



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN LA REFORMA LEGAL

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

ANTONIA RODRIGUEZ-CANO
FERNANDA CUETO

PROFESOR GUÍA:
GONZALO MEDINA

SANTIAGO, CHILE

2019

AGRADECIMIENTOS

*A nuestras familias por el incondicional apoyo,
a la casita blanca por acogernos para concentrarnos
y a las eternas discusiones*

TABLA DE CONTENIDOS

| | |
|---|----|
| INTRODUCCIÓN | 5 |
| Origen de la Reforma: el problema de la corrupción..... | 6 |
| Lugar en el cual se encuentra tipificado el delito de negociación incompatible..... | 8 |
| | |
| CAPITULO 1: BIEN JURÍDICO | 10 |
| | |
| 2.1 Antigua interpretación..... | 10 |
| 2.2 El patrimonio como bien jurídico protegido..... | 11 |
| | |
| CAPITULO 2: EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN LA LEY | |
| 21.121: ANÁLISIS DOGMÁTICO | 17 |
| | |
| 1.1 Delito especial propio..... | 17 |
| 1.2 Imputación objetiva..... | 19 |
| 1.2.1 Beneficio económico o mera actividad..... | 20 |
| 1.3 Autoría y participación..... | 22 |
| 1.4 Objeto Material..... | 24 |
| 1.5 Imputación Subjetiva..... | 25 |
| 1.6 Pena..... | 27 |
| 1.7 Delito de administración desleal..... | 27 |
| 1.8 Concursos..... | 28 |
| 1.9 Ley N°20.393..... | 29 |
| | |
| CAPITULO 3: ERROR DE PROHIBICIÓN INVENCIBLE COMO CAUSAL DE | |
| EXCULPACIÓN | 31 |
| | |
| 3.1 El caso del alcalde de la comuna de Salamanca..... | 32 |
| 3.2 Análisis de los criterios ofrecidos por la Corte Suprema..... | 34 |

| | |
|--|----|
| 3.3 Vencimiento del error de prohibición invencible..... | 37 |
|--|----|

CAPITULO 4: ANÁLISIS DE LOS ACTORES.....39

| | |
|---|----|
| 4.1 El empleado público..... | 39 |
| 4.2 El árbitro o el liquidador comercial..... | 41 |
| 4.3 El veedor o liquidador en un procedimiento concursal..... | 42 |
| 4.4 El perito..... | 44 |
| 4.5 El guardador o albacea..... | 44 |
| 4.6 El que tenga a su cargo la salvaguardia o la gestión de todo o parte del patrimonio de otra persona que estuviere impedida de administrarlo..... | 45 |
| 4.6.1 “Salvaguardia o gestión”: quien tenga el deber, lo infringe..... | 46 |
| 4.6.2 Todo o parte del patrimonio..... | 47 |
| 4.6.3 “Impedida de administrarlo”..... | 48 |
| 4.6.4 En cumplimiento de las condiciones establecidas por la ley..... | 50 |
| 4.7 El director o gerente de una sociedad y toda persona a quien le sean aplicables las normas que en materia de deberes se establecen para ellos..... | 51 |
| 4.7.1 Reviviendo letra muerta..... | 51 |
| 4.7.2 Condiciones establecidas por la ley para regular los conflictos de interés en las sociedades anónimas..... | 53 |
| 4.7.3 Sociedades anónimas cerradas..... | 53 |
| 4.7.4 Gerentes así como toda persona a quien le sean aplicables las normas que en materia de deberes se establecen para los directores de sociedades anónimas | 58 |
| 4.7.5 SpA's..... | 59 |
| 4.7.6 Sociedades anónimas abiertas: operaciones con parte relacionada..... | 59 |
| 4.7.7 Sociedades anónimas especiales..... | 61 |

CONCLUSIONES.....64

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.....69

INTRODUCCIÓN

Teniendo en cuenta el interés por tutelar jurídico-penalmente el fenómeno de la corrupción¹, es que se publicó en noviembre del año 2018 la ley 21.121, conocida como la “Ley Anticorrupción”, la cual contempla, entre otras cosas, la ampliación del tipo delictivo de negociación incompatible.

El objetivo de este trabajo consiste en analizar este delito, comparándolo con la redacción del artículo anterior a la reforma, enfatizando los problemas y alcances que pueda presentar la nueva redacción del delito, especialmente al incluir a nuevos autores dentro del tipo que modifican la naturaleza y el bien jurídico del delito. Estos son: (i) el veedor o liquidador en un procedimiento concursal, (ii) el que tenga a su cargo la salvaguardia o la gestión de todo o parte del patrimonio de otra persona que estuviere impedida de administrarlo, (iii) el director o gerente de una sociedad anónima, así como toda persona a quien le sean aplicables las normas que en materia de deberes la ley establece a los directores o gerentes de estas sociedades.

En el *Primer Capítulo*, analizaremos el delito de negociación incompatible, tipificado en el artículo 240 del Código Penal, lo compararemos con la redacción anterior de la norma, revisaremos el aspecto de la tipicidad, tanto objetiva, como subjetiva, de la culpabilidad, y las principales características del delito.

En el *Segundo Capítulo*, nos detendremos a hablar del bien jurídico protegido, en relación con lo que la doctrina ha señalado históricamente, y como ha cambiado el bien jurídico del delito, especialmente con la incorporación de los nuevos autores.

¹ Durante el último tiempo todos hemos sido testigos en Chile de la relevancia que ha adquirido el fenómeno de la corrupción a raíz de los escándalos públicos de algunos casos emblemáticos, tales como: el caso Farmacias, Penta, SQM, Cascadas, Caval, entre otros. Con ello nace un sentimiento de indignación colectiva por la impunidad de conductas socialmente reprochables. Debido a lo anterior, es que se evidencia la necesidad de que exista una mayor protección jurídico-penal frente a este tipo de conductas, en una sociedad que progresivamente va exigiendo mayores estándares de probidad y transparencia.

En el *Tercer Capítulo*, nos referiremos a los problemas que presentaba la aplicación del delito antes de la reforma, centrándonos en la tendencia jurisprudencial a aceptar el *error de prohibición invencible*, como eximente de culpabilidad y sus posibles soluciones.

En el *Cuarto Capítulo*, analizaremos cada uno de los numerales del artículo 240, centrándonos especialmente en los nuevos autores; para terminar con algunas conclusiones.

Origen de la Reforma: el problema de la corrupción

Con el objetivo de cumplir con estándares internacionales, y en concordancia con las normas de la Convención de Naciones Unidas en contra de la Corrupción, la Convención Interamericana en contra de la corrupción, y la Convención de la OCDE sobre esta misma materia, se estableció la necesidad de tipificar como delito no solo las conductas de corrupción del sector público, sino también aquellas que ocurren en el sector privado².

Para cumplir con estos estándares, se creó la Comisión Engel (2015), instancia que fue convocada en atención a los casos que, tanto en política como en los negocios, habían creado un clima de desaliento hacia las instituciones públicas y privadas³. Entre sus conclusiones, la Comisión dictaminó que era necesario disminuir el riesgo de los conflictos de interés en el sector privado –además de los del sector público–. Se buscó regular que los negocios de las empresas, corporaciones u organizaciones no gubernamentales no sean subvertidos por individuos que, ocupando cargos de responsabilidad en aquellas instituciones, tomen decisiones alejadas del interés corporativo, para beneficio personal⁴. Así, y con la finalidad de dar cumplimiento a

² Historia de la Ley N° 21.121, Primer Trámite Constitucional: Senado, p. 5.

³ Consejo Asesor Presidencial, Informe Final Contra los Conflictos de Interés, los Tráficos de Influencias y la Corrupción, Santiago, Chile, 24 de abril de 2015, p. 34.

⁴ Ibid., p. 54.

los estándares internacionales en la materia, es que la Comisión propuso revisar la tipificación, penas y prescripciones respecto a delitos de corrupción⁵.

Paralelamente, un grupo de diputados presentó un proyecto de ley que buscaba reformar los delitos de cohecho, negociación incompatible y tráfico de influencias (Boletín N°9956-07), cuyo objetivo era elevar las penas y multas de estos delitos, a fin de combatir el fenómeno de la corrupción.

Esta moción se refundió con otro proyecto de ley (Boletín N° 10.155-07), que proponía, entre otras cosas, reorganizar la redacción de la negociación incompatible, elevar sus penas, e incluir un caso nuevo de carácter genérico, esto es, el administrador del patrimonio de una persona que se encuentre impedida de controlar su administración.

Ambos proyectos se combinaron con el Boletín N° 10.739-07, que avanzó hasta convertirse en la ley 21.121 que “modifica el código penal y otras normas legales para la prevención, detección y persecución de la corrupción”, que hoy conocemos como “Ley Anticorrupción”. Esta ley tuvo como objetivo contribuir a restablecer la confianza en las instituciones públicas y privadas; garantizar el correcto ejercicio de la función pública con mejores instrumentos jurídicos; y, mejorar el entorno en que se desarrollan las relaciones comerciales entre privados. Porque en ambos sectores era necesario el fortalecimiento de los estándares de probidad, transparencia y fe pública⁶.

En lo relativo al delito de negociación incompatible, esta ley sistematizó el contenido del art. 240 del Código Penal, separando el tipo en siete numerales, a efectos de distinguir claramente las diferentes hipótesis y los distintos autores; incorporando, además, a nuevos autores del ámbito privado.

⁵ Ibid., p. 46.

⁶ Historia de la Ley N° 21.121, Trámite Comisión Mixta: Senado-Cámara de Diputados, Informe Comisión Mixta, p. 5.

Lo que justifica la ampliación de este delito al mundo privado es la posición jurídica de las personas en cuestión. De esta forma, al igual que a los funcionarios públicos, a los autores del mundo privado también se le exigen ciertos deberes especiales en razón de su cargo. Por lo tanto, lo que la norma busca en estos casos es proteger la probidad de la actuación de quienes tutelan intereses ajenos, evitando que los mezclen con los propios, tanto en el ámbito público como en el privado.

