los respectivos saldos”.

El artículo 18 señala que cada Estado Parte podrá designar una autoridad central o podrá utilizar las autoridades centrales para efectos de asistencia y cooperación internacional previstas en el marco de la Convención, en Chile la autorización de sentencias extranjeras es realizada por la Corte Suprema y el servicio público encargado de autorizar documentos públicos es el Ministerio de Relaciones Exteriores. De hecho, en el acto de ratificación por el Estado chileno de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, se señala expresamente al Ministerio de Relaciones Exteriores como la autoridad central que se encargará de representar a Chile en el ámbito de la cooperación internacional para el cumplimiento de dicho convenio, que al igual que la Convención Interamericana contra la Corrupción, también inspiró las reformas a favor de la probidad, de la transparencia y de la penalización de los delitos que son una especial manifestación de la corrupción en Chile. Ahora analizaré también la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, que surgió siete años después que la Convención Interamericana.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción

Esta Convención fue adoptada el 31 de octubre de 2003 en Nueva York y fue firmada por Chile el 11 de diciembre del mismo año, aprobada por el Congreso Nacional el 20 de junio de 2006 ante la Cámara de Diputados y el Instrumento de Ratificación se depositó con fecha 13 de septiembre de 2006 ante el Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas. El depósito se hizo con la

siguiente Notificación: "El Gobierno de la República de Chile, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 44, numeral 6, letra a), de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, viene en informar que considera a la presente Convención como base jurídica para la cooperación en materia de extradición en sus relaciones con otros Estados Partes de la misma.

Del mismo modo, conforme a lo dispuesto en el artículo 46, numeral 13, viene en designar al Ministerio de Relaciones Exteriores como Autoridad Central a los efectos de recibir las solicitudes de asistencia judicial recíproca".

La convención nace de la preocupación por los reiterados casos de corrupción, ya no considerando el problema como un fenómeno local, sino transnacional, que debe ser combatido por los Estados parte brindándose cooperación recíproca y continua y además involucrando a sus autoridades y a la sociedad civil para estos efectos. Resulta interesante revisar sus artículos para efectos de esta tesis, en modo de hacerse una idea de las propuestas que a nivel internacional las Naciones Unidas hace a los países desarrollados que buscan mantener relaciones transnacionales entre sí y con las personas jurídicas y naturales que llevan adelante sus actividades en observancia de los principios de Transparencia y Probidad.

En el artículo 1 se encuentra La finalidad de la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, y dice que es:

"a) Promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción;

b) Promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos;

c) Promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos”.

El artículo 2 entrega definiciones generales, importantes en la cooperación internacional para la investigación y sanción del delito, como por ejemplo, "entrega vigilada", "delito determinante", “decomiso”, "embargo preventivo" o "incautación", “producto del delito” y “bienes”. Además se agregan dos definiciones de agentes extranjeros: de "funcionario de una organización internacional pública" y de “funcionario público extranjero”, que pueden ser relevantes en investigaciones relacionadas específicamente con el Cohecho de un funcionario público extranjero de los artículos 251 bis y 251 ter, que, reitero, no es objeto de esta tesis, pero puede ser un tema interesante de abordar a fin de complementar el sistema normativo anticorrupción en Chile, específicamente en relación al Cohecho. En la letra a del artículo 2, la Ley propone una definición compuesta o compleja de funcionario público, constituida por tres acepciones, relevante para efectos de la presente tesis como ya he señalado reiteradamente: “a) Por "funcionario público" se entenderá: i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que

desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; iii) toda otra persona definida como "funcionario público" en el derecho interno de un Estado Parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por "funcionario público" toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte”

En efecto, en las acepciones segunda y tercera de la definición de funcionario público, incluye no sólo a quienes ocupen un cargo permanente o temporal, pagado por el Estado, sino que además incluye dentro de la definición a quienes desempeñen una función o servicio públicos y además en la tercera acepción reconoce la definición que cada legislación hace de funcionario público, que en el CP se encuentra en el artículo 260. En Chile, todo privado sea persona natural o jurídica que reemplace al ejecutivo de algún modo en la satisfacción de una necesidad pública, puede ser tratado y juzgado como funcionario público en el ejercicio de sus funciones, respecto de todos los delitos que dichos funcionarios puedan realizar, incluyendo el Cohecho.

El artículo 3 señala que el ámbito de aplicación de la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, será “la prevención, la investigación y el

enjuiciamiento de la corrupción y al embargo preventivo, la incautación, el decomiso y la restitución del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención”. Y agrega que para su aplicación “no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado”. Sin embargo, se respetará la soberanía de los Estados Parte y por tanto no se “facultará a un Estado Parte para ejercer, en el territorio de otro Estado, jurisdicción o funciones que el derecho interno de ese Estado reserve exclusivamente a sus autoridades” (Art. 4°)

El Capítulo II de la Convención, se refiere a las Medidas preventivas; el artículo 5, respecto a las Políticas y prácticas de prevención de la corrupción, dice que “Cada Estado Parte... ...formulará y aplicará o mantendrá en vigor políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos públicos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas (N° 1)... ...procurará evaluar periódicamente los instrumentos jurídicos y las medidas administrativas pertinentes a fin de determinar si son adecuados para combatir la corrupción (N°3)... ...colaborarán entre sí y con las organizaciones internacionales y regionales pertinentes en la promoción y formulación de las medidas mencionadas... (N°4)”.

El artículo 6 señala que los Estados Parte garantizarán la existencia de Órganos de prevención de la corrupción, que lleven cabo las medidas anticorrupción y

cuenten con la independencia necesaria, los recursos materiales y el personal especializado. Además “Cada Estado Parte comunicará al Secretario General de las Naciones Unidas el nombre y la dirección de la autoridad o las autoridades que puedan ayudar a otros Estados Parte a formular y aplicar medidas concretas de prevención de la corrupción” (N° 3 del Art 6), lo que en Chile fue encargado expresamente al Ministerio de Relaciones Exteriores.

En relación propiamente al sector público, el artículo 7 dice que cada Estado Parte “procurará adoptar sistemas de convocatoria, contratación, retención, promoción y jubilación de empleados públicos y, cuando proceda, de otros funcionarios públicos no elegidos” proponiendo: “principios de eficiencia y transparencia y en criterios objetivos como el mérito, la equidad y la aptitud”; “procedimientos adecuados de selección y formación de los titulares de cargos públicos que se consideren especialmente vulnerables a la corrupción, así como, cuando proceda, la rotación de esas personas”; Fomentar una remuneración adecuada y escalas de sueldo equitativas”; “programas de formación y capacitación que les permitan cumplir los requisitos de desempeño correcto, honorable y debido de sus funciones y les proporcionen capacitación especializada y apropiada para que sean más conscientes de los riesgos de corrupción inherentes al desempeño de sus funciones” (n° 1 del artículo 7). Además, adoptarán “las medidas legislativas y administrativas apropiadas, en consonancia con los objetivos de la presente Convención y de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, a fin de establecer criterios

para la candidatura y elección a cargos públicos (N° 2, artículo 7), las “medidas legislativas y administrativas apropiadas... ..para aumentar la transparencia respecto de la financiación de candidaturas a cargos públicos electivos y, cuando proceda, respecto de la financiación de los partidos políticos... ..procurará adoptar sistemas destinados a promover la transparencia y a prevenir conflictos de intereses, o a mantener y fortalecer dichos sistemas”.

El artículo 8 señala la necesidad de implementar “Códigos de conducta para funcionarios públicos” y de observar los códigos de organizaciones internacionales, como el Código Internacional de Conducta para los titulares de cargos públicos, que figura en el anexo de la resolución 51/59 de la Asamblea General de Naciones Unidas de 12 de diciembre de 1996... ..y de “establecer medidas y sistemas para facilitar que los funcionarios públicos denuncien todo acto de corrupción a las autoridades competentes cuando tengan conocimiento de ellos en el ejercicio de sus funciones”... ..”establecer medidas y sistemas para exigir a los funcionarios públicos que hagan declaraciones a las autoridades competentes en relación, entre otras cosas, con sus actividades externas y con empleos, inversiones, activos y regalos o beneficios importantes que puedan dar lugar a un conflicto de intereses respecto de sus atribuciones como funcionarios públicos”... ..adoptar “medidas disciplinarias o de otra índole contra todo funcionario público que transgreda los códigos o normas establecidos de conformidad con el presente artículo”.

El artículo 9 se refiere a la Contratación pública y gestión de la hacienda pública. En el N° 1 se refiere a la Contratación Pública, señalando la necesidad de adoptar “las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción”, es decir, con “La difusión pública de información relativa a procedimientos de contratación pública y contratos, incluida información sobre licitaciones e información pertinente u oportuna sobre la adjudicación de contratos, a fin de que los licitadores potenciales dispongan de tiempo suficiente para preparar y presentar sus ofertas”; “La formulación previa de las condiciones de participación, incluidos criterios de selección y adjudicación y reglas de licitación, así como su publicación”; “La aplicación de criterios objetivos y predeterminados para la adopción de decisiones sobre contratación pública a fin de facilitar la ulterior verificación de la aplicación correcta de las reglas o procedimientos”; “Un mecanismo eficaz de examen interno, incluido un sistema eficaz de apelación, para garantizar recursos y soluciones legales”, en caso de contravención al sistema de contratación pública implementado; y “la adopción de medidas para reglamentar las cuestiones relativas al personal encargado de la contratación pública, en particular declaraciones de interés respecto de determinadas contrataciones públicas, procedimientos de preselección y requisitos de capacitación”. El sistema público de contratación y oferta pública, transparentación de licitaciones y criterios objetivos preestablecidos de selección

para la contratación con el Estado, se encuentra implementado en Chile principalmente en los portales de Mercado Público y Chile Compra;

Luego, el N° 2 del artículo 9, respecto a la gestión de la hacienda pública, dice que “Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará medidas apropiadas para promover la transparencia y la obligación de rendir cuentas en la gestión de la hacienda pública. Esas medidas abarcarán, entre otras cosas:

- a) Procedimientos para la aprobación del presupuesto nacional;
- b) La presentación oportuna de información sobre gastos e ingresos;
- c) Un sistema de normas de contabilidad y auditoría, así como la supervisión correspondiente;
- d) Sistemas eficaces y eficientes de gestión de riesgos y control interno; y
- e) Cuando proceda, la adopción de medidas correctivas en caso de incumplimiento de los requisitos establecidos en el presente párrafo.

Y en el N° 3 agrega “Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará las medidas que sean necesarias en los ámbitos civil y administrativo para preservar la integridad de los libros y registros contables, estados financieros u otros documentos relacionados con los gastos e ingresos públicos y para prevenir la falsificación de esos documentos”.

Como expresión de la transparencia de los documentos de la cartera de Hacienda en Chile, se encuentra en la página del Ministerio de Hacienda, el link “documentos” (www.hacienda.cl/documentos.html)

El artículo 10 del Convenio se refiere a la Información pública y señala que cada Estado Parte “adoptará las medidas que sean necesarias para aumentar la transparencia en su administración pública, incluso en lo relativo a su organización, funcionamiento y procesos de adopción de decisiones, cuando proceda. Esas medidas podrán incluir, entre otras cosas:

a) La instauración de procedimientos o reglamentaciones que permitan al público en general obtener, cuando proceda, información sobre la organización, el funcionamiento y los procesos de adopción de decisiones de su administración pública y, con el debido respeto a la protección de la intimidad y de los datos personales, sobre las decisiones y actos jurídicos que incumban al público;

b) La simplificación de los procedimientos administrativos, cuando proceda, a fin de facilitar el acceso del público a las autoridades encargadas de la adopción de decisiones; y

c) La publicación de información, lo que podrá incluir informes periódicos sobre los riesgos de corrupción en su administración pública”. La Ley de Transparencia del 2008, su legislación complementaria y la digitalización de los procedimientos de solicitud y publicación de información han sido el sistema implementado por el Estado de Chile a este respecto.

El artículo 11 se refiere a “Medidas relativas al poder judicial y al ministerio público” y señala que cada Estado parte “adoptará medidas para reforzar la integridad y evitar toda oportunidad de corrupción entre los miembros del poder

judicial. Tales medidas podrán incluir normas que regulen la conducta de los miembros del poder judicial”.

El artículo 12, respecto al sector privado dice que cada Estado Parte también debe adoptar “medidas para prevenir la corrupción y mejorar las normas contables y de auditoría en el sector privado”, “prever sanciones civiles, administrativas o penales eficaces, proporcionadas y disuasivas en caso de incumplimiento de esas medidas”, lo que puede realizar, entre otras formas, promoviendo “la cooperación entre los organismos encargados de hacer cumplir la ley y las entidades privadas pertinentes”; formulando “normas y procedimientos encaminados a salvaguardar la integridad de las entidades privadas pertinentes, incluidos códigos de conducta”; promoviendo la transparencia entre entidades privadas; previniendo la utilización indebida de los procedimientos que regulan a las entidades privadas, como la concesión de subsidios y licencias; previniendo los conflictos de intereses “imponiendo restricciones apropiadas, durante un periodo razonable, a las actividades profesionales de ex funcionarios públicos o a la contratación de funcionarios públicos en el sector privado tras su renuncia o jubilación cuando esas actividades o esa contratación estén directamente relacionadas con las funciones desempeñadas o supervisadas por esos funcionarios públicos durante su permanencia en el cargo”²⁷; velando “por que

²⁷ Es decir, la Convención destaca la necesidad de que existan restricciones a determinados funcionarios públicos al ejercicio de determinadas actividades, contrataciones, asunción de cargos, etc. que ya hubieran desempeñado en otro ámbito o que por sus vínculos personales, no fuesen a desempeñar dicha actividad,

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 auditoría y certificación”; y adoptar “las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus leyes y reglamentos internos relativos al mantenimiento de libros y registros, la divulgación de estados financieros y las normas de contabilidad y auditoría, para prohibir los siguientes actos realizados con el fin de cometer cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención”; y “Cada Estado Parte denegará la deducción tributaria respecto de gastos que constituyan soborno, que es uno de los elementos constitutivos de los delitos tipificados con arreglo a los artículos 15 y 16 de la presente Convención y, cuando proceda, respecto de otros gastos que hayan tenido por objeto promover un comportamiento corrupto”.

El artículo 13 se refiere al necesario involucramiento de la sociedad, que debe ser fomentada y reforzada en todos sus niveles organizacionales y de participación con medidas como las siguientes: “a) Aumentar la transparencia y promover la contribución de la ciudadanía a los procesos de adopción de decisiones; b) Garantizar el acceso eficaz del público a la información; c) Realizar

cargo o contrato con la debida imparcialidad o probidad. En este aspecto el Estado chileno no ha cumplido y cada cierto tiempo queda en evidencia una vez más la gran cantidad de conflictos de intereses que afecta a la clase política y a la alta dirigencia pública en Chile.

actividades de información pública para fomentar la intransigencia con la corrupción, así como programas de educación pública, incluidos programas escolares y universitarios; d) Respetar, promover y proteger la libertad de buscar, recibir, publicar y difundir información relativa a la corrupción”, garantizando los derechos o la reputación de terceros; salvaguardando la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas. Todo lo relacionado con la transparentación de la información, con la reforma relacionada con la Ley de Transparencia y con el sistema de digitalización implementados en Chile, ya mencionados, se relacionan con la observancia e implementación de lo señalado en el artículo 13 de la Convención.

El artículo 14 se refiere a determinadas medidas para prevenir el blanqueo de dinero, en particular “un amplio régimen interno de reglamentación y supervisión de los bancos y las instituciones financieras no bancarias” y la necesidad de cooperación e intercambio de información en los ámbitos nacional e internacional entre las autoridades pertinentes y las adopción de las medidas necesarias al efecto. La penalización del lavado de activos (Ley N° 19.913) respecto a las personas jurídicas por la Ley 20.393, es una manifestación de regulación a este respecto.

El Capítulo III trata de la Penalización y aplicación de la ley, comprendiendo una serie de delitos que afectan la probidad en el sector público y en el sistema

económico en general, comenzando por el delito de cohecho en el artículo 15, que en este Tratado se denomina “soborno”.

Artículo 15: “Soborno de funcionarios públicos nacionales.

Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales (artículo 250 CP chileno);

b) La solicitud o aceptación por un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales” (248 y 248 bis CP chileno).

El artículo 16 se refiere al “Soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas”, el artículo 17 a la “Malversación o peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público”, el artículo 18 al “Tráfico de influencias”, en términos de “la promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público o a cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o

supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido que redunde en provecho del instigador original del acto o de cualquier otra persona” ; o “la solicitud o aceptación por un funcionario público o cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su provecho o el de otra persona con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido”. El artículo 19 se refiere al “Abuso de funciones”, es decir, “la realización u omisión de un acto, en violación de la ley, por parte de un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener un beneficio indebido para sí mismo o para otra persona o entidad”. El artículo 20 se refiere al “Enriquecimiento ilícito”, es decir, “el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él”.

El artículo 21 se refiere a los delitos de corrupción cometidos en el sector privado, comenzando con el Soborno o cohecho que resulta interesante de analizar dada la reiterada situación de sinergia y difusión de límites entre el sector público y privado, que no merece mayores comentarios por ser un fenómeno evidente y de notoria ocurrencia. Respecto al cohecho en el sector privado, se señala lo siguiente:

“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”.

Luego continúa el listado de delitos de corrupción en el sector privado, en el artículo 22 la “Malversación o peculado de bienes en el sector privado”, el “Blanqueo del producto del delito” en el artículo 23, y en los artículos 24 y 25 se refiere al “Encubrimiento” y a la “Obstrucción de la justicia”.

El artículo 26 se refiere a la “Responsabilidad de las personas jurídicas”, que es relevante para efectos de la presente tesis:

“1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, en consonancia con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por su participación en delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.

2. Con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa.

3. Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan cometido los delitos.

4. Cada Estado Parte velará en particular por que se impongan sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias, a las personas jurídicas consideradas responsables con arreglo al presente artículo”.

En Chile, de entre los delitos de corrupción recién mencionados, sólo se sancionaba a las personas jurídicas respecto de los delitos de cohecho o soborno y lavado o blanqueo de activos. Posteriormente la Ley fue modificada, comprendiendo delitos como el “tráfico de influencias” o el “abuso de funciones”. Los artículos siguientes, 27, 28 y 29 regulan la “Participación y tentativa”, el “Conocimiento, intención y propósito como elementos de un delito” y la “Prescripción”, respectivamente y luego el artículo 30 se refiere al “Proceso, fallo y sanciones”, a las medidas necesarias para sancionar adecuadamente los delitos de corrupción, velando por el respeto de los derechos de la defensa y por la reinserción del imputado.

El artículo 31 se refiere al “Embargo preventivo, incautación y decomiso”, que se encuentra regulado en el CP en el artículo 251; el artículo 32 se refiere a la “Protección de testigos, peritos y víctimas”, protección física, reubicación, declaración por videoconferencia, entre otras medidas que se encuentran

consideradas por el nuevo proceso penal chileno, es decir, son medidas factibles de adoptar dentro del juicio penal en Chile, así como la “Protección de los denunciantes” del artículo 33.

El artículo 34 dice que como “Consecuencias de los actos de corrupción”, cada Estado Parte “adoptará medidas para eliminar las consecuencias de los actos de corrupción”, como “anular o dejar sin efecto un contrato o revocar una concesión u otro instrumento semejante, o adoptar cualquier otra medida correctiva”. Y el Artículo 35 apunta a la necesidad de “Indemnización por daños y perjuicios”.

Los artículos 36 al 39 se refieren a la necesidad de cooperación entre los organismos, públicos y privados.

El artículo 40 habla del Secreto bancario, que no debe obstaculizar las investigaciones penales de que habla el Convenio; el Artículo 41 señala que para los efectos de la Convención serán relevantes los Antecedentes penales que un presunto delincuente tenga en otro Estado.

Luego las normas tratan de la Jurisdicción, de la Cooperación Internacional, de la Extradición y de la Asistencia Judicial Recíproca, de la posibilidad de acuerdos de Investigación conjunta y de determinadas técnicas de investigación; de la recuperación de los activos, del comiso (cuya necesidad es reconocida en el CP chileno) y de la cooperación internacional para el comiso; de la capacitación técnica y de la posibilidad de existencia de una “Dependencia de inteligencia financiera”, que entregue informes relacionados con “transacciones financieras sospechosas”; del intercambio de información y por último, en el art. 62, de “Otras

medidas: aplicación de la Convención mediante el desarrollo económico y la asistencia técnica”.

Capítulo IV

La Persona Jurídica como nuevo sujeto pasivo del proceso penal en Chile

1.- Estatus de la persona jurídica como sujeto pasivo en el proceso penal en Chile. Análisis comparado.

Para el desarrollo de este capítulo me apoyaré en la primera parte en el trabajo de Ana María Neira Peña: “La Persona Jurídica como nuevo sujeto pasivo del proceso penal en los Ordenamientos chileno y español”, de la versión On-line de la Revista de Derecho de Coquimbo²⁸. En la primera parte de este capítulo me referiré propiamente al estatus de la persona jurídica dentro de las normas que configuran el proceso penal chileno y en la segunda parte del capítulo me referiré a los argumentos que han dado la jurisprudencia y la doctrina, para lo cual me apoyaré en el trabajo del doctor en Derecho Penal don Iván Navas Mondaca y la abogada doña Antonia Jaar Labarca, el PDF “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia chilena”.²⁹

El estatus de la persona jurídica como parte pasiva del proceso penal, esto es, en qué condición interviene la entidad en el proceso, se señala expresamente en el artículo 21 de la Ley 20.393, en los mismos términos que lo hace la legislación

²⁸ ISSN 0718-9753, vol.21 no.1 Coquimbo 2014, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532014000100005>

²⁹ Revista de Política criminal, Volumen 13, Nº 26, de Diciembre de 2018, páginas 1027-1054 (http://www.politicacriminal.cl/Vol_13/n_26/Vol13N26A10.pdf)

italiana, señalando que a la persona jurídica le serán aplicables las disposiciones relativas al imputado en tanto sean compatibles con su naturaleza.

Qué tratamiento o consideración merece tal sujeto en el marco del enjuiciamiento es una cuestión para determinar qué posición ocupa el ente en el proceso, y por ende qué derechos y garantías le asisten y en qué medida y con qué límites puede ejercitarlos, así como qué intervenciones se pueden acordar en relación con sus bienes y derechos.

Para establecer cuál es el estatus procesal penal de una persona jurídica y el sistema de reglas que le son aplicables en tal estatus, es posible asimilar a la persona jurídica con el responsable civil o bien considerarla como un auténtico imputado.

Antonio Del Moral García, propone considerar a la persona jurídica responsable penal como “una figura a caballo entre el imputado y el tercero responsable civil”³⁰, y señala que se le debería dar dentro del proceso penal una cualidad más asimilable a la de imputado que a la de tercero responsable civil, pero en todo aquello que exija o presuponga la individualidad física, tendrá que usarse la analogía con los terceros responsables civiles y otros principios, para encontrar el sistema de normas aplicable a las personas jurídicas, respetando en lo posible sus garantías como imputado, pero teniendo presente su naturaleza.

³⁰DEL MORAL GARCÍA, Antonio. "Peculiaridades del juicio oral con personas jurídicas acusadas". En Serrano Butragueño, Ignacio; Del Moral García, Antonio (coordinadores). El juicio oral en el proceso penal. Granada: Comares, pp. 721-762

El estatus que la legislación otorga al imputado responde a su consideración como persona física o natural, con dignidad humana, asegurando las garantías mínimas procesales del imputado, en respeto de sus derechos. Pero para incluir correctamente a las personas jurídicas en el estatus de imputado, habría que separar adecuadamente las garantías del proceso en respeto de los derechos humanos del imputado de aquellas otras normas y características inherentes a la calidad de imputado.

En el Derecho Italiano, el art. 35 del Decreto Legislativo N° 231, señala que a la persona jurídica le serán aplicables las disposiciones procesales relativas al imputado compatibles con su calidad de persona jurídica, disposición que tiene símil en Chile en el Art. 21 de la Ley 20.393, que establece que en lo no regulado en la ley, serán aplicables a las personas jurídicas las disposiciones relativas al imputado, al acusado y al condenado, establecidas en el Código Procesal Penal y en las leyes especiales respectivas, siempre que aquéllas resulten compatibles con la naturaleza específica de las personas jurídicas.

Por lo tanto, la persona jurídica tiene sin duda alguna la calidad de imputado, es decir, sujeto al que se atribuye la condición de autor de un hecho penalmente sancionado. Y por aplicación del art. 31 bis CP y del art. 3 de la Ley 20.393, en la actualidad a las personas jurídicas se les imputa responsabilidad penal en el ordenamiento penal chileno.

El inciso 2° del art. 21 de la Ley 20.393, nombra en forma no taxativa algunos preceptos del Código Procesal Penal chileno (CPP) que dentro del proceso penal

seguido contra las personas jurídicas, se les aplican especialmente. Se trata de ciertas garantías que podrán ser ejercidos por cualquier representante de la persona jurídica en nombre de esta.

Son:

- El art. 4 CPP: la presunción de inocencia.
- El art. 7 CPP: la adquisición de la calidad de imputado, con sus facultades, derechos y garantías, desde la formalización de la investigación.
- El art. 8 CPP: el derecho a defensa letrada y a intervenir personalmente en las actuaciones judiciales.
- El art. 10 CPP: la cautela prestada por el juez de garantía para que el ejercicio de los derechos sea efectivo, pudiendo incluso llegar a suspender el procedimiento.
- El art. 93 CPP: el derecho de información sobre los hechos que se le imputan y de los derechos que le asisten, el derecho de asistencia letrada desde el inicio de la investigación, el derecho a solicitar audiencia al Juez, el derecho a solicitar el sobreseimiento y a recurrir por su denegación, el derecho a guardar silencio o a declarar sin estar bajo juramento y el derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes y a no ser juzgada en ausencia (del representante de la persona jurídica que interviene en el proceso en su nombre).
- Arts. 93 y 183 CPP: el derecho de solicitar diligencias de investigación al Ministerio Público y de asistir a las que se celebren.

- Arts. 93 y 186 CPP: el derecho a solicitar que se active o se formalice la investigación y a conocer su contenido siempre que no haya sido declarada secreta.
- El art. 98 CPP: el derecho a usar su declaración como medio de defensa.
- El art. 102 CPP: el derecho a designar libremente un defensor, a que sea designado uno de oficio o a defenderse por sí misma.
- El art. 193 CPP: el derecho a solicitar comparecencia ante el Ministerio Público.
- El art. 194 CPP: el derecho a declarar voluntariamente ante el Ministerio Público tras ser informado de los hechos que se le imputan y de sus derechos.
- El art. 257 CPP: derecho a reiterar la solicitud de diligencias de investigación no practicadas por causas ajenas a la voluntad de las partes.

Es decir, hay un reconocimiento expreso y bastante exhaustivo de la calidad de imputado de la persona jurídica y de los derechos que la revisten en tal condición, los que pueden ser ejercidos por cualquiera de los representantes que actúen a su nombre en juicio. Se incluye el derecho a no declarar, es decir, la persona jurídica imputada o acusada tiene el derecho a no declarar contra sí misma, lo que podrá ser ejercido por cualquier representante de la persona jurídica. Si bien la imputada en el proceso penal, es la propia entidad y no sus representantes legales, el interrogatorio de la persona jurídica se practicará, en la persona de su representante, que será quien haga valer el derecho a silencio, ya que la persona

jurídica no tiene por sí misma derecho a guardar silencio ni a no confesarse culpable, sino solamente de un modo mediato, a través de las personas físicas que la representan.

Es necesario en este punto a lo menos que la regulación determine con exactitud a través de qué personas físicas se puede ejercitar ése y otros derechos que benefician a la persona jurídica. Cuando los propios representantes de la persona jurídica estén personalmente imputados en la causa, también tendrán derecho a guardar silencio y a no auto incriminarse. Existe la figura de los whistleblowers, denunciantes cívicos o denunciantes internos de la empresa o persona jurídica, de importancia en los delitos contra dichos entes y con los que resurge la relevancia de la protección del denunciante.

El art. 5 de la Ley 20.393 establece una responsabilidad penal autónoma de la persona jurídica en las siguientes situaciones: cuando la responsabilidad penal individual se haya extinguido por muerte o prescripción de la acción penal, cuando se haya sobreseído provisionalmente el proceso contra la persona natural o cuando no haya sido posible establecer la participación de los responsables individuales, siempre y cuando en el proceso se demostrare fehacientemente que el delito debió necesariamente ser cometido dentro de las funciones y atribuciones propias de los sujetos cualificados para provocar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, siendo estos sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión. Por lo tanto, es posible que

la investigación se dirija sólo contra la persona jurídica o simultáneamente contra la persona jurídica y una persona natural vinculada a la jurídica, abriéndose el espacio a la doble imputación, por los mismos hechos de base, también realizados por la persona natural, lo que puede sin duda transgredir el principio *non bis in idem*.

En efecto, el artículo 20 de la Ley 20.393 señala que "si durante la investigación de alguno de los delitos previstos en el artículo 1°, el Ministerio Público tomare conocimiento de la eventual participación de alguna de las personas indicadas en el artículo 3°, ampliará dicha investigación con el fin de determinar la responsabilidad de la persona jurídica correspondiente".

La doctrina asegura que en el ámbito procesal, para que exista un imputado, no se requiere la existencia de un delito, sino que basta con la existencia de unos hechos que revistan los caracteres de delito³¹.

El artículo 3 señala la responsabilidad de la persona jurídica por los delitos del Art. 1, cuando fuere cometido por personas vinculadas a ella como las que menciona (dueños, controladores, representantes, etc.), "siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión" y si fuere cometido por tales personas sólo en beneficio de ellas o de terceros, la persona jurídica no será imputable. Y en el inciso 3° añade que "se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la

³¹SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel (1969) Estudios de Derecho Procesal. Barcelona: Ariel, p. 673

persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido". Siempre la imputación de la persona jurídica trae aparejada la imputación de una persona natural, cuando fuere posible identificarla, es decir, atribuir directamente a una o más personas alguno de los delitos del artículo 1° o las presuntas personas naturales involucradas fueren sobreseídas o hubiere prescrito la exigibilidad de su responsabilidad (art. 5°)

Para constatar un defecto de organización se requiere de las respectivas diligencias de investigación a fin de dilucidar aspectos como: "estructura orgánica de la entidad, la forma de organización funcional de la misma, los procesos de toma de decisiones por los que se rige, los flujos de poder y de información que tienen lugar en su seno, los procesos productivos que desarrolla y los mecanismos de prevención y detección de riesgos delictivos o de otra naturaleza"³². Previamente debería proceder la formalización de la investigación, diligencia cuya determinación de su procedencia es privativa del Ministerio Público en Chile.

³² "La Persona Jurídica como nuevo sujeto pasivo del proceso penal en los Ordenamientos chileno y español", Ana María Peña, versión On-line de la Revista de derecho de Coquimbo, ISSN 0718-9753, vol.21 no.1 Coquimbo 2014,

Sin embargo, parece existir una contradicción entre los artículos mencionados de la Ley 20.393 (5, 3 y 20) y la redacción del art. 22 de dicha Ley³³ que establece que será requisito previo para formalizar la investigación contra la persona jurídica haber formalizado la investigación primero contra alguna de las personas físicas señaladas en el art. 3 de la Ley, salvo los supuestos de responsabilidad autónoma de la entidad del Art. 5, ya que claramente obliga al Ministerio Público a determinar, antes de imputar a la entidad a determinar qué concretas personas físicas han cometido el delito, lo que puede perjudicar el derecho de defensa de la persona jurídica, si bien se reconoce también a la persona jurídica el derecho a pedir que se formalice la investigación en su contra (art. 21 de la Ley 20.393 en relación con los arts. 93 y 186 CPP), lo que en cierta medida resuelve este problema procesal.

En relación a la representación de la persona jurídica en el proceso penal y los intereses que pudiera tener el representante y ente representado frente a los

³³ Artículo 22.- Formalización de la investigación. Cuando el fiscal considere oportuno formalizar el procedimiento dirigido en contra de la persona jurídica, solicitará al juez de garantía la citación del representante legal de aquélla, de conformidad al artículo 230 y siguientes del Código Procesal Penal. Será requisito previo para proceder de esta forma, al menos, que se haya solicitado una audiencia de formalización de la investigación o presentado un requerimiento de acuerdo a las reglas del procedimiento simplificado, respecto de la persona natural que pudiese comprometer la responsabilidad de la persona jurídica según lo disponen los incisos primero y segundo del artículo 3°, salvo en los casos establecidos en el artículo 5°.

Dicha solicitud deberá contener, además, la individualización del representante legal de la persona jurídica.

hechos investigados, también debe existir una persona natural que “negocie, suscriba los contratos, custodie los bienes, promueva las distintas clases de acciones legales y en fin, realice todos aquellos actos que requieren de la intervención humana para materializarse en la realidad, aun cuando los efectos jurídicos sean imputados de forma directa e inmediata a la persona jurídica”³⁴. Los intereses del administrador imputado y ente representado por él pueden coincidir en el proceso si, por ejemplo, ambos centraran su defensa en la negación de la existencia de los hechos constitutivos de delito. Pero también las estrategias de la defensa de cada uno pueden ser diferentes: a la sociedad le puede convenir colaborar en la investigación, mientras que su representante pudiera verse perjudicado por dicha colaboración.

En Italia se separan ambas defensas y la persona jurídica será representada en el proceso sólo cuando su representante no esté también personalmente imputado (art. 39.1 D. Lgs. 231), pudiendo la persona jurídica designar libremente (con el inconveniente que la persona jurídica no expresa su voluntad y libertad por sí sola) a quien crea conveniente para su representación en el proceso. En el caso de que el representante designado no comparezca, el ente quedaría constituido en el proceso con el abogado de confianza designado por la entidad (art. 39.4 D. Lgs. 231), o en su caso, con el designado de oficio (art. 40 D. Lgs. 231).

³⁴ “La Persona Jurídica como nuevo sujeto pasivo del proceso penal en los Ordenamientos chileno y español”, Ana María Peña, bis.

En Chile la legislación no enfrenta la incompatibilidad ni el conflicto de intereses que pudiera haber entre la persona jurídica imputada y su representante. El art. 22 de la Ley 20.393 señala en su artículo 2° la necesidad de designar un representante legal previamente a la formalización, lo que en última instancia es de competencia del Ministerio Público, entidad que debería asumir la responsabilidad de evitar, siempre que fuese posible, el conflicto de intereses subyacente, designando como defensor de la entidad a alguno de sus representantes legales que no se encuentre personalmente imputado en la causa.

Por el artículo 22 y en concordancia con el CPP, por lo tanto, es el fiscal quien designará y solicitará al Juez de Garantía la citación del representante legal en la solicitud de audiencia de formalización de la investigación, que puede coincidir con la persona natural que ha cometido el delito del que se deriva responsabilidad para la persona jurídica y que puede ser imputada por el Cohecho. O puede ser que quién haya realizado la acción de soborno sea otra de las personas que menciona la Ley 20.393 en su artículo 3° incisos 1° y 2°, fuera del representante. Además hay que mencionar que por la última reforma de la Ley 21.121, el legislador dispuso que si es el representante legal el que cometió la acción de Cohecho, se nombrará un nuevo representante a la persona jurídica, por reforma del Art. 23 de la Ley 20.393, a la que se añadió un inciso final³⁵.

³⁵Art. 23 inc. Final: "Si se formalizare una investigación con respecto a dicho representante por el mismo hecho punible por el cual se investiga la responsabilidad penal de la persona jurídica, cesará su

El Art. 23 de la Ley dispone que si el representante legal citado por el juez no comparece sin justificación, puede ser arrestado hasta la celebración de la audiencia, que deberá realizarse en un plazo máximo de veinticuatro horas desde que tuvo inicio la privación de libertad. Y que si el representante legal no fuere habido, el fiscal solicitará al tribunal que designe a un defensor penal público, que actuará como curador ad litem, en representación de la persona jurídica, la que puede en cualquier momento designar a un defensor de su confianza que lo sustituya.

En España la regulación positiva deja libertad a la entidad para nombrar a un representante para actuar en juicio en su nombre. La única limitación que se establece es que para actuar en el juicio oral, no se podrá designar como representante, a quien haya de intervenir en la práctica de la prueba, en calidad de testigo³⁶. Es decir, mientras que en la regulación española, la designación de un representante para actuar en juicio por la persona jurídica le corresponde a la propia entidad, requerida por el juez de instrucción, en Chile es el Ministerio Público el encargado de individualizar al representante legal de la persona jurídica que actuará en su nombre en el proceso.

representación, y el tribunal solicitará al órgano competente de aquélla la designación de un nuevo representante, dentro del plazo que le señale. Si transcurrido el tiempo fijado por el tribunal no se notifica la designación ordenada, el tribunal designará al efecto un curador ad litem”.

³⁶VELASCO NÚÑEZ, Eloy (2012) "Responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos sustantivos y procesales", Diario La Ley, n° 7883, 19 de junio 2012, España. Disponible en: <http://p88-127.0.0.1.accedys.udc.es/accedix0/sitios/control/0incrustat.php?aplicacion=10031>

Por otra parte, en España, la falta de designación del representante por parte de la entidad no impide la sustanciación del procedimiento con el abogado y el procurador, sean estos designados por la persona jurídica o de oficio por el juez, art. 119.1.a) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882. El art. 119.1 b) del citado texto legal español establece que la inasistencia del representante a la primera comparecencia, en la que se produce la imputación de la persona jurídica, provocará que la misma se practique con el abogado de la entidad y el art. 120.2 para la inasistencia del representante a las diligencias de investigación o prueba anticipada que requieran o autoricen la presencia del imputado, se sustanciarán con el abogado defensor. Se asemeja a la regulación italiana, que garantiza en todo caso la defensa técnica y se deja libertad a la entidad para designar representante.

En el ordenamiento chileno, por el contrario, el Art. 23 de la Ley 20.393 dispone que si citado para comparecer a una audiencia ante el tribunal, el representante legal de la persona jurídica, previamente individualizado por el Ministerio Público, no se presentare sin dar una justificación para su ausencia, el tribunal podrá ordenar que sea arrestado hasta la realización de la audiencia. Esto se parece a la regulación del ordenamiento francés en la materia, que en el Art. 706-44 Code de Procédure Pénale establece que contra el representante podrán dictarse las mismas medidas coercitivas que cabe acordar frente a los testigos, por lo que se le podrán imponer multas y se le podrá obligar a comparecer coactivamente ante su inasistencia injustificada (art. 109 Code de procédure pénale).

En la regulación chilena se prevé además que si el representante, a pesar de la orden de arresto no fuere habido, se encargará el tribunal de designar un defensor penal público que actuará como curador ad litem, lo que se asimila también al ordenamiento francés respecto al nombramiento de un mandataire de justice -art. 706-43 Code de procédure pénale-.

De lo señalado se podría afirmar que tanto en Chile como en Francia se otorga mayor relevancia a la autodefensa de la persona jurídica y a su apersonamiento en juicio a través de una persona física. Por otro lado, estarían las regulaciones española e italiana, en las que el representante no puede ser objeto de arresto ni de otras medidas cautelares personales, lo cual resulta coherente con la posibilidad de que el procedimiento se desarrolle hasta su conclusión, tan solo con el abogado de la entidad, perdiendo con ello la posibilidad de ejercitar las facultades propias de la autodefensa. Es decir, mientras la presencia del representante es un deber jurídico en los ordenamientos chileno y francés, en las regulaciones española e italiana se configura más bien como una carga para la entidad, que si no es asumida por la misma, provoca la restricción de sus posibilidades autodefensivas, eso sí, manteniendo intactas sus posibilidades de defensa técnica.

2.- Imputabilidad de las personas jurídicas en Chile por el delito de Cohecho.
Doctrina y jurisprudencia³⁷.

³⁷ Para el siguiente análisis me apoyaré en el texto ya mencionado de Iván Navas y Antonia Jaar, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia chilena”, del volumen 13, n° 26, de la

Los presupuestos para la atribución de responsabilidad penal según la legislación aplicable al Cohecho, son:

- 1) Que el delito haya sido cometido por los dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o por quienes realicen actividades de administración y supervisión. Además, responderán cuando el delito se haya cometido por personas. Este punto no da lugar a mayores ambigüedades, en el sentido que es fácil constatar, una vez acreditado el delito, si la persona que lo ha cometido coincide con los responsables, representantes, administradores, controladores, de la persona jurídica.

Pudiera criticarse el hecho de que no se incluyan entre quienes cometen el Cohecho a terceros, que hubieran sido encomendados por los controladores, dueños, etc y que fueran parientes, cercanos, socios o mandados por el administrador, controlador, representante, fuera del contexto de un mandato en cumplimiento de las obligaciones laborales y de obediencia de la empresa.

No se sanciona a la persona jurídica por el Cohecho cometido por terceros ajenos a la empresa, sociedad, etc. aunque fueren familiares directos de

Revista de Política Criminal Vol. 13, Nº 26 de Diciembre de 2018, que puede ser revisada on line en formato pdf en el siguiente enlace: http://www.politicacriminal.cl/Vol_13/n_26/Vol13N26A10.pdf

sus controladores, dueños, etc ni aunque el Cohecho de ese tercero beneficie directamente a la persona jurídica, sea una sociedad, empresa, corporación, etc. Sin embargo, se entiende que no se sancione a la persona jurídica cuando la acción es de terceras personas, teniendo en cuenta que lo que se busca castigar es una organización defectuosa, un ente que en su estructura fundacional tiene por objetivo un ilícito y propicia la corrupción y por lo tanto, el Cohecho debe ser una acción dentro de las que normalmente se llevan a cabo en la empresa o persona jurídica o debe ser realizado dentro de las funciones de uno de sus empleados (por ejemplo, un junior que va a dejar un cheque a determinada oficina, que corresponde a un pago por Cohecho y lo hace como parte de sus actividades lícitas habituales) o realizada mandado por o directamente por parte del administrador, dueño, controlador o representante. Si una persona de la alta dirección de la empresa es una persona corrupta, se entiende que sea castigada toda la organización además de esa persona, por la facilitación del delito que el vínculo con la empresa o sociedad propicia. En cambio si es un tercero, no tendría porqué castigarse toda la organización, sino sólo a dicho tercero y a quienes hubieren participado en cualquier modo del delito, ya que sería una acción realizada fuera del funcionamiento de la estructura organizacional del ente o corporación.