Lugar en el cual se encuentra tipificado el delito de negociación incompatible

Este delito está tipificado en nuestro país desde la promulgación del Código de Rengifo en 1874, y no había sufrido mayores modificaciones hasta ahora⁷. Desde antaño, se articula en el 240 del Código Penal, ubicado en el Libro II “De las personas responsables de los delitos”, bajo el título V “De los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos”, en el numeral 6 “De fraudes y exenciones ilegales”.

El título V del Libro II del Código Penal tipifica fundamentalmente delitos cometidos por funcionarios públicos en ejercicio de sus cargos. El lugar que ocupa el delito en el Código Penal tenía una mayor justificación antes de la reforma, debido a que se aplicaba principalmente al funcionario público. El antiguo artículo 240 comenzaba señalando “El empleado público que directa o indirectamente se interesare por un acto o contrato...”, lo cual dejaba de manifiesto que el autor del delito era, en primera instancia, el empleado público llamado a intervenir en la respectiva negociación. Con la reforma de la ley 21.121, el artículo sufrió modificaciones con miras a ampliarse al mundo privado, buscando aumentar las exigencias de ciertas personas con cargos asimilables a la función pública.

En razón de lo anterior, actualmente es difícil calificar a la negociación incompatible como un delito funcionario aplicable exclusivamente a la figura del empleado público.

⁷ En 1999, la Ley 19.645 modificó el Código Penal en lo relativo a ciertos delitos funcionarios; y en 2009, con la ley 20.341, se aumentó la pena para el delito de negociación incompatible.

Hoy por hoy, existen otros seis autores a los cuales se les puede aplicar dicho delito, y que forman parte de la esfera privada.

En relación con lo anterior, cabe preguntarse, por qué la negociación incompatible continúa tipificándose dentro del Título V del Libro Segundo del Código Penal. Este asunto fue debatido con motivo de la discusión de la ley 21.121, donde se señaló que desde su origen el artículo 240 del Código Penal ha incorporado a privados (peritos, árbitros, liquidadores comerciales, guardadores y albaceas). Además, se recalcó que todas las hipótesis del artículo tienen el mismo supuesto básico: sancionar casos inaceptables de conflicto de interés, lo que justifica que el legislador original opte por reunirlos en una sola disposición⁸.

⁸ Historia de la Ley N° 21.121, Trámite Comisión Mixta: Senado-Cámara de Diputados, Informe Comisión Mixta, p. 17.

CAPITULO I: BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Es necesario determinar el bien jurídico del delito de la negociación incompatible con motivo de poder especificar su ámbito de aplicación y establecer qué tipo de concursos puede surgir entre este y algún otro delito, especialmente el de administración desleal.

2.1 Antigua interpretación:

Históricamente la doctrina mayoritaria ha señalado que el bien jurídico del delito es la probidad en el funcionamiento de la administración pública⁹. Esto tenía sentido con la redacción anterior del artículo 240 donde predominaba la figura del funcionario público por sobre los otros autores. Además, por el lugar donde está contenido el delito, el Título V del Libro II, que se refiere principalmente a los *delitos funcionarios* que, entre otros, protegen este mismo bien jurídico.

En este sentido, y en relación con la antigua redacción del artículo 240, Etcheberry señala que lo que se desea proteger aquí es “la apariencia de imparcialidad y honestidad que debe rodear a la Administración pública”¹⁰; por su parte, Rodríguez y Ossandón mencionan que el bien jurídico protegido “está constituido por la función administrativa, cuyo correcto desempeño exige que se respeten los principios de objetividad, imparcialidad y honestidad en las relaciones con los particulares. Es evidente que el funcionario público posee una doble personalidad, pues en algunas facetas de su vida actúa como autoridad y en otras, como particular; sin embargo, lo que no debe hacer es confundir ambas dimensiones, haciendo primar el interés individual por sobre el general, en abierta contradicción con tales principios”¹¹.

⁹ En este sentido, ETCHEBERRY, Alfredo, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo IV, 3ra Edición, Editorial Jurídica de Chile, 1997; RODRIGUEZ Collao, Luis, y OSSANDON Widow, María Magdalena, Delitos contra la función pública: El Derecho penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2005; y, MAÑALICH, Juan Pablo, La negociación incompatible como delito de corrupción: Estructura típica y criterios de imputación”, Revista de Estudios de la Justicia, N° 23, 2015.

¹⁰ ETCHEBERRY, p. 248.

¹¹ RODRIGUEZ y OSSANDON, p. 422.

Mañalich, a su vez, indica que éste “se deja entender como un delito cuyo injusto específico consiste en un menoscabo del correcto ejercicio de la función pública. Y ese menoscabo (...) admite ser caracterizado en la forma de un *peligro abstracto*, constituido por la vulneración de condiciones de las cuales depende que la función pública no sea ejercida de un modo que subvierta la preeminencia del interés general sobre el interés particular”¹². Por otra parte, el argentino Soler indica que lo que la norma intenta proteger es el “fiel y debido desempeño de las funciones de la administración en sentido amplio”, buscando asegurar “que la actuación de los órganos no solo sea imparcial, sino que se encuentre a cubierto de toda sospecha de parcialidad”¹³.

No negamos la posibilidad de que para el artículo 240 N°1, en relación con la figura del funcionario público, el bien jurídico protegido sigue siendo la probidad en el funcionamiento de la Administración.

2.2 El patrimonio como bien jurídico protegido

Con la nueva redacción del delito, se torna de vital importancia determinar el bien jurídico que protege a la norma, a fin de incluir los demás autores que no son funcionarios públicos. No es trivial analizar que, si bien los autores que se contemplan desde el numeral 2 al 7 del artículo 240 no detentan una función pública, sí exhiben una posición jurídica especial, que deriva de una cierta relación fiduciaria, que debe sujetarse a deberes especiales de conducta. De esta forma, este delito que se configura como uno de infracción de deber, en específico, del deber de lealtad –una exigencia de deber para la protección del patrimonio, establecida por el derecho para solucionar los problemas de agencia, en específico, los conflictos de interés–. El delito sanciona a quien, en virtud de su cargo, y teniendo una obligación de resguardo de un patrimonio ajeno, privilegia el interés propio por sobre el de su mandante, al hacerse contraparte o beneficiario de cierta operación que afecta ese

¹² MAÑALICH (2015), p. 97.

¹³ SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino, Tomo V, 4ª edición, Buenos Aires, 1992, p. 246. En MAÑALICH (2015), p. 97.

patrimonio¹⁴.

De esta manera, creemos que el bien jurídico protegido con la negociación incompatible es el *patrimonio* administrado por el autor típico, quien tiene concretos deberes de resguardo y protección para con ese patrimonio¹⁵. Incluso podría llegar a interpretarse que lo que se trata de proteger en el artículo 240 N°1 es el patrimonio fiscal.

Podrían mencionarse otros bienes jurídicos protegidos con la negociación incompatible, hablaremos rápidamente de ellos, señalando por qué los descartamos.

Como señalamos anteriormente, la negociación incompatible es un delito especial propio. Ante esta situación jurídica especial, sus autores se encuentran sujetos a ciertos deberes. Entre ellos, se encuentra el deber de lealtad –mantener la imparcialidad en el ejercicio del cargo, evitando situaciones de conflicto de interés–. Debiendo prestar especial consideración a que se trata de circunstancias en las cuales la posible víctima se encuentra en indefensión, por no poder administrar de manera directa su patrimonio (como en el caso un deudor sujeto a un procedimiento concursal, de los accionistas de la empresa, del que está impedido, etc.). En base a esto, es que el bien jurídico puede ser la confianza. Sin embargo, creemos que infringiendo el deber de lealtad se está atacando el bien jurídico patrimonio, que es el objeto de protección del delito. La infracción del deber de lealtad constituye una forma de agresión al patrimonio, esta vulneración es el desvalor de la acción, pero no su bien jurídico.

Por otro lado, podemos señalar, como bien jurídico colectivo, la libre competencia ya que se busca evitar que se pasen a llevar las reglas del mercado. “[L]a lucha entre

¹⁴ Historia de la Ley N° 21.121, Trámite Comisión Mixta: Senado-Cámara de Diputados, Informe Comisión Mixta, p. 16.

¹⁵ VERA, María del Carmen, El delito de administración desleal: criterios de política criminal, fundamentación del injusto análisis de la tipicidad objetiva, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España, 2017, p. 281. Lo anterior en relación con el delito de administración desleal.

competidores no puede, sin embargo, dejarse al margen del derecho, pues el afán de lucro podría llevar a una encarnizada disputa que perjudicaría finalmente a todos. (...) Por esta razón, el Derecho Penal debe ofrecer los mecanismos adecuados para asegurar las condiciones de vigencia de una competencia que se base en el propio esfuerzo, sancionando los actos que ponen en cuestión las expectativas de conducta derivadas de la competencia como medio de ordenación de la vida económica”¹⁶. El mayor argumento para sostener esto consiste en que el numeral 7° permite que el gerente o director de una Sociedad Anónima se interese en una operación, actuación o gestión siempre que cumpla con las condiciones establecidas en la ley. Las condiciones para la Sociedad Anónima Abierta se encuentran en el artículo 147 de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA), la que exige que la operación o actuación se ajuste en precio, términos y condiciones a aquellas que prevalezcan en el mercado al tiempo de su aprobación. Con lo anterior podríamos inferir que el fundamento de este numeral se encuentra en la libre competencia. Sin embargo, a pesar de esta condición, el delito de la negociación incompatible sigue existiendo, por lo tanto, difícilmente puede tenerse como bien jurídico la protección de una condición que puede ser eliminada sin que cambie la punibilidad del delito. Es cierto que la libre competencia puede verse protegida en algunos casos, pero creemos que esto ocurre a modo de consecuencia y no por ser el fundamento del delito.

Pongámonos en un caso concreto para ver cómo funciona todo lo que hemos señalado en la práctica. Imaginemos que el gerente de una sociedad anónima contrata con su hermano para comprarle madera porque son las más baratas que ofrece el mercado. Dicha compra resultaría beneficiosa para la sociedad, por lo cual, aunque se satisfacen los elementos objetivos del tipo, el autor no estaría actuando directamente en contra el patrimonio de la empresa. Es más, la compra sería beneficiosa para el patrimonio de la empresa, sin embargo, igualmente sería delito debido a que no el gerente no cumplió con el procedimiento establecido por la Ley de Sociedades Anónimas.