En las sentencias analizadas en el mencionado trabajo de Iván Navas y Antonia Jaar, en todas el tribunal sancionó a la empresa por una acción realizada por

alguna de las personas mencionadas en el artículo 3° de la Ley 20.393. Dichas sentencias, que se continuarán mencionando en este capítulo, son las siguientes:

a) Caso Maggi: con sentencia condenatoria del 14 de abril de 2014, “Fisco de Chile con Eadez”, RIT N° 1104-2011, RUC N° 1000854916-3, Juzgado de Garantía de Chillán, en contra de Sociedad Aridos Maggi Limitada por el delito de cohecho. Se interpuso recurso de apelación el cual se tramitó ante la Corte de Apelaciones de Chillán bajo el RIT N° 105-2014.

b) Caso Ceresita: Suspensión condicional del procedimiento, en contra de Industrias Ceresita S.A., “Ministerio Público con Reyes”, RIT 157-2012, RUC 1101272897-4 del Tercer Juzgado de Garantía de Santiago, por el delito de cohecho.

c) Caso Colbún: Sentencia condenatoria del 12 de agosto de 2013, “Ministerio Público con Rojas”, RIT N° 9211-2012, RUC N° 1201092968-5, por el Juzgado de Garantía de Talca, en contra de Salmones Colbún Limitada y Servicios Agrícolas Mecanizados Limitada por el delito de cohecho³⁸.

³⁸Por ejemplo, en el caso Colbún, en relación a los vínculos de las personas naturales con la empresa que permitieron imputar como culpable de Cohecho a la persona jurídica, el tribunal señala lo siguiente: “JOSE IRACHETA CARTES Y MIGUEL IRACHETA CARTES, socios, propietarios y representantes legales de las Empresas Salmones Colbún Ltda. y Sociedad Agrícola Mecanizados Ltda., personas jurídicas de derecho privado, en conjunto con su Gerente Comercial PABLO IRACHETA PAROT y del asesor Legal JAIME ROJAS SAN MARTIN, cometieron los delitos reiterados de cohecho activo o soborno, previstos y sancionados en el artículo 250 del Código Penal, en interés y provecho de las Empresas Salmones Colbún Ltda. y Sociedad Agrícola Mecanizados Ltda., siendo su comisión consecuencia del incumplimiento, por

d) Caso Asevertrans: Sentencia absolutoria del 2 de junio de 2015, “Consejo de Defensa del Estado con Asevertrans Limitada”, RIT N° 33-2014, RUC N° 1100770074-3, Tribunal De Juicio Oral en lo Penal de Arica, por el delito de Cohecho, absuelta Asevertrans Ltda.

parte de las empresas imputadas, de sus deberes de dirección y supervisión, con arreglo a lo dispuesto en la Ley N° 20.393, del modo en que se desarrolla a continuación:

En efecto la empresa SALMONES COLBUN LTDA Rut 79.798.2903 es una persona jurídica de derecho privado, constituida el día 21 de marzo de 1998 por escritura pública suscrita en la Notaria Ignacio Vidal Domínguez en la ciudad de Talca, bajo razón social Salmones Colbún, son socios de dicha empresa el Sr. JOSE ARTURO IRACHETA CARTES y su hermano JACINTO MIGUEL IRACHETA CARTES quienes poseen el 50% cada uno de los derechos sociales, respectivamente, siendo ambos representantes legales de la referida sociedad, además de dueños de la misma, hasta la fecha.

Que asimismo la empresa SERVICIOS AGRICOLAS MECANIZADOS LTDA, RUT 8900529-1 es una persona jurídica de derecho privado, constituida el día 23 de abril de 1986, por escritura pública suscrita en la notaria Ignacio Vidal Domínguez en la ciudad de Talca, bajo razón social SERVICIOS AGRICOLA MECANIZADOS LTDA, O SAM LTDA, son socios de dicha empresa el Sr. JOSE ARTURO IRACHETA CARTES y su hermano JACINTO MIGUEL IRACHETA CARTES quienes poseen el 60% cada uno de los derechos sociales, respectivamente, siendo ambos representantes legales de la referida sociedad, además de dueños de la misma, hasta la fecha.

Que asimismo PABLO IRACHETA PAROT, hijo de .José Iracheta Cartes, era el Gerente comercial de la empresa Salmones Colbún Ltda. Desde el año 2007, aun cuando prestaba servicios indistintamente para ambas empresas.

Que finalmente JAIME ROJAS SAN MARTIN, estudiante de derecho, desde el año 2009 presta servicios en beneficios de las empresas indicadas, siendo desde el año 2012 su asesor legal,-

En consecuencia las personas naturales indicadas ostentaban las calidades de dueños, socios y representantes legales y empleados de las empresas indicadas a la fecha de comisión de los delitos de cohecho, que se relataron.

e) Caso Pehuenche: Sentencia condenatoria del 19 de agosto de 2015, “Ilustre Municipalidad de Santiago con Droguett”, RIT N° 11862-2014, RUC N° 1400129785-7, 7° Juzgado de Garantía de Santiago, en contra de Empresa Constructora Pehuenche por el delito de Cohecho.

f) Caso Universidad del Mar: Sentencia condenatoria del 2 de junio de 2016, “Ministerio Público con Luis Eugenio Díaz”, RIT N° 4799-2012, RUC N° 1200084351-0, 8° Juzgado de Garantía de Santiago, en contra de La Universidad del Mar por el delito de Cohecho.

2) En relación al beneficio económico para la persona jurídica que debe ser consecuencia del Cohecho para que aquella sea imputable penalmente, puede tratarse de diferentes condiciones provechosas traducibles en dinero y también, con la reciente modificación de fecha 20.11.2018, ya no necesariamente debe ser un beneficio económico, sino también “de otra naturaleza”. Sin embargo, las sentencias analizadas son anteriores a la reciente reforma, por lo que en todas el beneficio es traducible en dinero.

Por ejemplo, en el caso Ceresita, el beneficio consistió en que la empresa “pudiera mantener su planta de Recoleta en funcionamiento, a pesar de no contar con el certificado de recepción final de obras, ni autorización sanitaria pertinente de la SEREMI de Salud, ni patente comercial, y en circunstancias que el plan regulador de la comuna de Recoleta prohíbe el giro de Industria en la zona en que se encuentra el inmueble, entre otras irregularidades”.

En el caso Asevertrans, el tribunal resolvió que por tratarse de “una empresa unipersonal, no hay acciones que puedan diferenciar la conducta de JFE con la de la empresa, ya que en la práctica es la persona natural la que actúa o dicho de otra forma, la persona natural y jurídica se confunden en el ejercicio de su vida comercial”³⁹. Y por lo tanto, el beneficio económico de la persona natural, necesariamente va a beneficiar a la persona jurídica y viceversa. Pero por este mismo motivo en este caso se dictó sentencia absolutoria, en virtud del principio non bis in idem.

En el caso del Fisco contra la Constructora Pehuenche Limitada, se dejaron de cursar “multas por un monto aproximado y total de \$188.472.735 y de no mediar las conductas desplegadas por el Subdirector de Pavimentación SDE, se hubiese puesto término al mismo por el incumplimiento”⁴⁰

En el Caso Universidad del Mar el provecho consistió en la obtención de la acreditación institucional, lo que permite que las universidades pueden recibir alumnos con beneficio CAE (Crédito con Aval del Estado). Esto termina beneficiando económicamente a la institución, ya que el pago de arancel de una parte de los alumnos queda asegurado por el financiamiento estatal y hay más alumnos que por este motivo eligen esta casa de estudios y no otra que no estuviera acreditada. El rector de dicha Universidad, es decir, la autoridad máxima, “consintió en dar un beneficio económico a un funcionario público a

³⁹Consejo de Defensa del Estado con Asevertrans Limitada (2015)

⁴⁰Ilustre Municipalidad de Santiago con Droguett (2015).

cambio de obtener la acreditación institucional que en definitiva le reportó un ingreso por concepto de Crédito con Aval del estado (CAE) de los siguientes montos: \$2.018.242.352 con fecha 23.09.2011; \$1.540.000.000 con fecha 23.09.2011; \$1.319.398.078 con fecha 17.10.2012; \$1.487.960.405 con fecha 16.11.2012 y montos totales durante el año 2013 superiores a los tres mil millones de pesos”⁴¹

Por lo tanto, el beneficio a veces no es directamente en dinero, pero muchas veces puede traducirse en dinero y puede adoptar múltiples formas, como exenciones, privilegios o asignaciones. Con la reciente modificación de Ley 21.121, además puede tratarse de algún privilegio de otra naturaleza, lo que jurisprudencialmente se podrá analizar a futuro.

3) El incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión por parte de la persona jurídica

El incumplimiento en una adecuada organización implica un déficit de auto regulación permanente de la persona jurídica⁴². En efecto, se trata de una falta de medidas preventivas que adecuadamente eviten la comisión de delitos en el ejercicio de acciones que van en beneficio de la persona jurídica y se desarrollan en el marco de su giro o actividad propia. Esas medidas cuya falta configura o es

⁴¹Ministerio Público con Luis Eugenio Díaz (2016).

⁴²NIETO MARTIN, Adán, La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo, 2008, pp. 324 y ss.

uno de los elementos de culpabilidad del ilícito, son las que se señalan en el artículo 4° de la Ley 20.393, es decir, la creación de un modelo de prevención que autorregule a la persona jurídica y se adapte a sus actividades regulares en modo de limitar las posibilidades de comisión de delitos.

Para algunos, este requisito es asimilable a la *actio libera in causa*, en cuanto la culpabilidad no estaría presente en el momento de realización del hecho, sino en un momento anterior donde no se tomaron las medidas adecuadas⁴³. Pero se puede contra argumentar que ni antes pero tampoco al momento del ilícito se han llevado a cabo las medidas, por lo que su falta también es un elemento constitutivo y contemporáneo al ilícito. Por otro lado, la Ley no señala que la falta de un modelo de prevención adecuado necesariamente implique culpabilidad, sino que, al revés, dice que su existencia exculpa a la persona jurídica (no a la persona natural), por lo que no correspondería a la *actio libera in causa*.

No es obligatorio asumir un modelo de prevención como indica el Art. 4° de la Ley, es facultativo y las personas jurídicas pueden cumplir con sus deberes de dirección y supervisión también con otras fórmulas preventivas. Condenar a una persona jurídica por no tener el modelo de prevención que se desprende de los requisitos previstos en la Ley 20.393 implica una presunción de culpabilidad que,

⁴³Véase críticamente GRACIA MARTÍN, Luis, "Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica", Revista electrónica de ciencia penal y criminología, 2016, p.

en un derecho penal del hecho, no tiene cabida⁴⁴. Esto ocurrió por ejemplo, en el Caso Colbún: mencionado, donde el tribunal concluyó que por no haberse implementado un modelo de prevención de delitos, necesariamente se estarían incumpliendo los deberes de dirección y supervisión, lo que no podría ser implicado de los tipos de Cohecho descritos por el CP ni de la Ley 20.393 y por lo tanto su exigencia necesaria para obtener la absolución excedería y no estaría contemplada en el tipo: “Se razona de este modo toda vez que dicho ilícito fue cometido directa e inmediatamente en su interés o provecho por sus dueños y representantes y como consecuencia del incumplimiento de sus deberes de dirección y supervisión, los cuales no se consideran cumplidos toda vez que no se ha adoptado ni implementado un modelo de organización, administración y supervisión para prevenir delitos conforme al artículo 4 de la Ley 20.393, esto último acreditado mediante el Oficio N° 1.831 de 28 de enero de 2013 de la Superintendencia de Valores y Seguros, a quien corresponde llevar el registro de las Entidades Certificadoras de Modelos de Prevención de Delitos que alude el artículo 4 de la Ley 20.293, las cuales deben remitir información anual sobre las personas jurídicas que certifiquen, que da cuenta que SALMONES COLBÚN LTDA y SERVICIOS AGRÍCOLAS MECANIZADOS LTDA no figuran en la información remitida como personas jurídicas certificadas”⁴⁵.

⁴⁴Crítico con las presunciones en materia penal CURY URZUA cit. nota n° 13, p. 345.

⁴⁵Ministerio Público con Rojas (2013).

Es decir faltaría una justificación y prueba adecuadas del hecho de que la empresa no adoptó los mecanismos adecuados y necesarios para prevenir el delito, lo que también ocurre en los casos Pehuenche y Ceresita: “La comisión de delito en comento, fue consecuencia del incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión de la persona jurídica imputada, esto es, empresa constructora Pehuenche Limitada, toda vez que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 20.393, esta sociedad no adoptó ni implementó, con anterioridad a los hechos, un modelo de prevención de delitos en los términos del artículo N° 4 de la misma ley, ni contó con mecanismos para prevenir la conducta de soborno antes descrita”⁴⁶

En cambio, en la sentencia del Caso Universidad del Mar, el tribunal explica mejor la falta de este requisito respecto de la administración de la persona jurídica, enumerando a modo de ejemplo, determinadas medidas que podrían haberse empleado que podrían haber exculpado a la entidad: “No se designaron en ninguna de ellas a un encargado de prevención u oficial de cumplimiento que estableciera método para la aplicación efectiva de un modelo y que realizara asimismo labores de supervisión y mejora. No se destinaron por parte de la Corporación recursos ni medios materiales para realizar labores de prevención ni capacitaciones para prevenir dicho ilícito, no se realizaron labores para identificar dentro de la corporación las actividades o procesos de la entidad en que se generaba o incrementaba el riesgo de la comisión del delito de soborno,

⁴⁶ Ministerio Público con Rojas (2013).

especialmente en relación con la CNA y sus integrantes.[...] No se establecieron por dichas Corporaciones un sistema de denuncia o prosecución de responsabilidades para el caso de incumplimiento, ni un sistema de denuncias anónimas sobre posibles conductas contrarias a la probidad pública”⁴⁷. Al no ser sólo una la fórmula correcta o idónea para ejercer adecuadamente los deberes de supervisión y dirección de una persona jurídica, el tribunal tendría que recurrir a la ejemplificación de medios idóneos al caso y a la persona jurídica, como en la causa de la Universidad del Mar recién mencionada, donde se apunten las faltas o negligencias que denoten una administración o supervisión inadecuadas o insuficientes y con el tiempo, podría apoyarse de aquellas entidades que se destaquen por su autorregulación y por adoptar un sistema preventivo eficiente y eficaz en la prevención de los delitos, como ya se hace en el derecho empresarial. El principio de culpabilidad en relación a la persona jurídica.

El Código Penal chileno no contiene un concepto de culpabilidad y sólo aparecen regulados positivamente los presupuestos bajo los cuales un comportamiento típico y antijurídico no puede imputarse al autor, es decir, resulta inimputable. La doctrina y jurisprudencia en cambio, sí han elaborado un concepto positivo donde el punto básico inicial es la libertad del sujeto a la hora de cometer el delito para que haya culpabilidad. Esta idea contrasta con la naturaleza de las personas jurídicas. No resultan aplicables en una persona jurídica los requisitos de

⁴⁷Ministerio Público con Luis Eugenio Díaz (2016).

imputabilidad, exigibilidad de la conducta y consciencia de la ilicitud, tal como se aplican en la persona natural.

Sin embargo, parte de la doctrina considera que la persona jurídica sí puede ser sujeto capaz de una imputación penal culpable cuando se esté considerando un concepto de culpabilidad analógico a la culpabilidad de la persona natural. En la doctrina comparada, el profesor Carlos Gómez-Jara de España argumenta lo siguiente: “el ente colectivo llega a alcanzar una individualidad cuando su complejidad organizativa permite una autorreferencialidad importante de la propia persona jurídica y el desarrollo de intereses societarios ajenos a los de sus órganos, representantes y socios”⁴⁸.

En cuanto a la socialidad, el mismo autor señala: “La persona jurídica no se presenta en este ámbito en un nivel social inferior a la persona natural, sino que actúa con las mismas facultades y capacidades de organización. Es titular igualmente del estatus de ciudadano, lo que otorga a sus actuaciones un sentido jurídico específico y justifica una respuesta social concreta (esto es, responsabilidad)”⁴⁹

En la jurisprudencia también se encuentran expresiones del concepto positivo de culpabilidad referido a la persona jurídica y a su fundamento, radicado en la libertad como capacidad individual de actuar de otra manera. Así, el Tribunal

⁴⁸GARCÍA CAVERO, cit. nota n° 24, p. 65; GÓMEZ-JARA, La culpabilidad de la empresa, Madrid: Marcial Pons, 2005, pp. 201 y ss.

⁴⁹GARCÍA CAVERO, cit. nota n° 24, p. 65; GÓMEZ-JARA, op. cit.

Federal Alemán ha señalado que “la pena presupone culpabilidad entendida esta última como irreprochabilidad.

Con el juicio de desvalor de la culpabilidad se reprocha al autor que él no se haya comportado de modo adecuado a derecho, a pesar de que él pudo comportarse conforme a derecho”⁵⁰. Esto coincide por ejemplo con el razonamiento ya señalado que desarrolló el tribunal en la sentencia condenatoria por falta del deber de supervisión y administración al ilustrar a través de ejemplos la falta de un comportamiento adecuado en este aspecto por parte de la entidad y la negligencia en su estructura organizativa, que denota falta de responsabilidad adecuada al tipo de actividad que desarrolla y, en fin, su culpabilidad.

El Tribunal Constitucional Chileno ha señalado que “la culpabilidad es un presupuesto indispensable de la responsabilidad penal; que supone la posibilidad de obrar de otra forma y además la conciencia de ilicitud, sin poder presumirse de derecho el conocimiento de lo injusto”⁵¹. Por ello, no puede aún darse una afirmación conclusiva en este aspecto.

En la discusión chilena, con posturas como las de Mañalich, Collado González, Artaza Varela, Hernández Basualto, Balmaceda Hoyos y Guerra Espinosa, se observa un esfuerzo por sortear los obstáculos dogmáticos que encuentra la atribución de una responsabilidad estrictamente penal a un ente colectivo.

⁵⁰BGHSt, 2, 194. Véase en KINDHÄUSER, Urs, «Culpabilidad jurídico-penal en el estado democrático de derecho», Revista de derecho, vol. 10, 2009, p. 138.

⁵¹STC Rol 1584-09 de 17 de junio de 2010. La cursiva es nuestra

En una monografía, Collado González aborda sistemáticamente la mayoría de los puntos de discusión. “Este autor plantea que la responsabilidad penal de la empresa se estructura, en sede de tipicidad, como un tipo de intervención omisiva, es decir, sería un delito de omisión pura referido a la no implementación de un modelo de prevención de delitos. De ello se derivaría que esta omisión facilita o contribuye a la comisión activa de delitos por parte de los sujetos relacionados con la empresa”⁵².

Esto puede contradecir el carácter de facultativo de los modelos de organización del artículo 4° de la Ley 20.393, pero aún así, la falta de un modelo de organización adecuado sin duda incide en la culpabilidad de la persona jurídica como organización y si se añade una negligente administración (inferior a la del buen padre de familia) según los estatutos del mismo ente, la autorregulación de modelos organizativos aprobados por la Superintendencia de Valores y Seguros respecto a empresas similares o algún otro estándar que constituya un modelo organizativo mínimo, con una responsabilidad social básica, aplicable a la empresa o persona jurídica en particular, entonces sí podría hablarse de culpabilidad en uno de sus aspectos, el deber de supervisión y adecuada administración.

Heine y Lampe postulan una tesis por la cual, la culpabilidad de la empresa sería consecuencia de un “carácter empresarial defectuoso” que se mantiene a lo largo

⁵² NAVAS, Iván; JAAR, Antonia. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia chilena”. Revista de Política Criminal, Volumen 13, Nº 26, Diciembre de 2018, pp. 1044.

del tiempo; no a acciones específicas, sino a una “forma de ser” de la corporación. Lampe señala que la culpabilidad de la empresa consiste en que ella ha creado o mantenido (“cultivado”) una filosofía criminógena. La culpabilidad de ella es consecuencia de su carácter defectuoso⁵³. Es decir, apunta a la permanencia en el tiempo de una conducta negligente por parte de la administración de la persona jurídica que tarde o temprano propiciaría una conducta desviada, a lo que habría que agregar, en beneficio de la empresa y cometida por sus administradores, representantes y los demás que señala el art. 3°. Esta necesidad de un comportamiento inadecuado continuado, no solucionado a tiempo, que por falta del deber de supervisión no ha sido enmendado, puede interpretarse que coincide con la única agravante de responsabilidad de la Ley 20.393 en su artículo 7, es decir, el no haber cometido el mismo ilícito en los últimos 5 años y además es concordante con la redacción de la atenuante del número 3 del Art. 6° de la misma Ley, o sea, “la adopción por parte de la persona jurídica, antes del comienzo del juicio, de medidas eficaces para prevenir la reiteración de la misma clase de delitos objeto de la investigación”.

Mañalich sostiene que a la persona jurídica se le puede reprochar en “su modo de ser”, esto es, en su carácter, no como base de su responsabilidad personal, sino como su objeto⁵⁴. Collado González señala que el reproche hacia la persona

⁵³LAMPE, «Systemunrecht und Unrechtssysteme», ZStW, n° 106, 1994, p. 732.

⁵⁴MAÑALICH, Juan Pablo, “Organización delictiva. Bases para su elaboración dogmática en el derecho penal chileno”, Revista Chilena de Derecho, vol. 38 N° 2, (2011), p. 303.

jurídica va dirigido a su organización, esto es, a la forma en que dicha organización fue implementada⁵⁵. Dice que la culpabilidad de una empresa se fundamenta en una conducción de la vida empresarial donde lo que se reprocha no es un hecho, sino que un estado de cosas u organización defectuosa⁵⁶.

Balmaceda Hoyos y Guerra Espinosa se adhieren al modelo constructivista que les permite hablar de un equivalente funcional para fundamentar la culpabilidad de las personas jurídicas⁵⁷. Estos autores parten de la base de que el concepto de persona no es exclusivo de la persona físico-natural. Para este último se debe reservar el concepto de individuo. Así, persona es quien representa un rol en la sociedad al cual le es atribuido distintas competencias. De esta forma una persona jurídica es sujeto de atribución por un defecto de organización ya que, según Balmaceda Hoyos y Guerra Espinosa, ella sí posee una (especie de) libertad de auto-determinación⁵⁸.

El sociólogo Niklas Luhmann plantea que la persona jurídica es un sistema que tendría cualidades propias como autonomía, auto-administración, autoconducción y autoorganización que la haría independiente de los miembros

⁵⁵COLLADO GONZÁLEZ, Rafael, *Empresas criminales*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2013, p. 107.

⁵⁶COLLADO GONZÁLEZ, Rafael, *Empresas criminales*, op cit. nota n° 43, p. 108

⁵⁷BALMACEDA HOYOS, Gustavo; GUERRA ESPINOSA, Rodrigo. *Políticas de prevención de delitos en la empresa*, Santiago de Chile, Thomson Reuter, 2014, p. 116 y ss.

⁵⁸BALMACEDA HOYOS, Gustavo; GUERRA ESPINOSA, Rodrigo. *Políticas de prevención*, op cit. nota n° 58, p. 117.

que individualmente la conforma. Se trata de una tesis también de índole constructivista basada en la distinción personas e individuos.

Es decir, el concepto de defecto de organización ha sido acogido por parte importante de la doctrina chilena, con algunas disidencias, como por ejemplo, Artaza Varela critica la teoría señalando que las tesis del defecto de organización de la empresa como causa que favorece la comisión del delito por parte de uno de los integrantes de la misma, no parece suficiente para imponer responsabilidad jurídico-penal y tampoco parece adecuada denominarla como “culpabilidad” de la empresa⁵⁹. Agrega que la idea del defecto de organización sigue tratándose de una imposición de responsabilidad jurídica pero con base en consideraciones muy diversas a la idea de la pena en sede jurídico-penal y a los criterios de legitimidad⁶⁰. Este autor critica que el modelo del hecho propio a través del defecto de organización no respetaría el principio de personalidad de las penas que emana del principio de culpabilidad⁶¹.

Para Artaza Varela , junto con las manifestaciones del principio de culpabilidad (personalidad de las penas, responsabilidad subjetiva, responsabilidad por el hecho propio, etc.), debe tomarse en cuenta la teoría de la organización empresarial, en una imputación subjetiva a la empresa que permita sostener que la empresa actuó diferenciadamente de sus integrantes y en segundo lugar, que

⁵⁹ ARTAZA VARELA, Osvaldo, “La empresa”, op cit. nota ° 65, 2013, p. 172.

⁶⁰ ARTAZA VARELA, Osvaldo, “La empresa”, op cit. nota ° 65, 2013, p. 172.

⁶¹ARTAZA VARELA, Osvaldo, “La empresa”, op cit. nota ° 65, 2013, p. 172.

la conducta de la empresa pueda ser considerada jurídico-penalmente relevante de cara a las normas jurídico-penales y a las reglas de conducta que se desprenden de ellas⁶².

Otra opinión crítica es la de Van Weezel señala que una pena penal a una persona jurídica debe entenderse como una pena sin culpabilidad por el hecho, pues no se da una identidad personal (culpabilidad personal) entre quien comete el hecho y quien recibe la sanción⁶³. Señala que la Ley N° 20.393 pone en riesgo la vigencia del principio de culpabilidad como base del derecho penal chileno al transgredir el non bis in idem y objetivizar la punibilidad de la persona jurídica.

La responsabilidad penal a la persona jurídica requiere un concepto analógico o equivalente de culpabilidad. Sin embargo, en las sentencias analizadas los tribunales no analizan, por ejemplo, si es que la persona jurídica tiene un sistema organizativo interno lo suficientemente complejo que permita hacerla responsable por sí misma del delito que se le imputa. De hecho, al condenarlas, no ha hecho referencia alguna al principio de culpabilidad, ni al que se aplica a las personas naturales ni a un concepto analógico creado al efecto. Carlos Gómez Jara por ejemplo, apuesta por la construcción de un concepto de culpabilidad jurídico-penal empresarial⁶⁴.

⁶²ARTAZA VARELA, Osvaldo, "La empresa", op cit. nota ° 65, 2013, pp. 175 y ss.

⁶³ VAN WEEZEL, "Contra", op cit. nota n° 46, p. 123

⁶⁴Ver: GÓMEZ-JARA, La culpabilidad, op cit. nota n° 54, p. 69

El Tribunal Supremo Español se ha pronunciado sobre el punto, resumiendo que la culpabilidad de la persona jurídica se encuentra en no haber adoptado medidas de prevención adecuadas para evitar que las personas naturales que la integran cometieran los delitos que se le imputan: “en el plano culpabilístico la responsabilidad de la persona jurídica se fundamenta en permitir o favorecer su comisión al haber eludido la adopción de medidas de prevención adecuadas”⁶⁵. Por supuesto, esto exigiría la existencia real de modelos de prevención adecuados reveladores de una “cultura de cumplimiento” de la norma penal “por parte de” la persona jurídica. El principio de culpabilidad requiere un reproche por un hecho propio que es la no implementación de modelos de prevención.

Non bis in ídem

La mayoría de las empresas son sociedades que están constituidas por un solo dueño, administrador y controlador, de modo que imponer una pena a la persona natural y a la persona jurídica significa imponer la misma pena a un mismo sujeto dos veces.

Nieto Martín señala que en las empresas pequeñas, el administrador socio recibe dos sanciones diferentes, la pena privativa de libertad y una “multa encubierta” a través de la responsabilidad de la empresa⁶⁶. Se castigaría dos veces a la misma persona y dos veces por el mismo hecho. Van Weezel advierte que por este

⁶⁵STS (Pleno) 154/2016, de 29 de febrero de 2016.

⁶⁶NIETO MARTÍN, La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo, 2008, p.111

motivo la Ley 20.393 pone en riesgo la vigencia del principio de culpabilidad que es actualmente uno de los pilares del derecho penal chileno⁶⁷.

En la jurisprudencia chilena, en el ya mencionado Caso Asevertrans el Tribunal Oral en lo Penal de Arica absolvió a la empresa Asevertrans por infracción del principio non bis in idem, ya que la persona natural condenada es el dueño, representante legal y único agente de la empresa, por lo que sancionar además a la empresa implicaría condenar dos veces a la misma persona por el mismo hecho: “En relación a la responsabilidad penal de Asevertrans, estos sentenciadores han resuelto de manera unánime absolver a la misma; por cuanto JFE y la empresa respecto de la cual se pide la sanción se identifican uno con otro, tanto es así que quien ejecutó los delitos bases es el propio JFE en beneficio de la empresa y por ende él, de modo que se infringiría el non bis in ídem, al valorar dos veces el cohecho de JFE”⁶⁸

El tribunal también se refiere al artículo 4º de la Ley Nº 20.393 sobre el modelo de prevención de delitos con cuya implementación se cumple con los deberes de dirección y supervisión. El tribunal derechamente argumenta que un modelo de prevención no tiene sentido al ser el imputado el único agente de la empresa: “Como se aprecia, todo ello el contenido del modelo de prevención propuesto por la ley en la empresa Asevertrans no era posible, ya que solo JFE era quien formaba parte de la empresa, por lo que no era necesario algún mecanismo de

⁶⁷VAN WEEZEL, “Contra”, op cit. nota n° 46, p. 129.

⁶⁸Consejo de Defensa del Estado con Asevertrans Limitada (2015).

supervigilancia y control, en tanto que todas las funciones de la empresa recaían sobre la misma persona, por ende, más que un defecto de organización de la empresa Asevertrans, fue la propia conducta de JFE, que está fuera del ámbito de la responsabilidad de la persona jurídica, la que origina una responsabilidad penal a su respecto”⁶⁹.

Determinación de la pena:

El artículo 8º de la Ley N° 20.393, con la reciente modificación por Ley 21.121 de noviembre de 2018, se encuentra actualmente redactado en la siguiente forma:

“Artículo 8º. Penas. Serán aplicables a las personas jurídicas una o más de las siguientes penas:

1) Disolución de la persona jurídica o cancelación de la personalidad jurídica.

Esta pena no se aplicará a las empresas del Estado ni a las personas jurídicas de derecho privado que presten un servicio de utilidad pública cuya interrupción pudiere causar graves consecuencias sociales y económicas o daños serios a la comunidad, como resultado de la aplicación de dicha pena.

2) Prohibición temporal o perpetua de celebrar actos y contratos con el Estado.

3) Pérdida parcial o total de beneficios fiscales o prohibición absoluta de recepción de los mismos por un período determinado.

4) Multa a beneficio fiscal.

⁶⁹Consejo de Defensa del Estado con Asevertrans Limitada (2015).

5) Las penas accesorias previstas en el artículo 13”.

Y por su parte, el artículo 17 de la Ley N° 20.393 establece reglas para determinar la cuantía y la naturaleza de las penas que se impondrán a la persona jurídica, en base a los siguientes criterios:

“1) Los montos de dinero involucrados en la comisión del delito.

2) El tamaño y la naturaleza de la persona jurídica.

3) La capacidad económica de la persona jurídica.

4) El grado de sujeción y cumplimiento de la normativa legal y reglamentaria y de las reglas técnicas de obligatoria observancia en el ejercicio de su giro o actividad habitual.

5) La extensión del mal causado por el delito.

6) La gravedad de las consecuencias sociales y económicas o, en su caso, los daños serios que pudiere causar a la comunidad la imposición de la pena, cuando se trate de empresas del Estado o de empresas que presten un servicio de utilidad pública”.

A continuación, expondré brevemente los hechos y las penas impuestas en los cuatro casos, de los seis en análisis que forman parte de la investigación citada de Antonia Jaar e Iván Navas, en donde hubo sentencia condenatoria y además con la información oficial de causas publicada en la página del Poder Judicial:

Hechos	Pena
CASO COLBUN	
<p>JAIME ROJAS SAN MARTÍN, estudiante de derecho, empleado de la sociedad Salmón COLBUN Ltda. desde el año 2009 a septiembre de 2012, encomendado por los SRES: JOSE IRACHETA CARTES Y MIGUEL IRACHETA CARTES y con el patrocinio del abogado IVAN GOMEZ OVIEDO, se coordinó y concertó con el oficial 4º, actuario del 2º juzgado de letras de Talca, el imputado RODOLFO OSVALDO SARRIA TEJADA, encargado de la tramitación de las causas voluntarias de dicho tribunal, con el objeto de proceder a la inscripción de derechos de aprovechamientos de agua en el conservador de Bs. Raíces de Talca a favor de sus representados, mediante sentencias falsificadas del 2º juzgado de letras, supuestamente emitidas en un proceso legalmente tramitado.</p> <p>Desde el año 2009 a septiembre de 2012, en un complejo sistema de simulación de procesos reales, con intervención del abogado Sr. IVAN GOMEZ OVIEDO, quien facilitó su patrocinio y firma en todas las causas y escritos para que el Sr. Jaime Rojas procediera ante el tribunal previa coordinación</p>	<p>El tribunal condena a las empresas SALMONES COLBÚN LTDA. y SERVICIOS AGRÍCOLA MECANIZADOS LTDA., a las siguientes penas por el delito de Cohecho:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Multa para cada empresa de 500 UTM y que le otorgue un plazo máximo para pagar de 18 meses, conforme al art. 12 de la Ley 20.393. - Pérdida de beneficios fiscales por el término de 3 años, en especial el de la Ley 18.450 (los que tuvieron y los que pudieran solicitar) conforme al art. 11 Ley 20.393 y si ya los tuvieron, la pérdida del 40% respecto de los beneficios que actualmente mantiene y en caso que no mantenga, conforme a su inciso final, prohibición para cuyo caso solicita se oficie a la Secretaría y Administración General del Ministerio de Hacienda y a la Subsecretaría de Desarrollo

<p>con el Sr. Rodolfo Sarria con requerimientos tramitados sin documentos, o en otros casos solo con los números de causas de otros, y respecto de roles verdaderos en los que nunca se ha dictado fallo, a la confección de 10 sentencias falsificadas, donde constaba que eran dictadas y firmadas por el juez titular y autorizadas por el secretario del tribunal, documentos que elaboraban en fotocopia y luego utilizando el timbre del tribunal rotulado como secretaria, y un segundo timbre que indicaba segundo juzgado de letras conforme con su original, procedían a falsificar la firma del secretario del tribunal y de esta forma las copias falsas aparecían como autorizadas por el Secretario como verdaderas, las que luego, procedían a inscribir en el conservador de Bienes Raíces de Talca.</p> <p>Para la falsificación de estas resoluciones, el imputado RODOLFO OSVALDO SARRIA TEJADA, recibía entre 100 a 300 mil pesos por cada sentencia que falsificaba, y a su vez JAIME ROJAS SAN MARTÍN recibía de sus representados la suma aproximada de \$ 800.000 pesos.</p> <p>Los imputados José Iracheta Cartes y Miguel Iracheta Cartes, eran los socios y propietarios de las Empresas Salmones Colbún S.A., Salmones Colbún Ltda. y Sociedad Agrícola</p>	<p>Regional y Administrativo del Ministerio del Interior con el fin de que sea consignada en los registros centrales de colaboradores del Estado y Municipalidades que respectivamente la Ley 19.862 les encomiende administrar.</p> <p>- La publicación en el diario El Mercurio (cuerpo C), por art. 13 de la Ley 20.393 N° 1, de un extracto de la parte resolutive de la sentencia que se dicte a su respecto.</p>
---	--

Mecanizados Ltda., y Salmones Bio-Bio, en esta última junto a un tercero de nombre Jorge Goles Spiess, que por su parte PABLO IRACHETA PAROT hijo de José Iracheta Cartes trabaja junto al resto de los imputados como Gerente Comercial.

Estos imputados, en conocimiento de la ilegalidad de la conducta y de la carencia de derechos al respecto, instruían a Jaime Rojas San Martín, empleado de la sociedad ya citada, con el objeto de cohechar a un funcionario del poder judicial, para que les proveyera de sentencias ideológica y materialmente falsas, que les permitiera a ellos como a terceros, respecto de los cuales tenían intereses creados, que les otorgara derechos de agua sobre determinados predios, sin cumplir con los requisitos legales.

Para obtener los datos que se empleaban en la redacción de las resoluciones falsificadas, el imputado Pablo Iracheta Parot, procedía a constituirse en los predios de propiedad de la empresa a la que prestaba servicios o de terceros, tomar los datos (coordenadas, puntos de captación, cantidad de litros, etc.), entregarlos a Jaime Rojas San Martín y este los pasaba a Sarria para la confección material de la sentencia falsa.

Asimismo cancelaron al Sr. IVAN GOMEZ OVIEDO por facilitar las firmas en los procesos antes indicados la suma aproximada de CINCO millones de pesos, de esta forma con su auxilio y cooperación legitimaban el actuar de Jaime Rojas San Martín ante el tribunal y en las demás instituciones involucradas.

En consecuencia, las referidas sentencias otorgaban la concesión de derechos de agua respecto de los cuales los beneficiarios, específicamente las sociedades de los imputados Miguel y José Iracheta y don José Rodríguez Mangiamarchi (3º respecto de los cuales a petición de José y Miguel Iracheta también se falsificaron sentencias), carecían de todo derecho para obtener aguas por las cantidades ya indicadas y sin seguir los procedimientos y formalidades de su obtención.

De igual forma, los imputados Iracheta Cartes obtenían – sin derecho alguno - aguas y enturbiaban el goce de terceros quienes tenían inscritos sus derechos de aprovechamiento de aguas y recibían menos agua que la que legalmente correspondían, empleando de esta manera las sentencias falsificadas para ejercer mayores derechos que aquellos que le correspondían o sin derecho alguno.

De esta forma, la comisión reiterada de delitos de cohecho del artículo 250 del Código Penal respecto del funcionario público RODOLFO SARRIA TEJADA, por parte de MIGUEL IRACHETA CARTES Y JOSE IRACHETA CARTES, dueño y representante legal de SALMONES COLBÚN LTDA. Y SERVICIO AGRÍCOLA MECANIZADO LTDA., y de los empleados JAIME ROJAS SAN MARTÍN Y PABLO IRACHETA PAROT, la benefició por cuanto permitió un aumento patrimonial de los activos de cada empresa, mediante la incorporación fraudulenta de derechos de aguas en predios de su propiedad ubicados en la región de Maule equivalente a 3300 litros por segundo

La comisión de los referidos hechos ilícitos fue consecuencia del incumplimiento, por parte de las empresas imputadas, de sus deberes de dirección y supervisión, con arreglo a lo dispuesto en la Ley N° 20.393, por cuanto no adoptaron ningún tipo de medida idónea de prevención de delitos a su interior ni tampoco implementó un modelo de prevención de delitos en los términos del artículo 4° del

<p>referido cuerpo legal, sin dar cumplimiento de forma alguna a los referidos deberes.</p>	
<p>CASO PEHUENCHE</p>	
<p>El año 2008 Municipalidad de Santiago, llamó a licitación pública para contratar un convenio marco de servicios de pavimentación denominado “Contrato a serie de precios unitarios trabajos de pavimentación y reparaciones de aceras, calzadas y trabajos complementarios en calles y espacios públicos de la Comuna de Santiago y/o sectores administrados por la I. Municipalidad de Santiago“, el cual fue adjudicado a la empresa “CONSTRUCTORA PEHUENCHE LTDA.”, RUT 78.418.680-6, cuyo giro es “preparación del terreno excavaciones y movimientos de tierra”. Esta contratación dio lugar a sucesivas renovaciones mediante extensiones automáticas contractuales o nuevas licitaciones adjudicadas a la misma sociedad, siendo la última renovación producto de una nueva adjudicación en licitación pública, por</p>	<p>Se condena a la Empresa Constructora Pehuenche, como autor del delito consumado de cohecho a la pena de prohibición de celebrar actos y contratos con el Estado, sin perjuicio de las obligaciones que se generen por contratos celebrados con anterioridad a la dictación de la presente sentencia, por el término de 4 años, multa de 680 UTM, la que deberá pagar en 24 cuotas mensuales, iguales y sucesivas y la obligación de efectuar la publicación de la presente sentencia en el Diario Oficial a más tardar dentro del mes de septiembre de 2015, sin costas.</p>

Decreto Sección 2ª N° 2943 de 23 de noviembre de 2012, de la Secretaría de Planificación de la I. Municipalidad de Santiago, protocolizado en la 41 Notaría de Santiago, del notario Félix Jara Cadot el 18 de diciembre del 2012. El referido contrato fue suscrito por la Administradora Municipal de Santiago, junto al representante legal y socio a la época de la empresa CONSTRUCTORA PEHUENCHE LIMITADA, RAFAEL ROBERTO BACCELLIERE MOLES.

En virtud de dicho contrato, la Subdirección de Pavimentación de la I. Municipalidad de Santiago se encontraba facultada para emitir órdenes de trabajo u órdenes de faena y el plazo de ejecución de cada obra. Una vez emitida aquella, la Inspección Técnica de Obras (ITO) entrega el terreno respectivo a la empresa constructora Pehuenche Ltda, para la ejecución de las obras.