¹⁶ GARCÍA Cavero, Percy, Derecho Penal Económico Parte General, Editorial Jurídica Grijley, Lima, Perú, 2007, p. 50.

En este caso podría existir una falta de reproche social del delito, relacionado con la punibilidad, ya que, pareciera que no se estaría actuando contra ningún bien jurídico protegido por la norma. Sin embargo, el legislador ha optado por evitar que se produzcan situaciones problemáticas que requieran de una prueba compleja, y ha exigido cumplir con el procedimiento establecido en la LSA para realizar una operación interesada. El delito existe para evitar que el gerente deba demostrar que efectivamente el precio de la madera que vendía su hermano era más bajo que el del resto de las empresas que venden madera, para lo cual sería necesario hacer un estudio de mercado y definir cual es el mercado relevante de la madera, comparar los precios, demostrar que la sociedad realmente necesitaba esa exacta cantidad de madera y no de cemento, que la sociedad necesitaba hacer una compra de madera justo en esa fecha, etc. Por lo tanto, para evitar una situación de riesgo para el patrimonio, se ha optado por prohibir cualquier contrato, negociación, acto u operación en el cual podría existir algún conflicto de interés, a menos que se cumpla con el procedimiento establecido por la LSA. Con esta prohibición se está creando un tipo de presunción legal o adelantamiento del delito que se ha creído conveniente, sancionándose la pura verificación de una situación cuestionable y riesgosa, para evitar la serie de consecuencias negativas antes descritas.

Volvamos a la cuestión sobre el bien jurídico. Creemos que a pesar de que la negociación incompatible pueda traer como consecuencia un beneficio para el patrimonio administrado (por tratarse de un delito de peligro abstracto), el bien jurídico del delito sigue siendo el patrimonio. Al prohibir la existencia de situaciones riesgosas en las cuales podría presentarse un conflicto de interés, o en las cuales su permisión acarrearía una prueba compleja que podría ser fácilmente manipulada, se está protegiendo el patrimonio.

En relación a los nuevos autores incorporados con la reforma, lo que se hizo fue complementar lo que dice la nueva ley con la normativa civil y comercial, para evitar que se produzcan incoherencias dentro del ordenamiento jurídico. En el caso de los

numerales 5, 6 y 7 se incorpora la frase *incumpliendo las condiciones establecidas en la ley*. Por lo tanto, existen ciertas condiciones legales que permiten que los autores comprendidos en los numerales 5, 6 y 7 se interesen o dieran interés, existiendo negociación incompatible solamente en los casos que se incumplan dichas condiciones. De esta forma, habrá que determinar cuáles son las condiciones que establece la ley para cada caso. Por ejemplo, un mandante con poderes generales de administración de una persona que se ausenta del país, con la autorización expresa del principal, podría tomar interés en cualquier operación y no se vería satisfecho el tipo de negociación incompatible. Lo mismo para los directores y gerentes de sociedades anónimas que cumplen con el mecanismo de control configurado en la Ley de Sociedades Anónimas.

En estas situaciones especialmente reguladas, si se cumplen ciertos requisitos específicos que establece la ley, se mitiga el riesgo que representa para el patrimonio administrado el interés que pueda tomar el administrador en una operación. Esta es la razón por la cual la operación sería lícita a los ojos del derecho civil o comercial. Cuando se incumplen las condiciones legales, la ley penal no busca sancionar un obligación civil o comercial, sino que evitar el “peligro evidente que representa el hecho de que el administrador del patrimonio de una persona que no tiene el control de sus bienes tome interés en una operación que concierna a ese patrimonio”¹⁷.

Así, la normativa jurídica que regula a los distintos autores que administran patrimonios de terceros pretende limitar o controlar la autocontratación. Sin embargo, cuando existe alguna forma de autorización de parte de la posible víctima del delito o de quien tenga la potestad de actuar en su nombre (por ejemplo, un juez), el riesgo de que el administrador actúe interesadamente desaparece, porque la situación ya se encuentra regulada. Es por esto que, en determinados casos, el legislador permite que el posible autor del delito se interese en un acto o contrato,

¹⁷ Historia de la Ley, Trámite Comisión Mixta: Senado-Cámara de Diputados, Informe Comisión Mixta, p. 22.

debido a que el patrimonio ya no se encuentra en una situación de peligro, desapareciendo la necesidad de protegerlo.

CAPITULO II: El delito de negociación incompatible en la Ley 21.121: Análisis dogmático

En este capítulo analizaremos los elementos del tipo que son comunes a todos los numerales del art. 240 del Código Penal.

1.1. Delito de infracción de deberes fiduciarios

Existen, para que el mercado sea eficiente, formas de regulación de los llamados *problemas de agencia*. Un determinado patrimonio enfrenta un problema de agencia cuando la administración de un conjunto de bienes depende de una persona distinta del dueño –como cuando el guardador toma a su cargo el peculio del pupilo, o el directorio de una sociedad anónima el capital social– donde existe un incentivo natural hacia la pereza y el oportunismo de quienes tienen el poder para afectar el patrimonio administrado, que se necesita corregir¹⁸.

Este tipo de vínculos se conocen doctrinariamente como *relaciones fiduciarias*; esta noción, en términos generales, comprende cualquier tipo de relación en la que una persona confía en la integridad y fidelidad de otra que, fruto de esa confianza, ejerce una posición dominante y de influencia¹⁹. Típicamente entre ellas se encuentra el mandato, la administración de una sociedad anónima, las guardas y, por regla general, cualquiera en que la *administración* esté separada de la *propiedad*²⁰.

Una forma de corregir este incentivo natural llamado problema de agencia es la regulación. Así, la normativa jurídica que regula a las distintas figuras que administran la propiedad de otros, le impone ciertos deberes que la doctrina conoce como *deberes fiduciarios*. Entre estos deberes se encuentran el *deber de cuidado* (debida diligencia exigible en la administración de lo ajeno) y el *deber de lealtad* (que

¹⁸ PARDOW, Diego. La desgracia de lo ajeno. El problema de agencia en las relaciones fiduciarias, Estudios Derecho Civil, Vol. 4, Santiago, 2009, pp. 1 y 2.

¹⁹ ALCALDE, Enrique, La Responsabilidad de los Directores de Sociedades Anónimas, Ediciones UC, Santiago, 2013, p. 51.

²⁰ PARDOW (2009), p. 3.

exige que los conflictos de interés se resuelvan siempre en favor del dueño)²¹.

El *deber de lealtad* se configura como la exigencia de que, en casos de conflictos de intereses, el administrador actúe en interés del patrimonio que administra y no en el suyo propio.

Los autores que comprende el delito de negociación incompatible, tanto los que ya se encontraban tipificados, como los que se agregaron con la ley 21.121, son personas que detentan una determinada posición jurídica especial, de tutela de derechos ajenos. A ellos se les exige el deber de lealtad, como deber de resguardo del patrimonio administrado. Si bien en el caso del funcionario público es controvertible que lo que se intente proteger, en último término, sea el patrimonio, es indiscutible que el ejercicio debido del cargo exige el deber de lealtad, que se traduce en un deber de abstenerse de interesarse en las operaciones que ejecute, privilegiando siempre el interés público por sobre el interés propio.

En este sentido, el delito de negociación incompatible se presenta como un *delito de infracción de deber*, que se verifica con la lesión de un deber especial (el deber de lealtad) que surge de ciertas relaciones jurídicas, entre quien administra bienes ajenos y su titular.

Dejando esclarecido lo anterior, podemos concluir que el delito de negociación incompatible se configura como un delito especial propio, ya que solo puede ser autor del delito una persona que cuente con una cualificación especial²², como es el caso del funcionario público y los demás autores mencionados por la norma (peritos, liquidadores comerciales, director de una sociedad anónima, etc.). Ellos son los únicos destinatarios de la norma y, por lo tanto, a los únicos que les es imputable su quebrantamiento. Por lo tanto, una persona que no sea de aquellas mencionadas en el artículo 240 no puede ser coautor material o ejecutor del delito, por no cumplir con

²¹ Ibid, pp. 2-3.

²² MAÑALICH, Juan Pablo, La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales, Polít. crim, Vol. 7, N° 14, Art. 4, Diciembre 2012, p. 357.

ese estatus especial exigido. Sin embargo, creemos que sí podría participar del delito como inductor, cómplice o encubridor²³.

La negociación incompatible se consuma cuando ocurre, según Soler, “un desdoblamiento de la personalidad del funcionario de manera que a un tiempo resulte intervenir en una relación como interesado y como órgano del Estado”²⁴, extendiendo lo señalado a los otros numerales.

A esto mismo se refiere Juan Pablo Mañalich, al definir la negociación incompatible como una auto-contratación delictiva en su variante más paradigmática, ya que el foco se encuentra en el interés que el autor toma en un contrato, negocio u operación en la cual le corresponde intervenir por razón de su cargo, atribuyéndole una significación penalmente reprochable a esa intervención²⁵.

1.2. Imputación objetiva

La conducta típica de este delito está determinada por el verbo *interesar*. El Diccionario de la Real Academia Española define esta palabra como: “dar parte a alguien en un negocio o comercio en que pueda tener utilidad o interés” (primera acepción); o, “hacer tomar parte o empeño en los negocios o intereses ajenos, como si fuesen propios” (segunda acepción).

Este delito puede consumarse de dos formas: la primera de ellas se da, cuando el autor del delito directa o indirectamente se *interesare* en cualquier negociación, actuación, contrato, operación o gestión en la cual hubiere de intervenir en razón de su cargo. La segunda, se encuentra bajo la forma de que directa o indirectamente

²³ Esto es controversial en la doctrina, para mayor ahondamiento en el tema ver a ETCHEBERRY, quien es partidario de la teoría de la comunicabilidad de la participación dentro del art. 15 del Código Penal, en contraposición a SOTO, Miguel, La noción de autor en el Código Penal chileno, Gaceta Jurídica, Año XI, N° 68, Santiago, Chile, 1986; que dice que la participación no es comunicable.

²⁴ SOLER, p. 246. En MAÑALICH, (2015) pp. 96 y 97.