<p>Era responsabilidad y obligación del contratista, la empresa Pehuenche, durante el desarrollo de las faenas, solicitar por escrito aumento de plazo para la ejecución de cada obra, de ser ello necesario, dentro del plazo de 3 días a contar del hecho específico que ocasionara tal necesidad. Según el convenio suscrito, estos aumentos de plazo sólo se le otorgarían en la medida que estuvieran debidamente justificados y no fueran superiores a los plazos iniciales, siendo una causal de término del contrato, entre otras, incurrir por parte del contratista en multas reiteradas por retraso de obras u otros motivos en un mismo período de contrato, teniendo en consideración que la multa por día de atraso ascendía a 15 Unidades Tributarias Mensuales (UTM).</p> <p>La vigencia del último contrato era de dos años, renovables automáticamente por dos años más. En este contexto RAFAEL</p>	
--	--

<p>BACCELLIERE MOLES, sostuvo frecuentes reuniones con el Subdirector del Departamento de Pavimentación del Municipio, SERGIO DROGUETT ELGUETA, contralor del citado contrato. Esas reuniones fueron realizadas en la oficina de DROGUETT ELGUETA, relativas a la ejecución del contrato, encontrándose presente en algunas de ellas, el empleado de la contratista LUIS ANTONIO PONCE SEPÚLVEDA, ingeniero a cargo del desarrollo de las faenas en terreno por parte de la empresa antes referida. Es así que entre los meses de septiembre y diciembre del año 2013, DROGUETT ELGUETA recibió dinero en al menos tres oportunidades de manos del representante legal de la empresa contratista a la época, RAFAEL BACCELLIERE MOLES, quien en total le hizo entrega de \$1.500.000. Como contrapartida, DROGUETT ELGUETA adulteró al menos 32 órdenes de trabajo emitidas a nombre de la</p>	
--	--

empresa contratista ya individualizada, modificando las fechas correspondientes al plazo fijado para la ejecución de las mismas, a sabiendas que el incumplimiento por parte de la empresa contratista implicaba cursarle a ésta una multa por cada día de retraso, y que la aplicación de tres multas en el transcurso de un mes era causal de término del contrato. De esta forma, durante la ejecución del contrato de pavimentación, el municipio dejó de cursar a la empresa “CONSTRUCTORA PEHUENCHE LTDA.”, multas por un monto aproximado y total de \$188.472.735 y de no mediar las conductas desplegadas por el Subdirector de Pavimentación SERGIO DROGUETT ELGUETA, se hubiese puesto término al mismo por incumplimiento. Esta conducta era ejecutada una vez que LUIS ANTONIO PONCE SEPÚLVEDA, en el desempeño de sus funciones como administrador del contrato, procedió a

<p>solicitarle verbalmente a SERGIO DROGUETT ELGUETA ampliaciones de plazo sucesivas, quién procedía a llamar inmediatamente por teléfono a RAFAEL BACCELLIERE MOLES para preguntarle cuántos días extra necesitaban para completar la obra, procediendo a continuación a borrar con líquido corrector tipo “liquid paper” el plazo de la obra, sustituyéndolo por uno mayor que evitara reflejar un retraso de la misma, tanto en la orden de trabajo de la Subdirección de pavimentación, como también en la copia que portaba PONCE SEPÚLVEDA, anotándolo luego en el taco de su escritorio, o bien derechamente en otras oportunidades a romper las órdenes de trabajo y emitir nuevas para modificar el plazo, con el mismo objetivo antes referido. A cambio de este beneficio económico, DROGUETT ELGUETA además procedía a efectuar gestiones indebidas de su cargo para apurar el pago de las facturas</p>	
---	--

<p>provenientes de la empresa PEHUENCHE LTDA., intermediando ante funcionarios municipales para obtener un pago preferente de estos documentos, llegando al punto incluso de gestionar pagos durante un paro de funcionarios municipales, todo ello aun cuando el Municipio contaba con plazos contractuales mucho más holgados para el cumplimiento de estas obligaciones. Esta infracción beneficiaba a PEHUENCHE, toda vez que obtenía los pagos por sus servicios de forma mucho más expedita que los demás proveedores del Municipio de Santiago y mucho más expedita que los pagos que recibía de cualquier otro mandante a quien brindara servicios, lo que permitía garantizar un flujo de fondos permanente al interior de la empresa y un flujo financiero que les permitía incluso factorizar los créditos que poseía contra el Municipio, permitiendo de esa forma que PEHUENCHE pudiera hacer frente al pago de proveedores y</p>	
--	--

<p>empleados. En este aspecto también tuvo participación PONCE SEPÚLVEDA, quien en más de una oportunidad concurrió personalmente a factorizar los documentos de crédito que sostenía la empresa con el Municipio. RAFAEL BACCELLIERE MOLES entregó los dineros antes referidos como contrapartida a estas infracciones deber cometidas por el imputado DROGUETT ELGUETA, acciones que iban en interés directo e inmediato de su empresa constructora PEHUENCHE LTDA., obteniendo un beneficio improcedente como es el aumento de plazos para cumplir con sus obligaciones, evitar que se le cursaran las multas respectivas frente a sus atrasos, evitar la terminación del contrato por acumulación de las mismas y obtener un flujo de capital más rápido y expedito que el que procedía reglamentariamente, que permitiera garantizar la continuidad de la empresa.</p>	
---	--

<p>La comisión del delito en comento, fue consecuencia del incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión de la persona jurídica imputada, esto es, empresa constructora PEHUENCHE LTDA, toda vez que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 20.393, esta sociedad no adoptó ni implementó, con anterioridad a los hechos, un modelo de prevención de delitos en los términos del artículo 4º de la misma ley, ni contó con mecanismos para prevenir la conducta de soborno antes descrita.</p>	
<p>CASO ÁRIDOS MAGGI</p>	
<p>Durante el mes de abril de 2010 se ejecutaron trabajos en el camino “Longitudinal- Los Tilos- Cruce N-59” de la comuna de Bulnes, provincia de Ñuble, región del Bio Bio, para lo cual se adjudicó a la empresa “Áridos Maggi” el suministro de material Chancado para la plataforma del referido camino, contratándose con ésta la provisión de 6.000 metros cúbicos</p>	<p>La prohibición absoluta de recepción de beneficios fiscales por el término de dos años, prohibición temporal de celebrar actos y contratos con el Estado por dos años y la misma pena accesoria, además del comiso de dos cheques.</p>

<p>de material, por un valor total IVA incluido de \$28.452.900. Mediante resolución exenta N° 155, el Jefe Provincial de Vialidad de Ñuble, designó al operario de dicha Dirección de Vialidad, señor Ricardo Eadez Delgado, como inspector de terreno del suministro adquirido, estableciéndose un plazo de 10 días hábiles para la recepción del mismo. Que en cumplimiento de sus funciones, el Sr. Eadez Delgado, suscribió un Acta de Recepción de Suministro, de fecha 29 de abril de 2010, por la que informaba al Inspector Fiscal de la obra, ante quien debía dar cuenta de sus labores, de las cantidades suministradas diariamente por “Áridos Maggi”, entre los días 12 y 23 de abril de 2010, hasta totalizar 6.000 metros cúbicos de material granular chancado.</p> <p>Señala que se constató que los datos proporcionados en dicha acta eran falsos y que, en los hechos, la cantidad real entregada habría sido de 3.365 metros cúbicos, es decir,</p>	<p>El Consejo de Defensa del Estado interpuso un recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia en el Caso Maggi. El organismo solicitó que se reemplazara la pena de prohibición absoluta de recepción de beneficios fiscales por dos años por la pena de multa de 200 UTM, en base a los siguientes argumentos: “la aplicación de la prohibición de celebrar actos y contratos con organismos del Estado ya impone una limitación para la empresa en su relación con la Administración Pública, así las cosas, la aplicación de la multa, incluso en su mínimo, resulta más acorde con la finalidad de la prevención especial que, en</p>
---	--

<p>poco más de la mitad de la cantidad efectivamente adquirida por la Dirección de Vialidad y que, a cambio de haber recibido conformes dichos suministros, por cantidades inferiores a la reales, el Sr. Eadez Delgado recibió \$6.003.000, de parte de la Empresa “Áridos Maggi”, mediante un cheque del Banco Santander Santiago, de la cuenta corriente de la empresa “Áridos Maggi” de fecha 18 de mayo de 2010 y depositado por Eadez Delgado con esa misma fecha en su cuenta corriente del Banco Estado.</p> <p>Las conductas mencionadas ocasionaron un perjuicio patrimonial para el Fisco de Chile, representado por aquella cantidad de material chancado que no fue entregado, equivalente a 2.635 metros cúbicos que, calculados a su valor de compra de \$3.985, más IVA, totalizan la suma de \$12.495.565.</p>	<p>particular tratándose de personas jurídicas, se espera que cumplan las penas impuestas”⁷⁰. Y agrega que las penas aplicadas no se condicen con el mal causado, ya que: “estos hechos han ocasionado un perjuicio al estado, que debe ser resarcido, pero, además, debe tenerse en consideración que los delitos de cohecho afectan a la función pública, entendida como el “correcto funcionamiento de la Administración pública”, esto es, la función de prestación a los ciudadanos y el cumplimiento de los criterios objetivos correspondientes a los fines del estado social y</p>
---	---

⁷⁰Fisco de Chile con Eadez (2014).

<p>Los antecedentes antes descritos, dieron origen a la investigación penal seguida por la Fiscalía Local de Chillán y en la cual se pudo establecer la comisión del delito de fraude al Fisco, previsto en el artículo 239 del Código Penal. Tras la aceptación de los hechos, la sentencia definitiva dictada en juicio abreviado, condenó al señor Ricardo Eadez Delgado como autor del delito consumado de fraude al Fisco. Los hechos relatados fueron investigados por la Fiscalía Local de Chillán, en la causa RUC N° 1000854916-3, RIT N° 1147-2012 del Juzgado de Garantía de Chillán, en la que se dictó sentencia condenatoria en audiencia de juicio abreviado de fecha 3 de febrero de 2014, y apelada esta, fue confirmada por la ltma. Corte de Apelaciones de Chillán el 19 de febrero de 2014, dictándose el cúmplase con fecha 21 de febrero del mismo año.</p>	<p>democrático de derecho”⁷¹. La Corte de Apelaciones de Chillán confirmó las penas impuestas por el Tribunal de primera instancia.</p>
--	--

⁷¹82 Fisco de Chile con Eadez (2014).

<p>Se condena al demandado don Ricardo Eadez Delgado, como responsable a pagar al Fisco de Chile, como indemnización de perjuicios la suma total de \$12.495.565.</p> <p>A fojas 40, se acumuló causa rol N° 3064-2014, de este mismo tribunal, y procedimiento, en la que consta que a fojas 55 comparece doña Mariella Dentone Salgado, abogada Procurador Fiscal de esta ciudad, en representación del Fisco de Chile y deduce demanda de indemnización de perjuicios en contra de Sergio Fernando Schmith Hernández, de Carlos Alberto Maggi Fernández y en contra de la Sociedad Áridos Maggi Ltda., representada por Carlos Alberto Maggi Fernández, ya individualizado.</p> <p>Se funda en la mencionada adjudicación a la empresa “Áridos Maggi” del suministro de material Chancado para la plataforma de un camino público, contratándose la provisión de 6.000 metros cúbicos de material, por un valor</p>	
--	--

total IVA incluido de \$28.452.900. Se acreditó en el proceso penal que el demandado Sergio Fernando Schmith Hernández, administrador de la Empresa Áridos Maggi, pagó a Ricardo Eadez Delgado, la suma de \$6.003.000.-, con el objeto de que omitiendo funciones propias de su cargo, no diera cuenta de que las cantidades de material chancado que se recibían eran menores a las que aparecían en las guías de despacho, registrando en las bitácoras cantidades mayores que las que en realidad se recibían, en perjuicio fiscal.

Señala que en contraprestación, el demandado Carlos Alberto Maggi Fernández, socio y gerente de empresa “Áridos Maggi Limitada” emitió el cheque serie BE0002408895 de la cuenta corriente 04-80237-3, de fecha 18 de mayo de 2010, cuyo titular es la empresa Áridos Maggi Limitada, por la suma de \$6.003.000.-, nominativo a nombre de Ricardo Eadez y depositado por

este mismo con esa fecha en su cuenta corriente del Banco Estado.

La comisión de los hechos por parte del socio y representante legal de la empresa “Áridos Maggi Ltda”, Carlos Alberto Maggi Fernández y por el Administrador de la misma Sergio Fernando Schmith Hernández, fueron consecuencia del incumplimiento por parte de la empresa imputada de sus deberes de dirección y supervisión con arreglo a lo dispuesto en la ley 20.393, por cuanto no contaba con ningún sistema de prevención de delitos en los términos del artículo 4 de la referida ley, ni tampoco había adoptado algún tipo de medida preventiva idónea a su interior, incumpliendo los deberes de dirección y supervisión a los que llama la mencionada ley. Estos antecedentes dieron inicio a la investigación penal RUC N° 1000854916-3, seguida por la Fiscalía Local de Chillán y en la cual se pudo establecer la participación de los

demandados en el ilícito cometido, en la forma relatada. Tras la aceptación de los hechos, la sentencia definitiva dictada en juicio abreviado condenó a los demandados Sergio Fernando Schmith Hernández, Carlos Alberto Maggi Fernández, como autores del delito consumado de soborno y estafa al Fisco, además, a la demandada Sociedad Áridos Maggi, representada por Carlos Alberto Maggi Fernández, como autora de la infracción a los deberes de dirección y supervisión de los artículos 1, 3 y 4 de la Ley 20.393. La comisión de dichos ilícitos ocasionó un perjuicio patrimonial para el Fisco de Chile, representada por aquella cantidad de material chancado que no fue entregado, equivalente a 2.635 metros cúbicos que, calculados a su valor de compra, de \$3.985, más IVA, totalizan la suma de \$12.495.565 que beneficiaron directamente a la empresa, para la que significó un incremento patrimonial, al menos,

<p>equivalente al mismo monto del perjuicio fiscal citado.</p> <p>Los hechos relatados fueron investigados por la Fiscalía Local de Chillán en la causa RUC N° 1000854916-3, Rit N° 1147-2012 del Juzgado de Garantía de Chillán, en la cual se arribó a un juicio abreviado, en el que se dictó sentencia condenatoria con fecha 14 de abril de 2014, la que quedó ejecutoriada con fecha 13 de mayo de 2014. El fallo condenó a Carlos Alberto Maggi Fernández, como autor de dos delitos consumados de soborno del artículo 250 en relación al artículo 248 bis, ocurrido en esta ciudad, los días 22 de abril y 18 de mayo de 2010, respectivamente y como autor del delito de estafa al fisco previsto y sancionado en el artículo 470 N° 8 en relación al artículo 467 N°1, del Código Penal, cometido en esta ciudad el día 15 de mayo de 2010. A Sergio Fernando Schmith Hernández, lo condenó como autor de dos delitos consumados,</p>	
--	--

<p>soborno del artículo 250 en relación al artículo 248 bis, ocurrido en Chillán, los días 22 de abril y 18 de mayo de 2010, respectivamente y también como autor del delito de estafa al Fisco previsto y sancionado en el artículo 470 N° 8 en relación al artículo 467 N°1 del Código Penal, cometido en esta ciudad durante el 15 de mayo de 2010. También se condenó a Sociedad Áridos Maggi Limitada, representada por don Carlos Alberto Maggi Fernández, como autor de la infracción de los deberes de dirección y supervisión de los artículos 1,3 y 4 de la Ley 20.393.</p>	
<p>CASO UNIVERSIDAD DEL MAR</p>	
<p>Durante el segundo semestre del año 2010, Héctor Zúñiga, rector, máxima autoridad de la época de la Universidad del Mar, siendo su representante y quién realizaba las actividades de administración y detentaba las facultades de supervisión de dicha Universidad, Corporación de Derecho Privado s in fines de lucro, cometió el delito de cohecho activo o</p>	<p>La pena de multa de 2.000 UTM, accesoria del artículo 13 N° 1, de la Ley 20.393, esto es, la publicación en el Diario Oficial, a costa de la Universidad, de un extracto de esta sentencia, como autora del delito de soborno del artículo</p>

<p>soborno, previsto y sancionados en el artículo 250 del Código Penal, en interés y provecho de la referida Universidad, siendo su comisión consecuencia del incumplimiento, por parte de la empresa imputada, de sus deberes de dirección y supervisión, con arreglo a dispuesto en la Ley Nº 20.393, del modo en que se desarrolla más adelante.</p> <p>Eugenio Díaz como Presidente de la Comisión Nacional de Acreditación, decidía quiénes serían los pares evaluadores en los respectivos procesos. En efecto, la CNA (Comisión Nacional de Acreditación) había decidido, por un acuerdo, que el Presidente tomaba la decisión de nombrar a los pares evaluadores en los procesos de acreditación institucional de las instituciones de Educación Superior, a propuesta de la Secretaría Ejecutiva.</p> <p>Sin embargo, el señor Díaz comenzó a recomendar y remitir diversos currículum para</p>	<p>250 del Código Penal en relación al artículo 248 bis del mismo Código y en relación al artículo 1º de la ley 20.393, cometidos entre los años 2010 a 2011.</p>
--	---

incorporar personas al listado de pares evaluadores, logrando incorporar a personas cercanas a él en las listas. Durante su gestión, Díaz efectuaba diversos cambios tanto de integrantes como de la presidencia del comité de pares. En general, se hacían los cambios que él determinaba.

Así, Díaz tuvo una importancia decisiva en la conformación del Comité de Pares Evaluadores de la Universidad del Mar. Cabe señalar que los comités de pares se conforman por 5 miembros, uno de los cuales es extranjero. En el caso de la Universidad del Mar, el Comité estuvo compuesto por Eugenio Arratia Duque, Exequiel González Balbontín, María Isabel Roldán Essmann, Margarita Mahncke y el extranjero de nacionalidad peruana Manuel Rodríguez Castro. Respecto del comité de pares evaluadores de la Universidad del Mar del proceso de acreditación del año 2010, tanto Exequiel

González como María Isabel Roldán fueron incorporados por decisión de Luis Eugenio Díaz, habiendo sido además previamente incorporados al listado general de pares evaluadores para los procesos de acreditación en el mes de agosto de 2010, por recomendación y gestión de Luis Eugenio Díaz.

Este imputado infringió además su deber de probidad y quebrantó los acuerdos de la CNA, ya que el acercamiento entre los comisionados y los directivos de una Universidad en proceso de Acreditación estaba prohibido por el REGLAMENTO INTERNO DE FUNCIONAMIENTO DE LA CNA. Sin embargo, Luis Eugenio Díaz acordó encuentros y almuerzos en pleno proceso de acreditación con el rector de la Universidad del Mar, Héctor Zuñiga, como ocurrió en los meses de julio y octubre de 2010.

<p>Además del Informe del Comité de Pares, por designación de Díaz, la relatoría del proceso fue realizada por Adolfo Arata Andreani, cercano a Luis Eugenio Díaz, y el segundo de los comisionados nombrados por las Universidades privadas, acordándose en definitiva en el CNA con fecha 01 de diciembre de 2010 la acreditación de la Universidad del Mar por dos años, habiendo instado y votado tanto Arata como Eugenio Díaz para que dicha acreditación fuera por tres años. Tal acreditación se obtuvo, a pesar de las graves deficiencias que la Universidad del Mar tenía, ya que no reunía las condiciones para estar acreditada, dado que en materia académica presentaba déficit evidentes, reflejados en el deficiente desempeño de sus egresados, en los test nacionales específicamente en Medicina y Pedagogías y en materia financiera no daba cuenta de activos suficientes para desempeñar cabalmente sus funciones,</p>	
---	--

<p>según, manifestó el Director de Educación Superior del Ministerio de Educación Juan José Ugarte.</p> <p>Efectivamente la investigación del Mineduc concluyó solicitando el Ministerio por primera vez que una Universidad fuera cerrada. En efecto, por oficio 545 el MINEDUC solicitó con fecha 29 de octubre de 2012 al Consejo Nacional de Educación la cancelación de la Personalidad Jurídica y Revocación del reconocimiento Oficial a la Universidad del Mar, atendidas diversas situaciones relacionadas con problemas académicos e incumplimientos en la oferta de diversos programas en las carreras del área de la salud, problemas de gestión, infracción de los estatutos en la elección de los miembros de la Junta Directiva, entre otras.</p> <p>A un mes de haber sido votada favorablemente la acreditación por parte de la CNA de la Universidad del Mar y de obtenida ésta, con</p>	
--	--

fecha 20 de enero de 2011, la Sociedad Gestión Ltda., RUT N° 77.640.810-7, representada por Luis Eugenio Díaz firmó un contrato con dicha Universidad con el supuesto objeto de que la Sociedad Gestión “le preste servicios de asesoría profesional en el proceso de acreditación institucional y de acreditaciones de carreras que debe desarrollar entre los años 2011 y 2012” (Cláusula segunda del contrato). En dicho contrato se estableció el pago de cuatro cuotas de 15 millones de pesos cada una a pagarse durante el año 2011, por un total de 60 millones de pesos. Finalmente se establece un pago adicional que varía entre 15 y 45 millones de pesos de acuerdo a los años de acreditación que la Universidad obtuviera en el proceso respectivo. Por la Universidad del Mar, concurrió a la suscripción de este contrato el rector de la época, Héctor Zúñiga Salinas.

<p>En el transcurso del año 2011 Luis Eugenio Díaz recibió tres pagos de 15 millones de pesos cada uno a través de la Sociedad Gestión Limitada por parte de la Universidad del Mar, según boletas N° 70 de 21/03/2011, N° 77 de 7/07/2011 y N° 80 de 21/09/2011. Los beneficios económicos recibidos por Díaz ascendieron a un monto total de \$45.000.000, en este caso.</p> <p>Por su parte, según se desprende de la contabilidad de la Sociedad Gestión, en el mes de abril de 2011, ésta le pagó la suma de \$4.000.000 a María Isabel Roldán, quien había participado en el Comité de Pares Evaluadores de la Universidad del Mar, por decisión e influencia de Luis Eugenio Díaz.</p> <p>Este contrato nunca fue declarado por Díaz ante la CNA en la declaración de intereses que obligatoriamente debe hacer por Ley, y tuvo por objeto recompensar la colaboración prestada por Díaz en los procesos y dar una</p>	
---	--

aparición de legalidad a los beneficios económicos pagados a Díaz, infringiendo sus deberes del cargo, lo que queda de manifiesto en correo de fecha 23 de enero de 2011 enviado por Héctor Zuñiga a otro de los controladores de la Universidad del Mar Raúl Baeza, tres días después de haberse firmado el contrato, al indicarle que Luis Eugenio Díaz “está tomando en serio el contrato”. Adicionalmente en el mencionado correo se hace una descripción del enfoque educativo de la Universidad del Mar, que confirma el engaño que sufrió el resto de la CNA para acreditarla, donde textualmente se indica que el enfoque de la Universidad del Mar es de una “manera light de ofrecer Magister y Doctorados sin masa crítica ni trayectoria en Investigación, e-learning masivo y sin estándares (que si se supieran en la CNA no nos habrían acreditado).”

<p>Durante el resto del año 2011, Díaz siguió colaborando con la Universidad del Mar con miras al proceso de acreditación del año 2012 sin informar de esta situación a la CNA. Efectivamente, Díaz efectuó declaraciones de intereses con fechas 18 de marzo de 2011, 19 de abril de 2011 y 26 de octubre de 2011 omitiendo deliberadamente en cada una de ellas su vinculación con la Universidad del Mar. Las irregularidades en el manejo de la Universidad eran un tema que los propios controladores se empezaron a recriminar y que provocaron la salida de Héctor Zuñiga del control de la Universidad en el mes de octubre de 2011 (no así de las inmobiliarias propietarias de los terrenos en los que la Universidad funciona, en las que sigue teniendo parte importante del control).</p> <p>Estas conductas configuran respecto de Héctor Zúñiga Salinas, el delito reiterado de soborno, de acuerdo con lo preceptuado en el</p>	
---	--

<p>Art. 250 en relación con el Art. 248 bis del Código Penal.</p> <p>Dichas conductas fueron ejecutadas en directo interés y provecho de la Universidad del Mar, por cuanto su rector, autoridad máxima de la institución, consintió en dar un beneficio económico a un funcionario público, a cambio de obtener la acreditación institucional que en definitiva le reportó un ingreso por concepto de Crédito con Aval del Estado (CAE) de los siguientes montos:</p> <p>\$ 2.018.242.352 con fecha 23.09.2011</p> <p>\$ 1.540.000.000 con fecha 23.09.2011</p> <p>\$ 1.319.398.078 con fecha 17.10.2012</p> <p>\$ 1.487.960.405 con fecha 16.11.2012</p> <p>Y por montos totales durante el año 2013 superiores a los tres mil millones de pesos.</p> <p>Asimismo, las conductas se desplegaron como consecuencia directa del incumplimiento, por parte de la persona jurídica imputada, de los deberes de dirección y supervisión, al no</p>	
---	--

<p>haberse implementado ningún tipo de modelo de organización, administración y supervisión, tendientes a prevenir ese tipo de delitos.</p>	
---	--

CONCLUSIÓN

La introducción de un auténtico régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, tanto en Chile como en el mundo ha venido impulsada desde instancias supranacionales como la OCDE y la Unión Europea respectivamente, que a su vez se han visto notablemente influenciadas por las regulaciones del Common Law en las que, tradicionalmente, ha existido la posibilidad de exigir responsabilidad penal a las entidades colectivas. Esto ha tenido importantes repercusiones procesales, dado que el reconocimiento de las personas jurídicas como sujetos activos del delito y por ende como sujetos pasivos del proceso penal, implica su adscripción automática al estatus de imputado, lo cual obliga a repensar los derechos y garantías del imputado para adaptarlos a este nuevo sujeto posible de pena.

En Chile, a la persona jurídica le asisten todos los derechos y garantías propios del imputado, en cuanto sean compatibles con su especial naturaleza. No constituye una contravención a los derechos de los imputados en el proceso penal por el delito de Cohecho, el hecho de que cuando exista una sospecha que permita atribuir responsabilidad penal a una persona jurídica se proceda a su imputación formal sin demora continuando su investigación junto a la de las personas naturales autoras de los hechos punibles.

En el supuesto de que una persona física, representante o empleado de una persona jurídica, deba ser imputada por algún delito de los que son susceptibles

de generar responsabilidad para las personas jurídicas, el juez de instrucción deberá sopesar ad limine, por tanto sin realizar grandes indagaciones a tal efecto, la posibilidad de imputar también a la persona jurídica. La regulación chilena obliga a ampliar la investigación a la persona jurídica, si en la indagación de algún delito imputable a una persona jurídica, se toma conocimiento de la participación de alguno de los sujetos que pueden provocar la responsabilidad del ente (art. 20 de la Ley 20.393). Además, la propia entidad puede, en cualquier momento, pedir que se formalice la investigación en su contra para poder ser parte en el proceso y ejercitar su derecho de defensa.

El ordenamiento chileno no permite que la persona jurídica designe libremente a su representante, sino que éste es individualizado por el Ministerio Público, siendo en este punto cercano al ordenamiento francés. Si el representante no comparece se dictará contra él orden de arresto (no superior a 24 horas, apremio luego del cual se celebrará audiencia de formalización contra la persona jurídica) y si, aún así, no es habido se nombrará un defensor penal público que actuará como curador ad litem.

Pero si resulta que el representante de la persona jurídica fue quien cometió los hechos ilícitos constitutivos de Cohecho, se nombrará un nuevo representante por orden de la Ley N° 20.393 no pudiendo entenderse que se infringiría el non bis in idem al sancionar a la persona jurídica y a sus representantes, salvo tal vez en el caso de las Empresas Individuales de Responsabilidad Limitadas y las Sociedades por Acciones con un solo accionista, siempre y cuando no puedan

distinguirse claramente ambos patrimonios, el de la persona jurídica y el de su controlador o dueño.

En relación a la exigencia de la obligación de supervisión y dirección como condición de inimputabilidad, quizás sería necesario una reforma en el sentido de considerar que esta condición no se cumplió por el sólo hecho de que en el delito de Cohecho participaran los directores, gerentes, controladores o responsables, directamente o a través de terceros, a fin de suponerse que no se cumple con los deberes de dirección y supervisión, en el entendido que siendo dichas personas las encargadas de fijar las estrategias administrativas, el know how, los protocolos y procedimientos al interior de su empresa, el verse involucrados e interesados en un beneficio producto del delito de Cohecho hace que se entienda que la obligación de supervisión y dirección no se cumpla ni tiene intención de cumplirse, aún a pesar de haberse implementado un modelo de prevención. Esto, para evitar las argucias que abogados y empresarios avezados pudieran emplear a futuro para burlar la sanción de las personas jurídicas por falta de la mencionada condición de imputabilidad.

Antes de comenzar con esta tesis, pensaba que la persona jurídica que colabora con el Estado podría haber sido juzgada como parte del Estado, dado que desarrolla una función pública y relacionándolo con la definición de funcionario público del artículo 260 del Código Penal que coincide con las definiciones de funcionario público de los tratados anticorrupción. Dada la gran cantidad de relaciones específicas entre particulares y el Estado y la alta tercerización de los

servicios que opera en Chile, pensaba que podía interpretarse en este sentido, antes de que hubiera sido necesario proponer una reforma que pudiera abarcar en forma expresa todos los casos en que se vinculan los privados con el sector público, manifestación de la colaboración entre la comunidad organizada y el Estado. Sin embargo, con la reforma de Ley N° 21.121 del 20 de noviembre de 2018, aparece la distinción del Estado tal como lo entendemos en forma clásica (los tres poderes que actúan a través de organismos nombrados con las formalidades que señala una Ley, regidos por una LOC, etc.) con los particulares que colaboran con la función pública.

Los particulares que contratan con el Estado no se encuentran subordinados a la misma Ley Orgánica de la Administración Pública chilena aunque cumplan con la misma función o satisfagan las mismas necesidades públicas, no tienen responsabilidad funcionaria y no se rigen por principios de probidad y transparencia que les puedan ser exigidos por cualquier ciudadano. Por lo tanto, he desistido en mi hipótesis de que a los particulares que contratan con el Estado se les podría juzgar como funcionarios públicos, en cuanto financiados por el Estado y porque realizan una función de interés público. Es decir, no podrían ser juzgados bajo las dos figuras de Cohecho, del empleado y de los particulares, sino sólo por la de los particulares del artículo 250 del CP.

La reforma fue un aporte en varios aspectos conservó y subrayó la necesidad del comiso, como lo requieren los tratados internacionales anticorrupción, aclaró la aplicación de las penas, contribuyó a reconocer la existencia de los agentes que

participan con la Administración del Estado y se vinculan contractualmente con él e incluyó penas específicas para dichos agentes consistentes en la pérdida de los beneficios concedidos por el Estado.

Futuros temas que podrían ser interesantes de desarrollar en la materia: etapa investigativa en el delito de Cohecho ¿Cómo la organización y digitalización estatal puede propiciar esta investigación? ; El cohecho de los funcionarios públicos internacionales ; Cómo se podría reformular el artículo 250 en modo de incluir no sólo una relación entre un particular y el Estado que configure el delito de Cohecho, sino también el vínculo entre un particular que ejerce la función pública, y por lo tanto también es un agente de la Administración con otro particular, que colabora con él; entre otros posibles temas.

Anexo 1

Los nuevos actores que intervienen en la función pública de la Administración del Estado

En la actualidad existe un gran interés por parte de la ciudadanía en Chile por participar en la satisfacción de las necesidades públicas, colaborando o derechamente reemplazando al Estado en su función, pero no superponiéndose a él.

La comunidad en Chile se ha organizado a través de diferentes figuras y en este empeño han proliferado diversas manifestaciones de organizaciones, como las ONG y Fundaciones, el Estado ha ampliado los fondos disponibles para la participación ciudadana, la ciudadanía se ha organizado para fiscalizar al Estado y han surgido leyes para propiciar la organización de la ciudadanía a través de entes con personalidad jurídica. A través de dichas organizaciones de colaboración ciudadana, el sector privado se vincula con el público, recibiendo fondos e interactuando directamente con determinados funcionarios públicos durante todo el proceso por el cual se lleva adelante el vínculo entre ambos sectores.

En la atribución de responsabilidad del delito de Cohecho, forma parte esencial, necesaria o central para la atribución de responsabilidad, la ventaja económica, interés o provecho para la empresa o persona jurídica. ¿Qué pasa en el caso de

las corporaciones o fundaciones, organizaciones sin fines de lucro reconocidas en el artículo 546 del CC?

Sólo el delito de Cohecho respecto de los funcionarios públicos extranjeros de los artículos 251 bis y 251 ter, permite expresamente la punibilidad del Cohecho cuando el beneficio no es pecuniario y establece en ese caso una sanción de multa de 100 a 1000 UTM. Pero para efectos de esta tesis interesa específicamente el Cohecho del artículo 250 del CP, cometidos por personas jurídicas, artículo que hace referencia a los artículos 248, 248 bis y 249 y los tres precisan que se requiere de un beneficio económico para que sea imputable.

Es necesario entonces, más allá del Art. 546, observar la realidad económica actual de las personas jurídicas sin fines de lucro en Chile y si participan como agentes sustitutos de la Administración en el desempeño de alguna función pública.

Es necesario preguntarse cómo se presenta actualmente la figura de la Fundación en Chile, si en términos generales es obra de la iniciativa de un particular o particulares que desinteresadamente cede parte de su patrimonio para financiar íntegramente una obra de connotación social, involucrándose activamente en el buen funcionamiento de la organización o si en la generalidad de los casos se trata de consorcios económicos que ceden momentáneamente parte de su patrimonio, para ser recuperado luego por el aporte voluntario de particulares a la Fundación y ganando en publicidad y franquicias tributarias, sin involucrarse en su organización, la que se entregaría a terceros, que deben dar

cuenta cada cierto tiempo del cumplimiento de sus funciones de relevancia social por un lado, pero por el otro también de su rentabilidad como si se tratara de una empresa. Investigar cuál de las dos hipótesis anteriores se acerca más a la realidad no forma parte de la presente tesis, pero resulta relevante apuntar estas figuras a fin de señalar el caso de las personas jurídicas sin fines de lucro para intentar una delimitación de la imputabilidad en el ámbito del delito de Cohecho de estas personas en el sistema chileno, tomando en cuenta el bien jurídico protegido y la función social que realizan.

Otro ejemplo, en el caso de las ONG en Chile, operan en forma permanente ONGs internacionales y chilenas y dentro de las segundas, la legislación reciente disminuyó los requisitos y simplificó los trámites para su creación. Estas organizaciones, así como las organizaciones vecinales tienen una regulación que actualmente les permite participar en forma activa de proyectos financiados con fondos del Estado, reemplazando al Estado en identificación de necesidades sociales y en su resolución y en cierto modo representando a la comunidad como agentes activos e informados que dentro de su ámbito de incidencia responden a temas que sirven de ayuda a toda la comunidad. De este modo se les podría identificar con el delito de Cohecho, no sólo del artículo 250, sino también con los artículos 248, 248 bis y 249, como agentes directos de la función pública del Estado, tomando en cuenta la definición del artículo 260 del CP.

Además, en la realidad hay algunas ONGs (y también otros tipos de asociaciones) que tienen una clara tendencia política y que si bien realizan una

función social, al momento de elegir a las personas que realizarán las tareas de interés social que desempeñan, siempre escogen a las mismas personas, independiente de la calidad de su trabajo. Se trata de organizaciones estables y con gastos permanentes, pero que tienen financiamiento más bien variable, ya que dependen de los aportes de particulares y de los fondos que cada año el Estado les asigne y que tienen que competir con otras ONGs y agrupaciones por esos fondos. Es decir, en el actual sistema no pueden desligarse de un interés económico intrínseco a toda organización estable que se forme en Chile, dado el actual sistema capitalista.

Estas manifestaciones sociales proliferan y buscan llenar un vacío en la satisfacción de una necesidad social, pero siempre tienen una valla económica que salvar. Y tanto desde el punto de vista de la función que desempeñan como agentes de la función administrativa como desde el punto de vista del beneficio económico que puedan perseguir al recibir el financiamiento estatal, pueden perfectamente resultar imputables respecto del delito de Cohecho.

También cabe mencionar el caso de las Fundaciones. Por ejemplo, en relación a los escándalos relacionados con el maltrato de los niños en el SENAME, se ha sabido el caso de fundaciones que lejos de velar por el bienestar de los niños, buscaban a toda costa incorporar más niños para recibir una mayor asignación,

a pesar de tener ya un número de niños mayor del que podían hacerse cargo⁷² para su mejor bienestar y velando por el bien superior del niño antes que por la supervivencia de la Fundación. Al igual que en el caso de las ONG, este tipo de fundaciones son organizaciones donde existe el interés de particulares por su subsistencia, pero lamentablemente en Chile se ha reiterado el caso de fundaciones mal mantenidas donde la vocación real por el interés superior que deben perseguir sólo la tienen unas pocas y las otras privilegian su subsistencia y prefieren culpar al Estado en vez de disminuir su tamaño y la cantidad de niños o simplemente no recibir más niños, ya que no están obligadas a hacerlo, salvo que sea por orden de un tribunal. Es decir, considerando no el bienestar de los trabajadores que trabajan en la Fundación, sino el objeto social que da origen a la Fundación, que es el bienestar de los niños y el hecho de estar en el lugar más adecuado posible para proporcionarles todas sus necesidades básicas. Sin duda este tipo de ineficiencia provoca un gran daño social que va más allá de lo económico y desde el ámbito del Derecho Penal pueden ser también sancionados entendiéndose que igualmente puede existir un trasfondo económico y de intereses particulares y además teniendo en cuenta que ellos mismos realizan una función pública sustituyendo al Poder Administrativo.

⁷² <https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/judicial/carceles/gasto-fiscal-en-presos-y-en-ninos-sename-el-debate-que-vuelve-a/2017-12-27/133349.html> ; <https://www.latercera.com/noticia/fundacion-denuncia-al-sename-deuda-1-162-millones/> ;

La Ley 20.393 no distingue entre las clases de personas jurídicas sancionables en su artículo 2, dado el sistema chileno y el actual modelo de organización de los agentes que colaboran con la función pública. No parece que hubiera determinadas organizaciones que pudieran anticipadamente excluirse de imputabilidad por los motivos ya señalados.

En otro orden de cosas y tomando en cuenta la gran cantidad de vínculos que existen entre el sector económico en Chile y los altos cargos de la Administración del Estado y del Poder Legislativo. Esto ha querido mejorarse con el nuevo sistema digital a través del cual se puede postular desde el sector privado a la Alta Dirección Pública⁷³ y con la regulación del financiamiento a los Partidos Políticos y a las campañas electorales políticas. Aun así actualmente los vínculos se mantienen y obligan a mirar con sospecha las inversiones públicas, donde si bien parecieran ir en la línea de un gasto en beneficio de la comunidad, se ha observado muchas veces que la magnitud de las contrataciones, en beneficio directo de un particular o consorcio (por ejemplo, proveedor de cámaras de seguridad, servicios de guardias, implementos electrónicos y vehículos), pudiera ponerse en duda apelando a la necesaria austeridad que deberían revestir los gastos municipales dadas las múltiples necesidades de la comunidad.

El artículo 8° de la Ley 20.393 señala las penas que son aplicables a la persona jurídica que pueda ser responsable de Cohecho para mantener los beneficios

⁷³<https://adp.serviciocivil.cl/concursos-spl/opencms>

<https://www.serviciocivil.cl/sistema-de-alta-direccion-publica-2/>

que le brinda el Estado, extender el plazo de sus contratos, perdonar incumplimientos, etc. . La imputabilidad de las personas jurídicas pueden llevar a la Disolución de la persona jurídica o cancelación de la personalidad jurídica, salvo en el caso de empresas del Estado o personas jurídicas de derecho privado “que presten un servicio de utilidad pública cuya interrupción pudiese causar graves consecuencias sociales y económicas o daños serios a la comunidad, como resultado de la aplicación de dicha pena” (art. 29).

La Ley 20.500⁷⁴

La Ley 20.500 de febrero de 2011 Sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública busca promover el desarrollo y organización de la sociedad civil, incrementando su participación e incidencia en la gestión pública a nivel central y comunal, demanda histórica impulsada por las propias organizaciones sociales y además una tendencia a nivel internacional para aumentar la capacidad de fiscalización del buen gobierno por parte de los nacionales de cada país.

Por la Ley 20.500 se incorpora la participación ciudadana en la gestión pública como un principio básico de la administración del Estado. Se agrega a la Ley 18.575, Orgánica de Bases Generales de la Administración del Estado, un nuevo

⁷⁴ Fuentes: <http://accionag.cl/herramientas-ciudadanas-para-la-accion/guia-la-accion-ciudadana/guia-la-accion-ciudadana/> y <http://participacionciudadana.subdere.gov.cl/ley-20-500>

Título IV: “De la participación ciudadana en la gestión pública” y se modifica la Ley 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, creando el Consejo Comunal de Organizaciones de la Sociedad Civil (COSOC), que reemplaza a los CESCO asumiendo las funciones y atribuciones que éstos tenían y otras nuevas, que mejoran las posibilidades de participación ciudadana en la gestión comunal. La estructura de la Ley 20.500 es la siguiente: En el título I de la ley 20.500 se abordan las materias referidas a las Asociaciones sin fines de lucro como el derecho de asociación y el registro de personas jurídicas sin fines de lucro. El título II se refiere a las organizaciones de interés público, el catastro de ellas y normas acerca del voluntariado. El Título III está dedicado al Fondo de Fortalecimiento de las Organizaciones de interés público y al Consejo que tendrá a su cargo la administración. En el título IV, el más amplio, está dedicado a la inclusión del derecho a la participación ciudadana en la gestión pública para lo cual modifica la Ley 18.575 Orgánica Constitucional de Bases de Administración del Estado y la Ley 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades. El Título también modifica la Ley 19.418 de Juntas de Vecinos para permitir la constitución de federaciones y confederaciones. También modifica las normativas del Ministerio Secretaría General de Gobierno dándole responsabilidades en relación con la participación en la gestión pública. Finalmente, el Título IV incorpora una serie de modificaciones legales al Código Civil para incorporar las normativas relativas a las asociaciones.

La Ley es la aplicación del Derecho de Asociación de los ciudadanos, y por ello en su primer artículo reafirma que “todas las personas tienen derecho a asociarse libremente para la consecución de fines lícitos”. En los artículos 2 y 3 aparece la idea que el Estado garantiza y promueve las organizaciones surgidas de la asociación espontánea de la sociedad, así como subraya el carácter libre, personal y voluntario de la asociatividad.

El artículo cinco señala que “las asociaciones se constituirán y adquirirán personalidad jurídica conforme al Título XXXIII del Libro I del Código Civil, sin perjuicio de lo que dispongan leyes especiales”. El artículo siete señala que no es obligatorio que estas asociaciones tengan personalidad jurídica, pudiendo constituirse libremente

En el artículo 15 se establece que para los efectos de la ley son organizaciones de interés público aquellas personas jurídicas sin fines de lucro cuya finalidad sea la promoción del interés general en materia de derechos ciudadanos, asistencia social, educación, salud, medio ambiente o cualquiera otra de bien común. Por el solo ministerio de la ley 20.500 “tienen carácter de interés público las organizaciones comunitarias funcionales, juntas de vecinos y uniones comunales constituidas conforme a la ley 19.418, y las comunidades y asociaciones indígenas reguladas en la ley 19.253”.