²⁵ MAÑALICH (2015), pp. 96 y 97.

dieren o dejaren tomar interés, debiendo impedirlo a las personas, sociedades o asociaciones mencionadas en la ley, que son aquellas ligadas directamente con el autor.

En la primera modalidad el interés debe ser personal, a diferencia de lo que ocurre en la segunda modalidad. Sin embargo, en ambas modalidades el interés puede llevarse a cabo directa o indirectamente. Que actúe *directamente* significaría que el autor se interesare en el objeto por sí mismo, sin requerir de la intervención de otra persona.

Que el autor actúe *indirectamente*, quiere decir que el delito se llevará a cabo mediante la intervención de otra persona, que será quien esté llamado a intervenir en el negocio, contrato o actuación en razón de su cargo. En este caso, el tercero generalmente “recibe el nombre de palo blanco, hombre de paja, testaferro, etc.”²⁶.

1.2.1. Beneficio económico o mera actividad

Ha prevalecido hegemoníamente en la doctrina la idea de que el *interés* al que se refiere el artículo 240 debe tener como fin la obtención de un beneficio económico, independientemente de si se da en la forma de interesarse o de que dieren o dejaren tomar interés, debiendo impedirlo²⁷. Por lo tanto, las personas señaladas en el artículo 240 como posibles autores, deben interesarse en cualquiera clase de negocio, actuación contrato, operación u gestión que pueda traer un beneficio económico para él o para alguna persona o sociedades relacionada con él. “No es dudosa la naturaleza necesariamente económica del interés, que se desprende de la ubicación sistemática del precepto (dentro de los ‘fraudes’), de la mención de ‘bienes y cosas’, y finalmente, en forma clara, de la imposición, como pena, de una multa del diez al cincuenta por ciento del interés que hubiere tomado en el negocio”²⁸. La redacción anterior del art. 240 hablaba de una multa que va del 10 al 50% del valor

²⁶ ETCHEBERRY, p. 249.

²⁷ Entre otros, ETCHEBERRY, POLITOFF, MATUS Y MAÑALICH.

²⁸ ETCHEBERRY, p. 248 y 249.

del interés, sin embargo, con la reforma se decidió elevar el rango de la multa. La actual redacción del artículo establece como pena una multa *de la mitad al tanto del valor del interés que hubiere tomado en el negocio*, es decir, que va entre el 50 y el 100% del interés que se hubiera tomado en el negocio.

A pesar de que la mayoría de la doctrina se encuentra de acuerdo con asegurar que el interés debe ser de índole económica²⁹, para que el tipo delictivo se considere realizado, no se requiere que éste haya reportado algún tipo de beneficio económico a quien lo cometió o a sus personas o sociedades relacionadas, ya que el delito de negociación incompatible es considerado un *delito formal o de mera actividad*, y un delito de *peligro abstracto*³⁰. Esto quiere decir que no se requiere que el contrato o negocio efectivamente le haya reportado algún tipo de beneficio al autor del delito, es más, el negocio incluso puede resultar perjudicial para él. Tampoco se exige que sea perjudicial para el Estado u para el patrimonio protegido con la norma, es más, puede ocurrir que finalmente dicho patrimonio haya obtenido algún beneficio.

Por lo tanto, ¿qué se requiere para la realización del tipo delictivo? Se exige únicamente que el autor se *interesare* directa o indirectamente, o que *dieren o dejaren tomar interés, debiendo impedirlo* a las personas, asociaciones, sociedades o empresas mencionadas en el artículo. Sin embargo, como correctamente lo señalan Rodríguez y Ossandón: “se ha restringido la interpretación de ese elemento exigiendo que cuando menos se haya concretado el negocio o contrato. En caso de que éste no se hubiese llevado a efecto, habiéndose manifestado ya el interés, se considera que sólo existe una tentativa. El delito frustrado, en cambio, no tiene cabida”³¹. Por lo tanto, para la consumación se requiere que el *autor* tome parte de un contrato o negocio interesadamente, no siendo relevante si con esto obtuvo un beneficio económico o no, ya que incluso hay negociación incompatible en los casos

²⁹ Por mencionar algunos: ETCHEBERRY, MAÑALICH (2015) y POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMÍREZ, María Cecilia, “Lecciones de Derecho Penal Chileno”, Tomo II, Parte Especial, 2ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, 2005.

³⁰ POLITOFF, MATUS, y RAMÍREZ, p. 128.

³¹ RODRIGUEZ y OSSANDON, p. 425.

en que la operación o el contrato es considerado económicamente perjudicial para el autor del delito. Esto refleja que lo que el delito sanciona es la infracción a un deber de lealtad, y no la efectiva obtención de un beneficio, por lo que se caracteriza como un delito de *peligro abstracto*, y la antesala del delito de administración desleal, en el cual sí se exige perjuicio del patrimonio administrado.

1.3 Autoría y participación

¿Bajo qué título se puede imputar al tercero interpuesto? No puede imputarse bajo el artículo 15 N°1 del Código Penal, esto es, como autor directo, ya que el autor directo en este caso es el *intrañeus* que indirectamente se está interesando en un contrato o negocio determinado. A primera vista, podríamos decir que puede ser responsable a título de coautor, debido a que es más probable que se cumplan los supuestos establecidos en el artículo 15 N°3 del Código Penal: “Los que, concertados para su ejecución, facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho o lo presencian sin tomar parte inmediata en él.” También podría imputarse bajo el título de cómplice, definido en el artículo 16: “Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos.” Sin embargo, para este caso se requiere que la persona interpuesta no se encuentre concertada con el autor principal.

La segunda modalidad del tipo delictivo consiste en que *dieren o dejaren tomar interés, debiendo impedirlo*. En este caso, ya no nos encontramos ante el interés personal del autor, sino de alguna persona, tercero asociado, sociedad o empresa relacionada con él. Las personas relacionadas con el autor se encuentran expresamente estipuladas en el inciso segundo del artículo 240: “a su cónyuge o conviviente civil, a un pariente en cualquier grado de la línea recta o hasta el tercer grado inclusive de la línea colateral, sea por consanguinidad o afinidad”. El inciso tercero del artículo completa esto, agregando que lo mismo vale para: “terceros asociados con ella o con las personas indicadas en el inciso precedente, o a sociedades, asociaciones o empresas en las que ella misma, dichos terceros o esas

personas ejerzan su administración en cualquier forma o tengan interés social, el cual deberá ser superior al diez por ciento si la sociedad fuere anónima”.

El legislador considera que estas personas son tan cercanas que se mezcla su interés con el del propio autor³². En este caso el autor del delito no actúa por un interés personal, sino para darle interés a un tercero. Éste último, ¿puede ser penalmente responsable? Para determinar esto debemos analizar si las personas relacionadas han cooperado, inducido o encubierto al autor del delito. Si lo han hecho, se les puede imputar participación como cómplices, inductores o encubridores del delito. Si no han cooperado, inducido o encubierto, entonces difícilmente se les podría condenar por algo. Así, “en la modalidad de que ‘dar interés’ a alguno de los sujetos indicados en la ley, si el tercero favorecido no coopera en la conducta, sino que simplemente se limita a recibir el interés, resultaría impune dentro de esta figura”³³.

En relación a este asunto, la antigua redacción del artículo 240 se diferencia de la nueva en algunos puntos. En primer lugar, la segunda modalidad hablaba solo de que los autores *dieren* interés, sin embargo, con la reforma se agrega a esta modalidad que *dejen tomar interés, debiendo impedirlo*. Por lo tanto, ahora no solo se condena un actuar positivo, sino que además se incorpora una figura omisiva dolosa, en la cual se infringe un deber de control y cuidado con el patrimonio ajeno, en virtud del cual un pariente o una empresa relacionada resulta favorecida. Se incorporó la expresión *debiendo impedirlo* para que la redacción aclare la necesidad de infringir un deber de garante del autor. Por lo tanto, para que se configure el delito el autor debe haber tenido previamente el deber de impedir que un pariente tome interés. Esto se exige con el fin de evitar que nos encontremos frente a un caso de delito por desconocimiento, sin que el posible autor pueda haber previsto la comisión del delito. En este punto en particular, la nueva redacción de la normativa es más exigente que la anterior, ya que se condena la omisión del autor del delito en el caso

³² ETCHEBERRY, p. 250.

³³ RODRIGUEZ y OSSANDON, pp. 426 y 427.

de que una persona o sociedad relacionada con él tome interés en un contrato, negocio o actuación en la cual le corresponde intervenir en razón de su cargo.

Por otro lado, con la reforma se buscó actualizar, de acuerdo a las normas civiles, el listado de parientes a los cuales se les puede dar interés en el negocio. Anteriormente, se consideraba “al cónyuge, a los ascendientes o descendientes legítimos por consanguinidad o afinidad, a sus colaterales legítimos, por consanguinidad hasta el tercer grado inclusive y por afinidad hasta el segundo grado también inclusive, a sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos, o a personas ligadas a él por adopción”. Actualmente, la ley no distingue sobre hijos legítimos o ilegítimos, por lo tanto, el artículo 240 ya no incorpora estas distinciones. Además, agrega al conviviente civil, de acuerdo a ley 20.830, y agrega al colateral por afinidad del tercer grado, haciéndose todavía más exigente la normativa. Sobre esto debemos mencionar que la LSA en su artículo 146 establece que se pueden realizar operaciones con parte relacionadas con parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad inclusive, lo cual se contradice con lo señalado en el Código Penal que incluye el tercer grado. Nuestra opinión es que debe primar lo establecido por la LSA, sin embargo, debemos esperar que la jurisprudencia se pronuncie al respecto.

1.4 Objeto Material

El objeto material del delito de negociación incompatible se ha definido, según Politoff, Matus y Ramírez como “la cosa o persona sobre la que recae la acción: ‘correspondencia o papeles’, (...) No debe confundirse el objeto material con el objeto jurídico del delito, que es el objeto de tutela o bien jurídico”³⁴.

Refiriéndonos a la negociación incompatible, el objeto material de este delito es cualquier clase de negocio, actuación, contrato, operación u gestión, debiendo entenderse estos cinco conceptos como sinónimos, y de amplia interpretación.