En su Título III, la ley 20.500 establece el Fondo de Fortalecimiento de las Organizaciones de Interés Público, cuyos recursos deben ser destinados al financiamiento de proyectos o programas nacionales y regionales que presenten

las organizaciones de interés público. La administración del Fondo está a cargo de un Consejo Nacional y de Consejos Regionales. El Fondo se financia con los aportes, ordinarios o extraordinarios, que la ley de presupuestos contempla anualmente y con los aportes de la cooperación internacional que recibe el Estado. También puede contar con recursos provenientes de otros organismos del Estado, así como de donaciones y otros aportes que se hagan a título gratuito. La ley 20.500 establece además el Registro Nacional de Personas Jurídicas sin Fines de Lucro, que debe confeccionar y mantener el Registro Civil.

Si bien la implementación de la ley 20.500 desde su promulgación ha permitido avances en cuanto a abrir y desarrollar espacios y mecanismos en el Estado para encauzar la demanda de participación ciudadana en la gestión pública a nivel central y comunal, mantiene una serie de insuficiencias e irregularidades, que están siendo objeto de revisión, de medidas correctivas y de proposiciones de modificaciones y mejoramientos desde diversos ámbitos sociales. Entre los años 2011 y 2012, fue realizado un informe respecto a la implementación de la Ley 20.500⁷⁵ y a si se satisfacían los siguientes aspectos:

1. La incorporación de la participación ciudadana en la gestión pública a nivel de gobierno.
2. La participación en la gestión municipal.
3. La asociatividad

⁷⁵<http://participacionciudadana.subdere.gov.cl/sites/default/files/balance%20ley%2020500.pdf>

4. El fondo de fortalecimiento de organizaciones de interés público.

5. Nuevas funciones del Ministerio y la DOS en relación con la participación ciudadana.

El primer punto resultó insuficiente y se planteó la idea de redefinir el concepto de “acceso a la información relevante para la participación ciudadana”, lo que sería necesario hacer en conjunto con una modificación de la Ley de Transparencia 20.285. También observó una deficiencia respecto a las Cuentas Públicas participativas y a la gestión de las consultas ciudadanas. Por último, en relación al primer punto también encontró deficiencias en relación a los Consejos de la Sociedad Civil, en relación a una falta de designación democrática de sus integrantes, bajo número de sesiones anuales, entre otros problemas.

En relación al punto 2 el informe observó que existen sólo 172 consejos comunales en todo el país, que representan apenas el 49,8% del total de Municipalidades. Y concluyó que “si se considera que han pasado ya 2 años del plazo para la entrada en vigencia de estas normas, esta situación representa un grave incumplimiento legal”.

Respecto a la asociatividad, el punto 3, subraya la necesidad de implementar en colaboración con el Registro Civil, “un amplio programa de difusión y capacitación para las organizaciones sociales”, es decir para las organizaciones sin fines de lucro, el voluntariado y para las Juntas de Vecinos y organizaciones vecinales.

Los puntos 4 y 5 también presentan deficiencias, en relación a la implementación del Fondo de Fortalecimiento de las Organizaciones de interés público, al nuevo

rol del Ministerio y de la División de Organizaciones Sociales y a la Cuenta Pública anual de gobierno sobre participación ciudadana.

Por lo tanto, aún es necesario fortalecer la institucionalidad relacionada con la organización ciudadana si se les va a atribuir responsabilidad en respecto a principios tan importantes como el de probidad, por el cual se sanciona penalmente el delito de Cohecho.

Anexo 2

La Ley de Transparencia 20.285 y el Consejo para la Transparencia

La misión del Consejo para la Transparencia, es “promover y cooperar en la construcción e institucionalización de una cultura de la transparencia en Chile, para así garantizar el derecho de la Transparencia en las personas y la confianza en la función pública sobre la base de la participación y el control ciudadano” (fuente: www.consejodetransparencia.cl).

Con la Ley de Transparencia se promueve y garantiza el acceso a los documentos públicos de que disponga la Administración del Estado al interior de cada uno de los organismos que la componen. Como lo indica el Manual de Transparencia y Probidad para la Administración Pública del 2004, todos los organismos administrativos del Estado de Chile deben observar los principios de Publicidad y de Probidad en su actuar (Arts. 6, 7 y 8° de la Constitución Política de la República).

Dicho Manual fue elaborado por el Ministerio Secretaría General de la Presidencia y por la Dirección Nacional del Servicio Civil luego de la entrada en vigencia de la Ley de Transparencia 20.285, a fin de capacitar e instruir a los funcionarios de la Administración Pública respecto del nuevo régimen de Transparencia de la información Pública del Estado.

Por lo tanto, la misión del Consejo de Transparencia se rige por dos grandes principios constitucionales, que son rectores de la Administración en su conjunto: el Principio de Probidad y el Principio de Publicidad.

Pero además el Consejo, así como todos los órganos administrativos y en general los órganos estatales públicos, se rige por la observancia de un principio del bien común o de interés ciudadano general, que el constituyente describe así en el inciso 3° del artículo 1° de la Constitución: “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.

Por lo tanto, el Consejo para la Transparencia debe ponderar las circunstancias cada vez que decide respecto al acceso o a la reserva de la información, debiendo inspirarse siempre por el principio constitucional del artículo 1° de bien común y realización personal (material y espiritual) de las personas, al que todo órgano del Estado debe propender y que representa una aspiración para la función pública.

Existen dos procedimientos resolutivos ante el Consejo que pueden ser iniciados por la ciudadanía para que el Consejo interceda en defensa de la Transparencia en la función de la Administración del Estado: los reclamos o Amparos por denegación de acceso a la información pública, que operan cuando a un

particular le es denegada información pública que ha expresamente solicitado a la Administración; y el otro son los Reclamos por incumplimiento de las obligaciones de Transparencia Activa de los órganos de la Administración, que resguardan el deber de mantener a disposición permanente del público cierta información, que se detalla en el artículo 7° de la Ley N° 20.285.

Los artículos 24 y siguientes de la Ley de Transparencia, establecen el procedimiento de tramitación de los Reclamos por Denegación de Acceso a Información (RDAI) o Amparos por denegación de información ante el Consejo, que se resume en los siguientes pasos: básicamente, luego de denegada la información por parte de un organismo administrativo o una vez transcurridos 20 días hábiles desde que se presentó la solicitud de información sin que hubiera una respuesta por parte del órgano “solicitado”, el ciudadano “solicitante” a quién se le denegó la información, tiene derecho a presentar el Amparo o reclamo por denegación del acceso a la información ante el Consejo, dentro de los 15 días hábiles siguientes al transcurso del plazo de 20 días o a la denegación expresa de la solicitud por el organismo, pasando a ser el “reclamante” del proceso, y el órgano que le negó la información, el “reclamado” (art. 24 en relación al art. 14 Ley de Transparencia).

El reclamante debe presentar todos los antecedentes que prueben la existencia de la denegación de información, es decir, copia de la presentación de solicitud y copia de la denegación si existiere. Luego, el Consejo notificará al organismo reclamado y a los terceros que pudieran resultar interesados en el proceso.

Luego de tal notificación, tanto el organismo como los terceros tienen un plazo de 10 días para interponer sus descargos respecto a lo discutido en el Amparo (art. 25 L.T.), luego de los cuales, y dentro de los 5 días siguientes, el Consejo dictará una resolución deliberativa (art. 27 L.T.)⁷⁶.

Contra la resolución que deniegue el acceso a la información al particular reclamante, opera reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones correspondiente; pero si la resolución del Consejo acoge el acceso a la información en poder de la Administración, el órgano administrativo reclamado no tiene derecho a apelación, debiendo entregar sin más la información solicitada (art. 28 LT). El tercero afectado también puede reclamar ante la Corte de Apelaciones por la resolución del Consejo para la Transparencia que lo perjudique, siempre que hubiere deducido oposición oportuna en los términos del art. 20 LT.

⁷⁶El Estatuto de funcionamiento del Consejo para la Transparencia, establece en su artículo 9º que “El Consejo Directivo requerirá para sesionar un quórum mínimo de 3 consejeros y adoptará sus decisiones por la mayoría. El Presidente del Consejo Directivo tendrá voto dirimente en caso de empate”. Además establece otras normas importantes sobre la frecuencia, organización y forma de las sesiones y las atribuciones de los consejeros. Resulta interesante en relación al uso de las nuevas tecnologías, que en el artículo 12 de dicho Estatuto, se establece la posibilidad de que los consejeros participen de las sesiones a través de teleconferencia y firmen los acuerdos con una firma electrónica. Además, tanto la solicitud de información como las notificaciones que se realicen al reclamante, pueden ser efectuadas a través de los medios electrónicos.

Cabe señalar que en los procedimientos de Amparo por denegación de acceso a la información pública no opera la cosa juzgada, es decir, el reclamante puede reiterar su solicitud de información cuantas veces lo estime necesario al mismo organismo reclamado y respecto a las mismas materias o documentos

- La Información Pública

Los artículos 5° y 10° de la Ley de Transparencia, definen la información pública de la siguiente manera:

Artículo 5° L.T.: “En virtud del principio de transparencia de la función pública, los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos, salvo las excepciones que establece esta Ley y las previstas en otras Leyes de quórum calificado.

Asimismo, es pública la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas”.

Artículo 10 inciso 2° L.T.: “El acceso a la información comprende el derecho de acceder a las informaciones contenidas en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos, así como a toda información elaborada con

presupuesto público, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga, salvo las excepciones legales”.

Por lo tanto, la Ley de Transparencia presume que es información pública, aquella que simplemente “obre en poder”o de la Administración o que sea “elaborada con presupuesto público”, y que consista en ciertos actos administrativos tales como “resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos”, “cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga”.

La nueva Ley N° 20.285 exigió un esfuerzo adicional dentro de las labores de los órganos de la Administración del Estado, dado por la entrega de información pública, empleando los medios y el personal necesarios para elaborar una respuesta. Pero elaborar una respuesta a la solicitud de información, no es lo mismo que elaborar la información. Si la información no cuenta o no debiera contar con un formato o soporte material, su entrega (en principio) no se ampara por la Ley de Transparencia.

Pero, no es el reclamante quien debe saber exactamente el formato en el que se encuentra la información que requiere, ya que en virtud del principio de facilitación se estima que la carga de determinar el soporte en que consta lo solicitado es del órgano requerido y no del ciudadano y además por el principio de Máxima Divulgación (art. 11 de la Ley), se entiende que debe entregarse toda información que satisfaga el requerimiento del solicitante, sin importar si es en un formato diverso al señalado por éste.

Sin embargo, se deberá verificar si la entrega de la información distraería indebidamente a los funcionarios del organismo reclamado del cabal desempeño de sus funciones regulares, ya que de ser así, se configuraría la causal del artículo 21 n° 1 letra c) de la Ley de Transparencia. Por lo tanto, si se constata fehacientemente que los esfuerzos que debería desplegar el organismo para satisfacer la solicitud del reclamante son desproporcionados a su capacidad, se dará por configurada la causal y la información no deberá ser entregada por el órgano reclamado.

Por tanto, al amparo de la legislación de transparencia, no se puede exigir que el órgano reclamado elabore la información que se le solicita ni tampoco que empeñe un esfuerzo desproporcional a sus capacidades por la entrega de lo solicitado por el reclamante. Si el reclamante requiere que un organismo administrativo elabore información y justifique o explique las motivaciones que tuvo para adoptar una determinada resolución o medida, se trata de una solicitud que no justifica la intervención del Consejo, sino que corresponde que sea presentada en otras instancias administrativas y a través del ejercicio del derecho de petición, del artículo 19 N° 14 de la Constitución y Ley N° 19.880 de Bases de los procedimientos administrativos.

En general, si a la Administración la rige una obligación legal para la elaboración de una determinada información, se puede presumir que tal información existe a disposición de los órganos administrativos y que debe ser entregada al reclamante. Pero si un documento no ha sido elaborado o emitido o recibido por

la Administración, aunque por Ley sí debía haber sido elaborada, si en la realidad la información no se encuentra (no existe) a disposición de la Administración sin importar el motivo, no le puede ser exigida al amparo de la Ley n° 20.285, sino que es manifestación del derecho de petición. El Consejo sólo puede obligar al organismo a entregar la información que el organismo efectivamente posee. Pero incluso, independiente de que se solicite una información sobre una materia perfectamente determinada y que efectivamente se encuentre en poder del organismo, si la intención del reclamante busca otras acciones del organismo administrativo reclamado (como por ejemplo acelerar o retrasar un procedimiento a su interno, corregir un pronunciamiento, etc.), si resulta evidente este hecho en el Amparo, también puede ser rechazado por el Consejo.

En relación a la prueba, la Ley de Transparencia tan sólo indica como medios probatorios que deben ser acompañados con el Amparo, la copia de la solicitud de información y la copia de la denegación de la información, si existiere, sin los cuales, el Amparo es improcedente e inadmisibles por falta de forma

Según lo señalado por el mencionado artículo 5° Ley N° 20.285, toda información que esté en poder de la Administración se considera información pública, y por lo tanto debe ser accesible para la ciudadanía sin importar su origen. Esto implica que aunque la información hubiese sido elaborada por privados o contenga información relativa a privados, si se encuentra en poder de la Administración, en principio se presume pública. Es decir, para efectos de esta tesis, en una investigación del delito de Cohecho también puede solicitarse al Amparo de la

Ley de Transparencia y del sistema que la implementó en Chile información que se encuentre en poder del organismo o al interior de sus dependencias, que inculpe a uno de sus funcionarios, aunque se trate de información elaborada por un privado. En caso que la información solicitada incluya antecedentes privados de particulares determinados o determinables, debe operar la división de dicha información, los que deben mantenerse ocultos o tarjarse, salvo que su conocimiento no entregue un mayor beneficio para la sociedad que el interés por resguardar tal información, siendo separados de aquellos que sean entregados. La Ley que trata específicamente de la protección de los antecedentes de los particulares, es la Ley N° 19.628 del 2002, que señala entre las definiciones de su artículo 2, que el titular de la información es aquel particular a quien la información se refiere, pudiendo operar el tratamiento de tal información sólo con su autorización. Resulta curioso notar que el legislador en la Ley N° 19.628 ha establecido como excepción aquellas materias de carácter comercial, bancario o económico, las que podrán ser entregadas a quién las solicite aún sin el conocimiento de su titular⁷⁷.

⁷⁷Resulta curioso notar el tratamiento especial que el legislador de la Ley n° 19.628 ha dado a la información de carácter económico, financiero, bancario o comercial, al incluirla junto a los datos estadísticos y a los datos recolectados de fuentes accesibles al público entre aquella información que puede ser entregada sin la autorización de su titular (art. 4° incs. 4° y 5° Ley n° 19.628). No parece haber sistematicidad ni coherencia en la redacción de este artículo y en los principios subyacentes a él, así como tampoco queda claro el bien público especialmente defendido.

Las causales de reserva legales que permitirían a la Administración mantener en secreto una determinada información que poseen, se encuentran en el artículo 21 de la Ley de Transparencia y son complementadas por el artículo 7° del Reglamento de la Ley de Transparencia. El numeral 5° de ambos artículos, señalan que se incluyen también las reservas contenidas en otras normas de la legislación, las que para operar deben haber sido dictadas por una Ley de Quórum Calificado, o por una norma con rango de Ley si es que la reserva hubiere sido establecida con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la Ley de Transparencia (20-08-2008). Pero además la reserva debe haber sido dictada por los motivos establecidos en el artículo 8° de la Constitución, es decir, afectación del debido cumplimiento de las funciones de los órganos del Estado, de los derechos de las personas, de la seguridad de la Nación o del interés nacional. La calificación de una determinada información como reservada, debe demostrarse caso a caso y no podría hacerse anticipadamente y para todos los eventos futuros. Sólo existe la necesidad para cada organismo administrativo de elaborar un listado con aquella información que se resolvió por el Consejo o por parte del juez respectivo que era reservada y que el organismo no debía entregar (art. 23 de la Ley).

La Ley N° 19.628, debe ser resguardada, como expresamente lo señala el artículo 33 letra m de la Ley de Transparencia. La Ley N° 19.628 complementa a la Ley de Transparencia y se aplica en aquellos casos en que la información que se solicite a la Administración contenga datos personales de particulares

determinados o determinables. La Ley N° 19.628, en el inciso 1° de su artículo 4°, señala que “el tratamiento de los datos personales sólo puede efectuarse cuando esta Ley u otras disposiciones legales lo autoricen o el titular consienta expresamente en ello”. Por titular de la información se entiende aquél a quien los datos de carácter personal que contiene tal información, se refieren (art. 2 letra ñ) Ley N° 19.628). El artículo 2 de la Ley N° 19.628 contiene una serie de definiciones en la materia, de términos tales como “tratamiento de datos”, “eliminación de datos”, “almacenamiento de datos”, que han inspirado la función decisoria del Consejo. Dicha Ley también otorga una definición de lo que se entiende por “dato personal” y “dato sensible”.

Es necesario ponderar en cada caso la necesidad de entrega o reserva de la información y establecer el interés público respecto a una determinada información, pero sólo para el caso particular. Por ejemplo, si una determinada información se constituya de datos que se refieran al ejercicio de la función pública, aunque sean relativos a personas identificadas o identificables y correspondan a datos personales según la Ley N° 19.628, por la importancia que reviste la publicidad de tal información para la comunidad, podrían igualmente ser entregados a quién lo solicite aunque se refieran a particulares determinados, no configurándose la causal de reserva del artículo 21 N° 2 de la Ley N° 20.285, lo que podría ocurrir por ejemplo en un caso de Cohecho. En el caso de que se solicite información relativa a personas que ejercen la función pública, puede entenderse y el Consejo para la Transparencia así lo ha estimado, que el ámbito

de vida privada de dichos sujetos es menos amplio, más restringido que el de una persona que no ejerza normalmente dicha función, en cuanto todo cuánto haga en el desempeño de su trabajo como funcionario público, es de interés de la ciudadanía. (por ejemplo, resoluciones rol: C47-09, C307-09, C6-10, C15-10, C48-10, C95-10, C533-09, C537-09).

En caso que un particular considere que la divulgación pública del contenido de aquellos antecedentes que según la Ley de Transparencia deba entregarse, pueda dañar su honra o serle perjudicial en algún modo, puede ejercer el derecho de aclaración y rectificación, mecanismo jurídico especialmente contemplado al efecto y que se halla consagrado en el artículo 12 inciso 2° de la Constitución Política y regulado en el título IV de la Ley N° 19.733 del 2001, sobre Libertad de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo, o Ley de Prensa.

El Habeas data del artículo 12 y siguientes de la Ley N° 19.628, es el derecho del titular de ciertos datos relativos a su persona, de exigir a quien sea responsable del banco de datos donde se traten, información respecto de su contenido exacto, procedencia y destinatario, el propósito del almacenamiento y la individualización de las personas u organismos a los cuales sus datos personales son transmitidos regularmente.

Por lo tanto, el titular de los datos tiene derecho a acceder a la información que los contiene y también tiene derecho a que sean mantenidos en reserva de quien quiera acceder a ellos, si su exhibición le produjera un perjuicio. Pero aunque el documento o informe que se solicita contenga datos relativos a una o varias

personas particulares diversas del reclamante, si la información consiste en datos estadísticos, no requerirá protección y deberá ser entregada por la Administración a quién la solicite. Los datos estadísticos se pueden elaborar en base a los antecedentes personales de determinados sujetos, pero buscan representar numéricamente a un determinado grupo al que pertenecen las unidades de un campeón, por lo que su contenido no se asocia a un sujeto particular, sino a un grupo al que varios sujetos pertenecen. Los datos estadísticos no están protegidos por la Ley de Protección de datos Personales, pudiendo su tratamiento efectuarse aunque no exista la autorización de su titular. En observancia de la jurisprudencia mayoritaria y de la historia de la Ley N° 19.628 sobre protección de la vida privada, se concluye que la divulgación de las deudas tributarias de personas naturales resulta contraria a lo dispuesto por el artículo 17 de la Ley N° 19.628, que regula especialmente la divulgación de datos personales relativos a obligaciones de carácter económico y comercial. Por lo tanto, la información de personas naturales referida a dichas materias debe ser resguardada por el organismo que la posea y además por el Consejo de Transparencia, que tiene entre sus funciones legales la de velar por el cumplimiento de la Ley N° 19.628 (art. 33 letra m) L.T.). Pero la Ley N° 19.628 es aplicable exclusivamente a las personas naturales, por lo que la protección de los datos comerciales mencionados en su art. 17, no opera en relación a las personas jurídicas. Tan solo y en forma discutible podrían protegerse en este

aspecto las personas jurídicas por el derecho a la honra del art. 19 N° 4 de la Constitución.

La utilización de datos personales relativos a obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial

En el artículo 4° de la Ley N° 19.628, se establece en sus 4 primeros incisos la regla general en el tratamiento de datos personales, que es que se podrá realizar sólo previa autorización del titular; luego, en sus incisos 5° y 6° señala los casos de excepción, estableciendo lo siguiente:

inciso 5°: “no requiere autorización el tratamiento de datos personales que provengan o que se recolecten de fuentes accesibles al público, cuando sean de carácter económico, financiero, bancario o comercial, se contengan en listados relativos a una categoría de personas que se limiten a indicar antecedentes tales como la pertenencia del individuo a ese grupo, su profesión o actividad, sus títulos educativos, dirección o fecha de nacimiento, o sean necesarios para comunicaciones comerciales de respuesta directa o comercialización o venta directa de bienes o servicios”.

inciso 6°: “Tampoco requerirá de esta autorización el tratamiento de datos personales que realicen personas jurídicas privadas para el uso exclusivo suyo, de sus asociados y de las entidades a que están afiliadas, con fines estadísticos, de tarificación u otros de beneficio general de aquéllos”.