³⁴ POLITOFF, MATUS y RAMIREZ, p. 128.

Anteriormente, el delito se refería solamente al contrato, negocio u operación, por lo tanto, con la reforma se amplió el objeto material de este.

La jurisprudencia ha señalado que se trata de “actos capaces de producir compromisos o fuente de obligaciones”³⁵. Como ya mencionamos anteriormente, el *autor* debe tener la facultad de intervenir en los negocios, actuaciones, contratos, operaciones u gestiones en razón de su cargo, y éstos deben ser capaces de potencialmente producir un beneficio económico para el autor del delito o para las personas o sociedades relacionadas con él. “Aquí es decisivo, en todo caso, no perder de vista que el potencial autor no necesita en modo alguno estar investido de ‘la plena potestad para decidir individualmente el negocio como funcionario’, siendo a todas luces bastante, antes bien, ‘que concurra a formar la determinación sustancial o a fijar la legalidad de la operación’. Pues para que se vea configurada la específica ilicitud que distingue a la negociación incompatible es suficiente que el funcionario intervenga meramente ‘condicionando la voluntad negocial de la Administración, por la inserción del interés particular’”³⁶.

1.5 Imputación Subjetiva

Si bien voces autorizadas en la doctrina suponen que para este tipo de delitos se necesita de la verificación de *dolo directo*³⁷, creemos que no habrían razones suficientes para descartar la suficiencia del *dolo eventual* para la realización del tipo de negociación incompatible³⁸. Entendido el dolo eventual como *dolo cognoscitivo* – es decir, como la posibilidad de representarse las circunstancias fácticas que rodean el hecho ilícito³⁹– lo que exigiría el artículo 240 del Código Penal para que la realización del tipo sea imputable a título de dolo es que el agente “se haya

³⁵ Ibid.

³⁶ MAÑALICH (2015), p. 101.

³⁷ RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, p. 426; NÁQUIRA, Jaime, Derecho Penal, Teoría del Delito, tomo I, 1era Edición, Editorial McGRAW-HILL, Chile, 1998, p. 123.

³⁸ MAÑALICH (2015), p. 102.

³⁹ Al respecto, MAÑALICH, Juan Pablo, El delito como injusto culpable, Revista de Derecho UACH, vol. 24, N° 1, 2011, pp. 98 ss., 102 ss. y 108 ss.

representado, con un grado de probabilidad decisoriamente relevante, que su intervención en el respectivo negocio u operación involucra la promoción de un interés económico para sí o para alguna persona o entidad relacionada con él”. Lo anterior, en circunstancias de que el citado artículo no contiene cláusula alguna que pudiera fundamentar la exigencia de una forma cualificada de dolo (como podría serlo la expresión “a sabiendas”)⁴⁰.

Se ha planteado por algunos autores que *interesarse* significaría una forma cualificante de dolo, para exigir dolo directo para la realización del tipo⁴¹. Sin embargo, creemos que *interesarse* compete a la forma de imputación objetiva, y que no cabe en el análisis de imputación subjetiva y del dolo. Sería imposible o de una complejidad extrema calificar las intenciones subjetivas o internas del sujeto al cual se le imputa el delito⁴². Como no habría buenas razones para imputar dolo directo, comprobar que hubo “un interés consciente y voluntario, que motive la conducta”⁴³ parece un gravamen innecesario que no estaría comprendido en el tipo delictivo. Bastaría con comprobar que el sujeto se pudo haber representado la posibilidad de realización del tipo. Por ejemplo, el director de una sociedad vota por celebrar un contrato con una empresa, su hijo le había dicho que pretendía comprar dicha empresa, pero el director no sabe si su hijo concreto o no dicha compra, sin importarle esa posibilidad, vota a favor de la adquisición. En este caso, el autor no está actuando, sino que solo está omitiendo a sabiendas una situación de la cual debería inhibirse. Aquí nos encontramos ante una figura de dolo indirecto o de segundo grado, ya que basta que el autor conozca la relación familiar que lo vincula con uno de los participantes y que conozca el interés que dicho participante tiene en la operación, y que acepte el resultado⁴⁴.

⁴⁰ MAÑALICH (2015), p. 102.

⁴¹ ILABACA, Francisca, “Delito de negociaciones incompatibles” (Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales), Facultad de Derecho de Universidad de Chile, Santiago, agosto 2012, pp. 57 y 58.

⁴² Para mayor ahondamiento en el argumento y en la forma de dolo eventual como dolo cognoscitivo, donde el dolo se define como “la posibilidad de representación de las circunstancias fácticas del tipo”, ver MAÑALICH (2011).

⁴³ RODRIGUEZ y OSSANDON, p. 426.

⁴⁴ Historia de la Ley N° 21.121, Trámite Comisión Mixta: Senado-Cámara de Diputados, Informe

1.6 Pena

La pena contemplada para este delito aumentó con la ley 21.121. Uno de los objetivos de la reforma fue sancionar con mayores multas a beneficio fiscal y aumentar en un grado la pena privativa de libertad, así como agravar la pena privativa de las inhabilidades y las suspensiones en cargos u oficios públicos, remarcando un mayor reproche jurídico-social del delito⁴⁵.

Anteriormente el delito tenía asociada una sanción de reclusión menor en su grado medio, la inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio y una multa del diez al cincuenta por ciento del valor del interés que hubiere tomado en el negocio. Actualmente, la pena del artículo 240 del Código Penal es de reclusión menor en sus grados medio a máximo, inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos u oficios públicos en sus grados medio a máximo y multa de la mitad al tanto valor del interés que hubiere tomado en el negocio.

1.7 Delito de administración desleal

Otra modificación importante que hizo la ley 21.121 fue incorporar en la legislación penal el delito de administración desleal, tipificándose en el artículo 470 N° 11 del Código Penal. Este delito busca proteger el principio internacional conocido como *arm's length* o principio de plena competencia, que en términos generales, establece que se deben respetar los valores de mercado; con ausencia de estos valores nos encontramos frente al delito de administración desleal. Aquí se condena al administrador que le irroga perjuicio al patrimonio del administrado, sea ejerciendo abusivamente sus facultades, sea ejecutando u omitiendo cualquier otra acción de modo manifiestamente contrario al interés del titular del patrimonio afectado. Parece casi imposible no asimilar este delito al de la negociación incompatible, debido a que

Comisión Mixta, p. 28.

⁴⁵ Historia de la Ley N° 21.121, Trámite Comisión Mixta: Senado-Cámara de Diputados, Informe Comisión Mixta, p. 19.

ambos cuentan con un campo común, existiendo una variedad de casos en los cuales una situación en particular puede condenarse por los dos delitos. Además, debemos añadir que el numeral 11 del artículo 470 se refiere específicamente a la figura del guardador, tutor o curador, gerente, director, liquidador o administrador a cualquier título de una sociedad o entidad sometida a la fiscalización de una superintendencia o de la comisión para el mercado financiero, lo cual hace más difícil diferenciar ambos delitos. Sin embargo, la mayor diferencia que existe entre ambos delitos es que la administración desleal requiere un *perjuicio*, en cambio, la negociación incompatible condena simplemente el *interés* en un acto, contrato, negocio u operación, sin que necesariamente exista un perjuicio, tratándose de un delito de peligro abstracto.

1.8 Concursos

Por lo tanto, ¿qué ocurre si nos encontramos frente a un hecho ante el cual podemos aplicar ambos delitos (incluso en algunos casos podríamos agregar el daño al patrimonio y la apropiación indebida)? Esto puede resolverse de dos maneras. La primera de ellas es considerar que se trata de un concurso ideal heterogéneo, aplicando la pena mayor asignada al delito más grave.

La segunda opción es considerar ambos delitos tienen el mismo bien jurídico⁴⁶ protegido, encontrándonos frente a un concurso aparente de delitos, donde el hecho típico de la negociación incompatible se subsumiría en el de administración desleal. En el fondo, la administración desleal se presenta como el delito de resultado (que exige perjuicio) concretizando el peligro abstracto protegido por la negociación incompatible. En ese sentido habría un concurso aparente por especialidad, donde el delito de administración desleal aparece como una negociación incompatible calificada.

⁴⁶ A nuestro parecer, al menos para los numerales 2 al 7, el bien jurídico protegido para ambos delitos sería el patrimonio.

1.9 Ley 20.393

Con la ley 21.121 se incorporaron nuevos delitos a la ley 20.393 sobre responsabilidad penal de la persona jurídica. Antes de la reforma, esta ley solo contemplaba los delitos de lavado de activos, cohecho, receptación y financiamiento del terrorismo. Con la modificación de la ley, se sumaron a éstos últimos los delitos de negociación incompatible, apropiación indebida –que ya estaban en el Código Penal, pero fueron incorporados a esta ley–, administración desleal y corrupción entre particulares –que fueron incorporados al Código Penal a propósito de la ley 21.121–.

Además de agregar nuevos delitos, la ley 21.121 introdujo una serie de cambios a la ley 20.393 y al Código Penal, que tienen relevancia en la regulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Se incrementaron las penas que son aplicables a la persona jurídica y aquellas que deberán sufrir quienes cometan estos delitos dentro de la organización. Además, se agregaron nuevas sanciones, tanto para la empresa, como para su plana gerencial, se facilitaron y aumentaron las posibilidades para la disolución de la persona jurídica cuando se cometen ciertos delitos, se aumentaron las multas de forma significativa y se aumentaron las penas accesorias.

Para poder hacer responsable penalmente a la empresa en virtud de la ley 20.393, la ley prescribe en su artículo 1º que es necesario que la conducta imputada sea en “su interés o para su provecho”. Sin embargo, en la conducta típicamente imputable en virtud del artículo 240 N°7 del Código Penal –donde un gerente o director de una sociedad anónima se interesa en un negocio que involucre a la empresa–, por regla general, el *interés* que tome ese gerente o director no será en interés de la sociedad. Por esta razón, en la mayoría de los casos se descarta que una sociedad pueda ser penalmente responsable del delito de negociación incompatible. Lo más común será que la empresa sea *víctima* de este tipo de ilícito.

Sin embargo, será penalmente responsable una sociedad, bajo la hipótesis del 240 N°7 del Código Penal, en aquellos casos en que el director o gerente de una empresa que se interesa en la operación tenga también un cargo en la otra empresa actuando en “su interés o para su provecho”⁴⁷ (como en casos de *interlocking*, o casos de integración totalmente legítima de empresas relacionadas).

También, podrá aplicarse esta ley en el caso de aquellas sociedades que funcionen como gerentas o administradoras de otras sociedades; o aquellas que sean guardadores o albaceas y se interesen en cualquier negociación o gestión del patrimonio de sus pupilos y testamentos a su cargo (art. 240 N°5); o sean salvaguardadoras o gestoras de todo o parte del patrimonio de otras personas que estuvieren impedidas de administrarlo, y se interesaren en cualquier negociación en relación con ese patrimonio (art. 240 N°6).

Habrá que tomar en cuenta que, en los casos anteriores, si la empresa víctima sufre *perjuicio*, la sociedad en la cual el director o gerente actúa “en su interés o para su provecho”, será penalmente responsable por el delito de administración desleal.

⁴⁷ En febrero de este año se interpuso la primera querrela por administración desleal en Chile (Caso Prolesur). En lo hechos, se le incrimina al directorio de Prolesur haber condonado una deuda de Soprole, cuando uno de sus directores ocupaba el cargo de director en ambas empresas. En este caso, en abstracto, si se imputara el delito de negociación incompatible por el art 240 N°7 del Código Penal, no habría necesidad de probar el perjuicio (que efectivamente se haya condonado la deuda) y Soprole sería penalmente responsable en virtud de la ley 20.393. Aún está pendiente de fallo este caso, pero será relevante para asentar jurisprudencia al respecto.

CAPITULO III: Error de prohibición invencible como causal de exculpación

Este delito se ha caracterizado en Chile por su poca aplicación y condena⁴⁸. La razón de ello se debe a varios factores, entre los cuales cabe mencionar la confusa redacción del artículo con anterioridad a la reforma (cuestión que se trató de mejorar con la nueva redacción del artículo, sin embargo, todavía es muy pronto para sacar conclusiones al respecto). Además, existe una tendencia asentada en la doctrina y jurisprudencia, tanto en Chile como en derecho comparado⁴⁹, a aceptar el *error de prohibición invencible* como causal de exculpación de este delito.

El *error de prohibición* se ha entendido como la exigencia hecha al autor a actuar, a lo menos, con un potencial conocimiento de la antijuricidad de la norma⁵⁰; creyendo así estar procediendo legalmente de acorde al derecho positivo existente, con lo que no se justificaría la imposición del castigo, al no verificarse la “apostasía de los valores de la comunidad jurídica característica de los delitos dolosos”⁵¹.

Éste será *invencible* toda vez que el agente, obrando con la diligencia debida, no hubiese podido comprender la antijuricidad del injusto, tanto por características personales del autor (profesión, grado de instrucción, medio cultural, la técnica legislativa empleada al redactar la ley, etc.), como por el contexto social en que el hecho se produce⁵². Nuestra jurisprudencia ha constatado que error de prohibición será inexcusable por el solo hecho de haber “capacidad potencial de conocer conducta reprochada”⁵³, y que para que exista error de prohibición se debe acreditar

⁴⁸ Según datos del Tablero Penal de la página del Poder Judicial entre 2010 y 2018, de un total de 157 causas ingresadas por el delito de negociación incompatible, solo 29 (18%) terminaron en condena. Disponibles en www.pjud.cl

⁴⁹ El derecho argentino también considera como causal de exculpación de este delito el error de prohibición. Ver DONNA, Edgardo Alberto, *Delitos contra la Administración Pública*, segunda edición actualizada, Rubonzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2008, p. 371.

⁵⁰ VELÁSQUEZ, Fernando, *Derecho Penal: Parte General*, tomo II, 2011, p. 476.

⁵¹ JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, Editorial Comares, 2003, Pp. 499-500.

⁵² VELÁSQUEZ, p. 476.

⁵³ Corte de Apelaciones de Chillán, 2 de marzo de 2007, rol 21-2007.

la inexcusabilidad⁵⁴.

De lo anterior podemos concluir que lo que se le exige al actor es el compromiso con un estándar de diligencia debida donde, dadas sus circunstancias materiales, *conocía o debía haber conocido* la ilicitud del hecho que se le imputa.

3.1 El caso del alcalde de la comuna de Salamanca:

El fallo emblemático que se cita para esgrimir el argumento del error de prohibición en este delito en particular es uno de la Corte Suprema (1999)⁵⁵ respecto del cual un alcalde de la comuna de Salamanca, que contrató a un familiar en la municipalidad que dirigía, fue exculpado del delito de negociación incompatible por acreditarse que carecía de conciencia actual de la ilicitud de su conducta, por lo que el acto ilícito no le podía ser jurídicamente reprochable⁵⁶.

Para fundamentar la pretensión, la Corte Suprema esgrimió sus argumentos sobre las siguientes consideraciones⁵⁷:

- i. Las características extremadamente artificiosas del tipo penal contemplado en el artículo 240 del Código Penal (cons. 15º), cuyas peculiaridades, límites y significado, escaparían a veces a la inteligencia de juristas avezados, y cuya

⁵⁴ Corte de Apelaciones de San Miguel, 22 de junio de 2007, rol 770-2007.

⁵⁵ Corte Suprema, 23 de marzo 1999, rol 2133-1998.

⁵⁶ Para entender la relevancia de este fallo, considérese que ha sido referencia obligatoria en la materia. Así en BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John, El error de prohibición y la reforma del ordenamiento penal, Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, XXVI, Valparaíso, Chile, 2005, Semestre I, p. 108-109; ILABACA, pp. 62-65; MAÑALICH (2015), pp. 103-104; MAÑALICH, Juan Pablo, Error de tipo y error de prohibición en los delitos contra la autodeterminación sexual, Informes en Derecho: Doctrina Procesal Penal 2011, Santiago, Defensoría Penal Pública, 2012, pp. 34 y ss; VAN WEELZEL, Alex, Error y mero desconocimiento en el Derecho Penal, Legal Publishing, Santiago, 2008, pp. 151-152; POLITOFF, MATUS y RAMIREZ, p. 502; RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, p. 426; ETCHEBERRY, pp. 307 ss.; CURY, Enrique, *El estado actual de la doctrina y jurisprudencia nacionales en torno a los problemas del error de prohibición*, Delito, Pena y Proceso, Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 240.

⁵⁷ Cfr., en extenso VAN WEELZEL, pp. 151-152, complementado con MAÑALICH (2015) pp. 9-11 y MAÑALICH (2012), Error de tipo y error de prohibición en los delitos contra la autodeterminación sexual, pp. 34 y ss.

existencia es ignorada incluso hasta por muchos letrados (cons. 16º). Debemos tener en consideración que estas razones se señalaron cuando estaba vigente el antiguo artículo 240, cuya redacción era más confusa que la del actual. El fallo alude a tipos sofisticados que describen comportamientos probablemente lesivos de la convivencia, pero que no repugnan ‘prima facie’ a los sentimientos de justicia de individuos como los descritos (cons. 13º). Agrega, además, que existe escasísima jurisprudencia que se puede encontrar al respecto, la cual ha afectado usualmente solo a individuos ilustrados (cons. 16º).

- ii. Los patrones culturales y las prácticas habituales en el contexto en el cual el alcalde desempeñaba su labor (cons. 18º y 19º); presentándose así situaciones de “choques de culturas con percepciones valorativas muy contrastantes”, por un lado; y situaciones que involucran a “personas con escasa o ninguna formación jurídica, pertenecientes a comunidades más o menos apartadas y sencillas, y sin asistencia legal, frente a tipos complejos”, por el otro (cons. 13º). Ante esto, la Corte otorgó importancia al hecho que la Municipalidad no hubiese contado con un asesor jurídico (cons. 15º), al grado de formación educacional del imputado que contaba con un título de contador auditor y carecía de mayores conocimientos jurídicos (cons. 16º) y a la “sencillez casi candorosa con que [el acusado] reconoce su participación en los hechos, los cuales relata como algo que carece de toda reprobabilidad” (cons. 17º).
- iii. Respecto al contexto donde los hechos se desarrollan, la Corte destaca que “la realización de transacciones entre el alcalde y un negocio de su propiedad o la de parientes se miraba en Salamanca como algo normal y generalmente aceptado, que no generaba censura ni sospecha de ilicitud” (cons. 18º). Concluye al respecto que “en el medio cultural en el que le correspondió desempeñarse al encausado la ilicitud de las negociaciones incompatibles era completamente desconocida y que los integrantes del conglomerado social las apreciaban como no reprobables, sin que éste contara siquiera con indicios que pudieran alertarlo sobre la ilegitimidad de su comportamiento” (cons. 19º).

3.2 Análisis de los criterios ofrecidos por la Corte Suprema:

Estos criterios ofrecidos por la Corte servirían, según Mañalich, como estándares de juzgamiento para fundamentar el error de prohibición invencible como eximente de responsabilidad por el eventual desconocimiento de la ilicitud de un comportamiento constitutivo de negociación incompatible⁵⁸. Ante estas consideraciones creemos que con respecto a (i) la artificiosidad de la norma legal, debemos señalar que a pesar de que recientemente se haya modificado la redacción de la disposición con la reforma, simplificándola, no estamos de acuerdo en que se haya utilizado como argumento para justificar el error de prohibición invencible. Como primer argumento, el aumento de jurisprudencia y doctrina que se ha originado con posterioridad a 1999⁵⁹ hacen del todo imprudente justificar el desconocimiento de la norma invocando la *artificiosidad del tipo*, toda vez que existen numerosos autores, como los mencionados anteriormente, que han citado este fallo pronunciándose al respecto, un banco importante de sentencias, además, del cubrimiento mediático de muchas de las acusaciones. En segundo lugar, justificar que no se tienen conocimientos jurídicos por no ser abogado o por no tener acceso a asesoría jurídica, parece hoy del todo impertinente, especialmente en cargos como el de funcionario público que detentan algún tipo de responsabilidad. Compromiso con el cargo, especialmente para quien detente una función pública, necesita tomarse en serio las responsabilidades a las cuales puede estar sujeto en virtud de sus potestades y facultades. Cumplir con un estándar de diligencia debida en concordancia con un cargo de Administración Pública, necesita de la posibilidad de conocer sobre la ilicitud a las cuales el funcionario podría estar sujeto. Esto se aplica en los mismos términos a las otras figuras contempladas en la norma, a quienes también les es aplicable el delito de negociación incompatible.