Entonces, la Ley de Protección de datos Personales, que fue dictada para proteger los derechos de los titulares contra la difusión indeseada de sus datos personales, considera que se exceptúa tal protección en caso que hubiere intereses económicos o comerciales en juego. Además de destacar que resulta poco lógica la redacción del artículo en cuanto a incluir entre la información que puede ser entregada aquella contenida en documentos estadísticos junto con todos los relacionados con datos económicos o bancarios, que pueden ser mucho más específicos en relación al particular al que se refieren y no necesariamente coinciden o se contienen en la definición de datos estadísticos, los que por esencia se refieren a determinadas características de grupos de personas de los cuales no se expresa un identidad.

También resulta bizarro el hecho que la Ley destinada a proteger la información de los particulares permita el acceso a información privada de interés particular a aquellos entes creados para el desarrollo de actividades económicas, con mayor capacidad e interés lucrativo para acceder a la información de los particulares.

En los incisos 5° y 6° del artículo 4° de la Ley N° 19.628, se autoriza el tratamiento de la información de todos los datos personales aún sin el consentimiento del titular. La definición legal de la acción “tratamiento de datos”, se puede encontrar en el artículo 2 de la Ley N° 19.628, letra o, e incluye “cualquier operación” que permita realizar una infinidad de acciones que ejemplifica (tales como almacenar, grabar, comunicar, ceder, transferir, transmitir o cancelar, entre otros), finalizando

que el tratamiento de datos puede ser también “utilizarlos en cualquier otra forma”. Si bien en la ejemplificación no se menciona expresamente la “compra venta” o “comercialización” de datos personales, entre los ejemplos de las acciones que se incluyen en el tratamiento de datos, están el “ceder”, “transferir” o “transmitir” los datos, además de, como decíamos, “cualquier operación” o “cualquier otra forma” de uso de los datos personales. Es decir, se abre la posibilidad a la obtención de profitar con la transferencia de los datos de las personas.

El mercado de datos personales, que debería ser visto con especial recelo por parte del legislador de la Ley N° 19.628 de protección de datos personales, parece ser incentivado, favorecido o al menos abiertamente permitido, por la especial protección de los intereses económicos en el acceso a los datos y por la amplitud del término “tratamiento de datos” que es aquello que es permitido realizar respecto a los datos personales, con consentimiento de su titular o sin él en los casos de excepción.

En el inciso 5° del art. 4° de la Ley N° 19.628, se indica que los datos personales podrán ser tratados libremente, en todos los siguientes casos: 1° cuando se contengan en bases de libre acceso al público; 2° cuando la información tenga carácter bancario, financiero, económico o comercial; 3° cuando se contengan en listados relativos a una categoría de personas; o, 4° en cualquier otra circunstancia cuando “sean necesarios para comunicaciones comerciales de respuesta directa o comercialización o venta directa de bienes o servicios”.

Los primeros tres puntos tratan de características o condiciones relativas a la información (a dónde se puede encontrar y a su carácter o naturaleza), mientras que el punto 4º se refiere a aquello que es posible hacer con los datos personal de los particulares, a aquella actividad que en cualquier circunstancia permitiría el tratamiento de cualquier dato personal de las personas. Cabe preguntarse, ¿Cuál es el bien social protegido detrás de estas actividades en que se fomentaría con el libre acceso y tratamiento de datos personales? Responder a esta pregunta permitiría tener claro hasta qué punto los entes interesados podrían disponer de los datos manteniéndose dentro de la legalidad.

El inciso 6º del artículo en análisis, indica que tampoco requerirá de la autorización de su titular el tratamiento de datos personales mientras sea realizado por personas jurídicas privadas, ya sea “para el uso exclusivo suyo, de sus asociados y de las entidades a que están afiliadas, con fines estadísticos, de tarificación u otros de beneficio general de aquéllos”. Con las frases “para el uso exclusivo suyo” y “u otros de beneficio general”, se abre la posibilidad a que tan sólo mirando al propio interés y objetivos, los entes privados puedan obtener y tratar los datos de todas los particulares.

Es decir, por el sólo hecho de ser una persona jurídica privada es posible tratar los datos personales de los particulares, sin que se tengan que justificar los fines, medios o la necesidad de su obtención y sin que se mencione la afectación a la privacidad, a la honra o a cualquier otro derecho fundamental de las personas, como contra excepciones; o sea, ni siquiera los derechos constitucionales

ameritaron una contra excepción para el legislador de la Ley N° 19.628, que impidiera el tratamiento de datos personales y le permitiera cumplir con la función de protegerlos.

Pero el legislador también pone una limitación a la transparencia de la información económica, en el artículo 17 de la Ley N° 19.628, en relación al tratamiento de la información de carácter económico, bancario, financiero y comercial. Señala que en particular en lo referido a las obligaciones de esta índole (débito), sólo podrán ser comunicados “cuando éstas consten en letras de cambio y pagarés protestados; cheques protestados por falta de fondos, por haber sido girados contra cuenta corriente cerrada o por otra causa; como asimismo el incumplimiento de obligaciones derivadas de mutuos hipotecarios y de préstamos o créditos de bancos, sociedades financieras, administradoras de mutuos hipotecarios, cooperativas de ahorros y créditos, organismos públicos y empresas del Estado sometidas a la legislación común, y de sociedades administradoras de créditos otorgados para compras en casas comerciales”.

Es decir, sólo podrá transparentarse la información financiera relativa a obligaciones pecuniarias cuando tenga que ver con todas aquellas obligaciones que los particulares puedan tener con otros particulares (usando instrumentos tales como cheques o pagarés) o con las grandes instituciones financieras, a excepción del Instituto Nacional de Desarrollo Agropecuario (al final del inciso primero); pero no menciona entre la información que podrá transparentarse, aquella referida a las obligaciones que las grandes corporaciones financieras

tienen para con sus afiliados o clientes, las que en una interpretación literal del artículo, deberían permanecer en secreto.

La única excepción que beneficiaría a las personas naturales, es aquella contemplada en el inciso 2° de este art. 17, que indica que “No podrá comunicarse la información relacionada con las deudas contraídas con empresas públicas o privadas que proporcionen servicios de electricidad, agua, teléfono y gas” .

Los términos de las excepciones del art. 4º, incisos 5º y 6º y del art. 17 de la Ley n° 19.628, resultan especialmente beneficiosos para las personas jurídicas que se desarrollan en el ámbito bancario, financiero, comercial y económico, sectores donde existe gran capacidad potencial de abrir mercados para la creación de nuevas fuentes de ingreso y donde además se trata de entes que ya manejan un gran número de información de los particulares. Con la permisividad mostrada por el legislador respecto al uso y destino de los datos personales, se incentiva el mercado de los datos personales, que se dedican a la comercialización de los antecedentes de los particulares; y además se permite el tener acceso a los datos personales, si pueden en general ser útiles para fines particulares de carácter económico.

Tanto el artículo 2 de la Ley de Transparencia como el artículo 1° de la LOC de Bases de la Administración, tienen una descripción abierta de aquellos organismos que se considerarían formando parte de la Administración del Estado, haciendo referencia al ejercicio de la función público-administrativa como

indicativa de tal condición, junto a los órganos que expresamente se señalan. Pero ¿Cómo saber cuándo un organismo se encuentra ejerciendo la función administrativa y cuándo se encuentra fuera del ejercicio de la Administración Pública?

Se entiende que aquellos organismos que colaboran regularmente con la Administración forman parte o dependen de ésta, aunque, por ejemplo, no sean tradicionalmente considerados organismos administrativos o hubieren sido creados inicialmente como entes privados o como una unidad especializada en temas que pudieran ser ajenos a los intereses generales de la ciudadanía.

Si el órgano al cual se le solicita la información al amparo de la LT no forma parte de la cadena jerárquica formal de los órganos de la Administración, aún cabe determinar si el ente a quién se solicita la información, se encuentra ejerciendo la función administrativa o colaborando en las tareas de la Administración, al menos respecto a las materias sobre las que se le consulta. El Consejo ha establecido ciertos parámetros relativos a la determinación de la participación y/o posición dominante de la Administración Pública sobre una entidad de Derecho Privado, con la consecuente relación de instrumentalidad. Se trata de tres elementos básicos no copulativos, pero que el Consejo estima que suelen concurrir conjuntamente:

a. La concurrencia mayoritaria o exclusiva de órganos públicos en su creación (decisión pública de creación);

b. La integración de sus órganos de decisión, Administración y control por autoridades o funcionarios públicos o personas nombradas por éstos (integración o conformación pública de los órganos de decisión, Administración y control); y

c. La naturaleza de las funciones que desempeñan, que se alinea con el cumplimiento de funciones administrativas (función pública administrativa).

Por ejemplo, las Corporaciones Municipales, entes nacidos en el ámbito privado y que colaboran con las Municipalidades, han sido consideradas por el Consejo como organismos que cumplen con los parámetros para ser considerados dentro de una relación de instrumentalidad con la Administración y que por tanto ejercen la función administrativa. Se ha estimado que la integración de formas privadas al ámbito estatal, constituye una respuesta ante la ineficiencia en algunos ámbitos de las estructuras organizativas públicas, con la que se persigue una actuación más eficiente de la Administración en beneficio de los ciudadanos. El Consejo para la Transparencia ha señalado que las instituciones o entes privados que colaboran con la Administración, son coadyuvantes de la consecución de la finalidad de bien común encomendada al Estado en el art. 1º de la Constitución. En el considerando 13 de la causa C211-09, el Consejo señala: “que el control social derivado de los instrumentos que establece la Ley de Transparencia, no interviene ni invade el actuar del órgano, sino que propicia el juicio público posterior mediante la obtención de aquella información que permita una efectiva rendición de cuentas”.

Por lo tanto, no sería conveniente ni aceptable que este proceso de integración de entes privados, o del ámbito público y el privado, considerado positivo para el ejercicio público, conlleve a la merma de las garantías de los mismos administrados, como sería la obstaculización del derecho constitucional de acceso a la información pública.

Y agrega en la misma resolución: “Las corporaciones y fundaciones de derecho privado que presten servicios públicos o realicen actividades de interés público, en la medida que más del cincuenta por ciento de su órgano directivo sea designado por autoridades o funcionarios públicos o esté integrado por éstos” (Considerando 16). En las causas C174-10, 172-10 y 173-10, el Consejo menciona a CONAF, como un ejemplo de aquellos organismos a los que resultaría plenamente aplicables los criterios adoptados en relación a la aplicabilidad de la Ley de Transparencia a los entes pertenecientes al ámbito privado, que serían los mismos aplicables a las Corporaciones Municipales, las que, afirma el Consejo, compartirían con CONAF su naturaleza jurídica. (Considerando 2)

Anexo 3

Ley del Lobby 20.730

La Ley del Lobby de 2014 es otra manifestación en la lucha contra la corrupción que propiciaron y un poco forzaron al Estado de Chile a regular en los sectores sensibles donde se daban casos de corrupción sancionables por los delitos contra la probidad ya mencionados. En vez de suprimirse totalmente toda forma de influencia hacia la autoridad a fin de evitar la imparcialidad, corrupción, falta de probidad, falta de competencia leal, abuso de información privilegiada, etc., se optó por aceptar el lobby como una práctica necesaria entre los consorcios económicos que operan en un país capitalista como Chile. La paradoja fue que existió mucho lobby en la discusión de la Ley del Lobby en Chile.

La Ley del Lobby 20.730 chilena es diferente que las leyes del Lobby en los Estados Unidos y Europa. Por ejemplo, en su ejecución incorpora asistentes técnicos y si un lobbista pide una audiencia y no se la dan, no tiene cómo ni dónde reclamar. También la Ley chilena cambia o innova en relación al procedimiento de registro: si se recibe a alguien en audiencia, se recibe un regalo o se va de viaje ahora es necesario publicarlo.

El Ministerio Secretaría General de la Presidencia es el organismo informador que se encarga de publicar y mantener la información disponible en cumplimiento de la Ley del Lobby. De hecho en la página oficial de dicho Ministerio existe un enlace directo a la página de la Ley del Lobby, en cuanto esta cartera hace de

enlace entre la ciudadanía y el ejecutivo y a la vez se preocupa de ejecutar una agenda programática legislativa en cumplimiento de los tratados internacionales y de las necesidades generales, poniendo un especial acento en la modernización del Estado (en particular, digitalización) y en el cumplimiento de las leyes de Transparencia y Probidad. De hecho en la página del Ministerio, en el link respecto a la misión puede verse cómo es esta cartera la que se encarga de identificar los principios fundantes de toda la actividad estatal⁷⁸.

Detrás de la Ley del Lobby está la protección o fortalecimiento del régimen democrático, en el entendido que un mal manejo de un conflicto de interés puede mermar las confianzas. La Ley del Lobby nace para contrarrestar los casos de

⁷⁸ <http://www.minsegapres.gob.cl/mision/> , Misión del Ministerio Secretaría General de la Presidencia: "El Ministerio Secretaría General de la Presidencia es la entidad asesora gubernamental al más alto nivel encargada de facilitar y coordinar el desarrollo y cumplimiento de la agenda programática y legislativa del gobierno a través de las siguientes acciones:

- Asesorar al Presidente de la República y Ministros de Estado en materias políticas, jurídicas y administrativas y en las relaciones del gobierno con el Congreso Nacional, los partidos políticos y organizaciones sociales.
- Velar por el logro de una efectiva coordinación programática general de la gestión del gobierno.
- Participar en la elaboración de la agenda legislativa y hacer el seguimiento de la tramitación de los proyectos de ley.
- Efectuar estudios y análisis relevantes para la toma de decisiones.
- Coordinar el cumplimiento de la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, además de proponer y promover normas de probidad y transparencia.

El Ministerio Secretaría General de la Presidencia, fue creado el año 1990 bajo el gobierno de Patricio Aylwin".

corrupción que han ocurrido y para recuperar la confianza de la ciudadanía y de la comunidad internacional. El Lobby, en su aspecto positivo es el ejercicio de influencias sobre una autoridad en beneficio personal, acción que ya parece contraria a la igualdad entre los ciudadanos y a la sana competencia, pero que en Chile se acepta a través del Lobby así como fue aceptado en USA y en otros países capitalistas.

En su aspecto negativo, el lobby deriva en “Tráfico de influencias”, delito sancionado por el artículo 240 bis del CP por modificación de la Ley 19.645 de 1999.

En los Estados Unidos, el sistema regula la “Industria del Lobby”, los lobbistas tienen una credencial y las autoridades sólo deben recibir a quienes tienen esa credencial, sino se exponen a fuertes multas. Si el lobbista se sale del sistema de lobby, debe esperar dos años desde que se sale del sistema público para pasar al privado y cuando se van, se llevan su cartera de clientes e influencias (“House of cards”).

En el Reino Unido existe un Código de Conducta Ética y un sistema de autoregulación sin registro previo, por el cual el sujeto pasivo, es decir, la autoridad, es quien decide si registra o publica la reunión con el lobbista o no, en base a la materia o naturaleza de la misma.

En Chile es necesario llenar un formulario para pedir audiencia, donde debe responder: ¿Quién participa de la reunión? ¿Para quién o a favor de quién? ¿Con quién o ante quién desea reunirse? ¿Sobre qué o para qué solicita la audiencia?

Hay una delgada línea entre lo que significa ser lobbista y ser gestor de interés. Ser inscrito como lobbista implica el riesgo de ser sujeto a mayor regulación y a sanciones, al control social, además del escarnio público que significa la mala fama aparejada de ser lobbista. Existe un “Registro único de lobbistas” por la comisión Engels. Pero si el sujeto pasivo no publica, no puede saberse siquiera si hubo reunión y por lo tanto será la sociedad civil la encargada de “destapar” los casos de corrupción que se lleven a cabo fuera del sistema formal regulado por la Ley del Lobby.

Si el sujeto pasivo no quiere recibir a alguien, simplemente puede no hacerlo sin que esté sujeto a sanción alguna. En la Dirección de Obras Públicas, por ejemplo, existe la política o decisión institucional mantenida hasta la fecha de que no se recibirá a nadie nunca, lo que puede considerarse como un vacío legal, pero también puede implicar un contrapeso o modo de defensa al exceso de influencias que pudieran afectar la imparcialidad en la toma de decisiones de los organismos, sobre todo respecto de aquellos que deciden en materia de concesiones y contratos de montos tan elevados como aquellos que asigna la Dirección de Obras Públicas.

Pero si es la autoridad la que pide la reunión, no está regulado y por lo tanto no es obligatorio publicarla. Hay además varias otras formas de burlar la publicación, como por ejemplo si el lobby se realiza fuera de las dependencias institucionales, como por ejemplo en la casa del funcionario o del lobbista, lo que es más frecuente de lo que pareciera ser lo adecuado, ya que dada la gran cantidad de

vínculos de parentesco entre la política y el sector empresarial, una reunión familiar en la que se encuentren personas de las dos áreas puede ser demasiado común (por ejemplo, el caso del Fiscal Nacional Jorge Abbott).

El sujeto pasivo tiene la obligación de levantar el registro correctamente. Hay sanciones para los lobbistas que mienten respecto de sus características personales u otras para obtener la reunión.

El lobby es una gestión o actividad remunerada, ejercida por personas naturales o jurídicas, chilenas o extranjeras y debe ser ejercido para un interés particular o privado, por lo que no existiría Lobby entre sujetos pasivos, rigidez en la Ley que puede abrir una amplia discusión, tomando en cuenta los ya mencionados límites difusos entre sector público y sector privado. Pero sin embargo, existe un formulario on line también para postular a sujetos pasivos, lo que sí da cuenta de una apertura a recibir a nuevos protagonistas pasivos del lobby, fuera de la estructura estable del Estado y no se explica por qué no podría haber también lobby entre ellos y las carteras y organismos permanentes de la Administración, como efectivamente se produce.

Objeto del Lobby:

- 1.- Actos Administrativos, Proyectos de Leyes, Leyes.
- 2.- Acuerdos, declaraciones o decisiones del Congreso Nacional.
- 3.- Contratos de todo tipo y a todo nivel.
- 4.- Políticas, planes o programas.

En cambio, se encuentran fuera del ámbito de aplicación de la Ley del Lobby:

- Los actos realizados fuera de las dependencias institucionales⁷⁹.
- Las invitaciones hechas por un sujeto pasivo, ya que la iniciativa del Lobby regulado es unilateral, del sujeto activo.

- Reunión para solamente saber el Estado de un procedimiento, sin considerar que también puede existir una presión ejercida en una reunión para esos efectos.

Cada oficina y plataforma de los distintos servicios tiene su propio registro. Es decir hay duplicidad en los registros por no haber un catastro único. El registro obligatorio hecho por los sujetos pasivos debe incluir:

- Audiencias y reuniones (fecha, lugar, participantes, otros).
- Viajes; no influye la distancia o si se relacionan con una actividad funcionaria o no.
- Donativos oficiales y protocolares.

Los funcionarios públicos no pueden recibir regalos.

En el correo del Ministerio Secretaría General de la Presidencia: lobby@minsegpres.gob.cl es posible solicitar información sobre interpretación de la Ley del Lobby, cuestión que en general está entregada a jueces y abogados, no a la Administración Pública. Es posible solicitar una audiencia siendo lobbista o gestor de intereses. Si incurre en un error, puede pedir al Ministerio General de la Presidencia y al Consejo la gestión de cambios.

⁷⁹ Por ejemplo, hubo un caso del SEREMI del volcán Calbuco que fue visto almorzando con un empresario del follaje.

Las Comisiones Evaluadoras de la Ley de Compras Públicas (Ley N° 19.886), pasan automáticamente a ser sujetos pasivos transitorios, mientras la licitación esté abierta, pero esto no afecta a los colaboradores ajenos a la Comisión. Es decir no les afecta la prohibición de contactarse con los participantes de la licitación⁸⁰.

Los formularios pueden ser presenciales o digitales y el sujeto pasivo cuenta con tres días para pronunciarse aceptándolos o rechazándolos y si no se pronuncia, se entiende que rechaza y no está sujeto a sanción alguna. Pero existe un principio de igualdad de trato: si la autoridad concede audiencia a una persona por un tema específico, debe concederla a toda otra persona por el mismo motivo.

Por lo tanto existen dos deberes principales del sujeto pasivo: la igualdad de trato y la adecuada publicidad del registro. Por ello es muy importante especificar claramente el objeto de la reunión y la carga de la prueba de lo registrado es del sujeto pasivo. Cada sujeto pasivo tiene un perfil. Es como un facebook del lobby. El primer día hábil del mes el Ministerio Secretaría General de la Presidencia remite información al Consejo para la Transparencia desde su plataforma, órgano que debe reunir, sistematizar y publicar la información que debe estar permanentemente a disposición de quien quiera acceder a ella. El formato en el cual se publican permite realizar búsquedas cruzadas de información. En el

⁸⁰ Todos los contactos son prohibidos, salvo las solicitudes de aclaración, entrevistas, visitas a terreno, presentaciones, exposiciones, entrega de muestras, siempre que se contemplen en las bases del proceso de licitación.

buscador es posible acceder a los rankings de mayor cantidad de donativos, mayor cantidad de reuniones, entre otras.

www.educatransparencia.cl : se ofrecen cursos gratuitos mes a mes para autoridades o particulares.