⁵⁸ MAÑALICH (2015), p. 104.

⁵⁹ Véase como ejemplo la sentencias citadas en MAÑALICH (2015): Corte Suprema, 1 de septiembre de 2008, rol 5903-2007; así como las sentencias Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de octubre de 2005, rol 23015-2001 y Corte de Apelaciones de Valparaíso, 26 de marzo de 2010, rol 207-2010.

Con respecto al segundo punto (ii), los patrones culturales y las prácticas habituales en el contexto en el cual el Alcalde desempeñaba su labor, nos demuestran como características del funcionario, sumadas a la forma en que se desarrollaron los hechos y las especiales características del municipio, harían improbable que, en el caso concreto el Alcalde hubiese podido representarse la posibilidad de ilicitud de su actuar. Este parámetro necesita analizar las circunstancias particulares según el caso, pero a nuestro parecer, solo podrán ser fundantes de error de prohibición invencible, si el funcionario demuestra la debida diligencia para conocer la responsabilidad a la que está sujeto en razón de su cargo. Por las mismas razones que esgrimimos anteriormente, tomarse en serio los deberes del cargo y de la función pública, hacen improbable que existan razones potentes para estimar que el sujeto en cuestión no tuvo la posibilidad de representarse la ilicitud de su actuación.

La consideración que nos parece más paradigmática, pero no por eso menos vencible, es la (iii) porque “compromete a la Corte con el punto de vista según el cual el desconocimiento de la antijuridicidad de una determinada forma de comportamiento puede llegar a ser calificado como invencible en la medida en que exista, como dato del contexto social en el cual dicha forma de comportamiento se ve realizada por el sujeto que desconoce su contrariedad a derecho, una aceptación generalizada de la misma. Esto admite reformularse en términos de que, bajo semejantes circunstancias, la posibilidad individual del sujeto de llegar a representarse la existencia de una norma jurídica bajo la cual la acción que el mismo se dispone a ejecutar resultase prohibida se ve mermada hasta el punto de volverse inviable el juicio de reprochabilidad personal por un hecho constitutivo de un injusto de significación jurídico-penal”⁶⁰.

Por lo cual, para poder eximir de responsabilidad por error de prohibición excusable, se debe acreditar que existieron defectos de socialización de los destinatarios de la norma y de las personas que rodean el contexto social donde los hechos tuvieron

⁶⁰ MAÑALICH (2011), p. 14.

lugar⁶¹.

Es importante tener en consideración que estos parámetros servirían como “buenas razones” para fundamentar la inexcusabilidad del error de prohibición siempre y cuando logren “desvirtuar la presunción –simplemente legal– de conocimiento de la antijuricidad”⁶², contenida en el inciso 2º del artículo 1º del Código Penal. En otras palabras, es a quien se le imputa el delito quien tiene la carga de probar que no tuvo posibilidad de conocer la ilicitud de su conducta.

Al respecto, vale la pena mencionar un fallo del Tribunal Oral en lo Penal de Santa Cruz, en el que se condenó al alcalde de la Municipalidad de Nancagua como autor del delito de negociación incompatible⁶³. En este fallo se rechazó la concurrencia del error de prohibición como eximente de la responsabilidad al acreditarse que existía la posibilidad de conocer el injusto por parte del funcionario: “de manera que quien carece de conciencia de la ilicitud porque ha desaprovechado tal posibilidad no puede beneficiarse con la excusante”⁶⁴. La defensa del alcalde funda su argumento en la “dificultad que representaría para un profesional o funcionario público inclusive de conocer, captar con toda su significación jurídica determinadas actuaciones en las que debe intervenir”⁶⁵. Sin embargo, en este caso la Corte asume que la diligencia debida para con el cargo de alcalde requería a lo menos una conciencia potencial de que lo que hacía era injusto y contrario a derecho⁶⁶. ¿Cómo podía argumentarse que una persona hábil para el cargo no tuviera la posibilidad de conocer la normativa penal? Para derribar la invencibilidad del error de prohibición, sirvieron como argumentos el nivel educativo del acusado, quien tenía título de

⁶¹ VAN WEEZEL, p. 152.

⁶² MAÑALICH, (2015) p. 104.

⁶³ Sentencia condenatoria del Tribunal Oral en lo Penal de Santa Cruz, 20 de marzo 2012, RUC 0810026007-8, confirmada por la Corte de Apelaciones de Rancagua, 4 de mayo de 2012, rol 120-2012, al rechazar el recurso de nulidad interpuesto; en BOBADILLA, Víctor, *Sentencias Comentadas: Sentencia de Tribunal Oral en lo Penal de Santa Cruz que condena por negociación incompatible al Alcalde de la Municipalidad de Nancagua*, Revista Jurídica del Ministerio Público, N° 52, Septiembre 2012, p. 51.

⁶⁴ CURY, Enrique, *El estado actual de la doctrina y jurisprudencia nacionales en torno a los problemas del error de prohibición*, Delito, Pena y Proceso, Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 240.

⁶⁵ BOBADILLA, p. 47.

⁶⁶ *Ibid*, p. 65.

contador y había cursado la carrera de administración pública; su experiencia como Alcalde durante cuatro períodos consecutivos, la posibilidad que tenía de acceder a asesoría sobre este punto y el hecho de habersele presentado la ilegalidad del asunto –siendo objeto de reparos por Contraloría–, la divulgación de manuales de probidad en la Municipalidad con especificación de las responsabilidades penales, entre otros⁶⁷. A éstos se agregó que “es de conocimiento público que existen conductas reñidas con la probidad administrativa y la legalidad en general de las que se deben abstener los funcionarios públicos”⁶⁸ y, además, que los habitantes de la comuna conocían y reprochaban la conducta del alcalde.

3.3 Vencimiento del error de prohibición invencible:

En conclusión, si bien la redacción del tipo penal anterior a la reforma era confusa y podía producir interpretaciones erróneas –lo que fue una de las razones para modificar su redacción– no consideramos prudente la exagerada invocación que se ha hecho al error de prohibición invencible para neutralizar la existencia del delito de negociación incompatible. Probidad con el cargo, especialmente si se está en cumplimiento de una función pública, con potestades y competencias específicas, exige el conocimiento de la normativa legal vigente –en especial de la penal– a la que estaría sujeto. La investidura de un cargo, en el cual de alguna forma se administra un patrimonio ajeno exige tomarse el derechos en serio; el estándar de diligencia debida supone la posibilidad de conocer la responsabilidad a la que el sujeto podría estar comprometido en razón de su cargo.

En el mismo sentido para los otros autores distintos al funcionario público, el deber de lealtad que asume quien administra un patrimonio ajeno, exige no poder desconocer las sanciones que se siguen de infringir dichos deberes objetivos del cargo. La normativa civil y comercial que regula los deberes y prohibiciones de mandatarios, peritos, árbitros, liquidadores comerciales, veedores, liquidadores,

⁶⁷ Ibid, p. 50.

⁶⁸ Ibid, p. 50.

guardadores, albaceas y cualquiera que salvaguarde o gestione un patrimonio ajeno está altamente difundida, y se exige su conocimiento en virtud del artículo 8 del Código Civil. Más aún en relación con los directores y gerentes de una sociedad anónima, cuya normativa que regula los conflictos de interés, articulada en la Ley de Sociedades Anónimas, es de larga data, y lleva exigiéndose profusamente, al punto que hoy por hoy, ningún director o gerente de una sociedad anónima podría alegar su desconocimiento.

CAPITULO IV: Análisis de los autores

A continuación nos parece pertinente ahondar y entrar a analizar -en algunos casos de forma breve y en otros extensa- cada uno de los siete numerales del artículo 240.

Así el nuevo artículo 240 reza:

“Será sancionado con la pena de reclusión menor en sus grados medio a máximo, inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos u oficios públicos en sus grados medio a máximo y multa de la mitad al tanto del valor del interés que hubiere tomado en el negocio:

4.1 El empleado público que directa o indirectamente se interesare en cualquier negociación, actuación, contrato, operación o gestión en la cual hubiere de intervenir en razón de su cargo.”

El primer numeral se refiere al empleado público, ¿qué entendemos por *empleado público*? No existe una definición pacífica para delimitar el significado de este término. Sin embargo, para simplificar la discusión, nos limitaremos a señalar que dentro del Derecho Penal -a diferencia de lo que ocurre en el Derecho Administrativo- se ha entendido la palabra *empleado* y la palabra *funcionario* como sinónimas. El concepto se encuentra contenido en el artículo 260 del Código Penal, el cual establece que: “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 del nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldos del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular”.

El Código Penal define el concepto de empleado público en razón a la función pública que desempeña una persona. La Convención Interamericana contra la

Corrupción, entiende a la función pública como “toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o de sus entidades, en cualquiera de los niveles jerárquicos”.⁶⁹

Este delito tiene como posible autor a los empleados o funcionarios públicos que tienen la obligación de tomar parte en una respectiva negociación en razón de su cargo. “[G]eneralmente se entiende que es el funcionario con capacidad decisoria en el asunto, siendo discutible si puede castigarse por este delito a quien sólo ha debido emitir informes o sólo ha correspondido alguna forma de participación menor en la negociación”⁷⁰.

Al tratarse de una función pública, se infiere a que las personas llamadas a desempeñarla deben cumplir una serie de deberes o principios, por ejemplo:

- i. El *principio de Probidad* que se encuentra establecido en la Constitución Política de la República y desarrollado en la ley N° 18.575 que obliga a las autoridades y funcionarios de la Administración Pública a observar una conducta intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular.
- ii. El *principio de Transparencia* fijado en el artículo 8° de la Constitución Política de la República que introdujo los principios de probidad y de transparencia en un nivel constitucional, señalando que son públicos todos los actos y las resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen.
- iii. La *Promoción del bien común* de la Administración del Estado, atendiendo a las necesidades públicas en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país (artículo 3° de la ley 18.575).

⁶⁹ ILABACA, p. 24.

⁷⁰ RODRIGUEZ y OSSANDON, p. 246.

- iv. Todos los *demás principios*, deberes u obligaciones que deben cumplir los funcionarios públicos, al ser los encargados de llevar a cabo la administración del Estado.

4.2 El árbitro o el liquidador comercial que directa o indirectamente se interesare en cualquier negociación, actuación, contrato, operación o gestión en la cual hubiere de intervenir en relación con los bienes, cosas o intereses patrimoniales cuya adjudicación, partición o administración estuviere a su cargo.

Los árbitros se definen en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 222 del Código Orgánico de Tribunales, el cual señala: “Se llaman árbitros los jueces nombrados por las partes, o por la autoridad judicial en subsidio, para la resolución de un asunto litigioso”. En este numeral no se distinguen los tres tipos de árbitros que existen en nuestro ordenamiento jurídico, por lo tanto, suponemos que se hace aplicable a todos.

La definición de los liquidadores comerciales se encuentra en el artículo 410 del Código de Comercio, el cual señala que “el liquidador es un verdadero mandatario de la sociedad y como tal, deberá conformarse escrupulosamente con las reglas que le trazare su título y responder a los socios de los perjuicios que les resulten de sus operaciones dolosas o culpables”. Los liquidadores comerciales son los encargados de la liquidación de una sociedad anónima o comercial disuelta.

En relación con estos últimos sujetos, este numeral pareciera entrar en contradicción con lo establecido en el artículo 147 de la Ley de Sociedades Anónimas, que se refiere a las operaciones con partes relacionadas de la sociedad anónima abierta. Dicho artículo establece que una sociedad anónima abierta puede celebrar operaciones con partes relacionadas (directores, gerentes, administradores, ejecutivos principales o *liquidadores*) siempre y cuando contribuyan al interés social,

exigiendo que se ajusten a las condiciones del mercado y que se informe al directorio o a quien éste designe. Si interpretamos que ambas normas se refieren al mismo sujeto, entonces nos encontraríamos ante una norma penal que sanciona algo permitido por la LSA, existiendo asistematicidad dentro del ordenamiento jurídico. Esperamos que los tribunales se pronuncien al respecto para aclarar las dudas pertinentes.

4.3 El veedor o liquidador en un procedimiento concursal que directa o indirectamente se interesare en cualquier negociación, actuación, contrato, operación o gestión en la cual hubiere de intervenir en relación con los bienes o intereses patrimoniales cuya salvaguardia o promoción le corresponda. En este caso se aplicará lo dispuesto en el artículo 465 de este Código.

Tanto el liquidador en un procedimiento concursal como el veedor son personas naturales sujetas a la fiscalización de la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento, y ambos sujetos se definen en el artículo 2 de la ley 20.720. Con esto se sustituye el régimen concursal vigente por una ley de reorganización y liquidación de empresas y personas.

El liquidador tiene como misión “realizar el activo del Deudor y propender al pago de los créditos de sus acreedores, de acuerdo con lo establecido en esta ley”. Y el veedor tiene como objetivo principal “propiciar los acuerdos entre el Deudor y sus acreedores, facilitar la proposición de Acuerdos de Reorganización Judicial y resguardar los intereses de los acreedores, requiriendo las medidas precautorias y de conservación de los activos del Deudor, de acuerdo a lo establecido en esta ley”.

La figura del veedor o liquidador de un procedimiento concursal se agrega con la ley 21.121. Para analizar este numeral, debemos tener en vista el artículo 464 bis del Código Penal. Este artículo sanciona al veedor o liquidador que aplica, en beneficio propio o de un tercero, bienes de un deudor sujeto a un procedimiento concursal, aplicando la misma pena que propone el nuevo N° 3 del artículo 240. Sin embargo,

ha pesar de las redacciones similares, ambos delitos apuntan a sancionar cosas distintas. En primer lugar, el artículo 464 bis contiene el verbo rector “aplicar”, lo que evidencia que el tipo delictual requiere de perjuicio, lo que no ocurre en el caso del numeral tercero del 240. Por lo tanto, se trata de un delito de resultado, a diferencia de lo establecido en el numeral tercero que contempla un delito de peligro abstracto. En razón de lo anterior, es pertinente cuestionarse porque ambos delitos cuentan con la misma pena, a pesar de que en uno se requiera perjuicio y en el otro no, pareciendo asistemático. En segundo lugar, “la ubicación del párrafo 7 que contiene el artículo 464 bis permite afirmar que ahí se trata de sancionar el aprovechamiento de bienes del patrimonio administrado por el veedor o liquidador sin una contraprestación, y sin que ello implique tomar interés, porque no está en juego la adjudicación de esos bienes ni la apropiación de estos. [...] Lo que sanciona la figura del 464 bis es el uso indebido por parte del veedor o liquidador, pero no tomar interés en alguna operación que concierna a los bienes a cargo de ese mandatario concursal”⁷¹.

El inciso final del numeral en cuestión señala que en este caso se aplicará lo dispuesto en el artículo 465 del Código Penal, ¿a qué se refiere dicho artículo? Prevé que cuando se trate de delitos contemplados en ese Párrafo y que sean cometidos por veedores o liquidadores le corresponderá a la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento denunciarlos si alguno de los funcionarios de su dependencia toma conocimiento de aquéllos en el ejercicio de sus funciones. Por lo tanto, con ello se le agrega a este numeral un requisito de procesabilidad previa instancia administrativa. El argumento para agregar en este numeral dicho requisito puede ser para reafirmar que los encargados de llevar a cabo y de liderar el procedimiento concursal son los veedores y liquidadores, ya que al solo poder ser denunciados por la Superintendencia se evita que los autores de este numeral sufran algún tipo de amenaza o presión por parte de los socios. Si las posibles víctimas del delito quieren que este se sancione, deben ir a la Superintendencia para

⁷¹ Historia de la Ley N° 21.121, Trámite Comisión Mixta: Senado-Cámara de Diputados, Informe Comisión Mixta, p. 20.

darles conocimiento del delito, y esperar que la institución realice la denuncia.

4.4 El perito que directa o indirectamente se interesare en cualquier negociación, actuación, contrato, operación o gestión en la cual hubiere de intervenir en relación con los bienes o cosas cuya tasación le corresponda.

Los peritos se han definido como “aquellas personas provistas de los conocimientos de alguna ciencia o arte, o comúnmente de determinadas facultades, técnicas o prácticas, llamada a prestar su dictamen sobre el estado, condición o capacidad de alguna persona o cosa”⁷². Este numeral no fue modificado con la reforma y no presenta la necesidad de ahondar en un mayor análisis.

4.5 El guardador o albacea que directa o indirectamente se interesare en cualquier negociación, actuación, contrato, operación o gestión en la cual hubiere de intervenir en relación con el patrimonio de los pupilos y las testamentarias a su cargo, incumpliendo las condiciones establecidas en la ley.

Los tutores o curadores son generalmente llamados guardadores. Se definen y regulan en el artículo 338 y siguientes del Código Civil. En general, son cargos impuestos a ciertas personas a favor de aquellos que no pueden dirigirse a sí mismos o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallan bajo potestad de un padre o de una madre, que pueda darles la protección debida.

Los albaceas o ejecutores testamentarios se definen en el artículo 1271 del Código Civil, como “aquellos a quienes el testador da el encargo de hacer ejecutar sus disposiciones”. Este numeral se refiere exclusivamente a los albaceas que cuentan con bienes a su cargo.

⁷² FONTECILLA, Rafael, Derecho Procesal Penal, t. II, 2da Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1978, p. 278.

Lo más relevante del análisis de este numeral, es que la ley 21.121 incorporó la frase *incumpliendo las condiciones establecidas en la ley*. ¿Cuáles son estas condiciones? Se encuentran establecidas en los artículos 412 y 1294 del Código Civil. En estos se establece que los tutores, curadores y albaceas podrán celebrar actos o contratos en los que se encuentren directa o indirectamente interesados ellos mismos o sus cónyuges, ascendientes, descendientes, hermanos, consanguíneos o afines hasta el cuarto grado inclusive, o alguno de sus socios de comercio, siempre y cuando cuenten con la autorización de los otros tutores, curadores o albaceas que no estén implicados de la misma manera, o con la autorización del juez en subsidio. Sin embargo, estos artículos también establecen una contra-excepción para comprar los bienes raíces del pupilo o de las testamentarias y para tomarlos en arriendo, extendiendo esta prohibición absoluta a sus cónyuges, ascendientes y descendientes.

Al solicitar el consentimiento de los otros tutores, curadores o albaceas, o del juez en subsidio, desaparece el peligro que existe cuando el administrador de un patrimonio se interesa en una actuación u operación. Por lo tanto, si se cumplen con las condiciones legales, la operación pasa a ser lícita por no existir un riesgo para el patrimonio administrado y no existir un fundamento para la punibilidad.

4.6. El que tenga a su cargo la salvaguardia o la gestión de todo o parte del patrimonio de otra persona que estuviere impedida de administrarlo, que directa o indirectamente se interesare en cualquier negociación, actuación, contrato, operación o gestión en la cual hubiere de intervenir en relación con ese patrimonio, incumpliendo las condiciones establecidas en la ley.

Una de estas hipótesis de inaceptable conflicto de interés, agregada con la reforma, está dada por quienes (i) tengan a su cargo *la salvaguardia o la gestión* del patrimonio de (ii) quien estuviere *impedido* de administrarlo. Esta figura que, a diferencia de los otros posibles autores de este delito que tienen roles institucionales más o menos definidos, está redactada de manera general. Es por

ello, y para que no surjan interpretaciones que lleguen a confundir lo que se pretendía al agregar a esta figura como una de peligro especialmente relevante, es que se hace imperioso fijar sus límites.

4.6.1. “Salvaguardia o gestión”: quien tenga el deber, lo infringe

Tener a cargo “la salvaguardia o gestión” de un patrimonio significa una obligación o deber, de hecho o de derecho, que tiene una persona frente a un patrimonio. Su infracción en la forma de *interesarse* o *dar interés*, lesiona el deber especial de protección del patrimonio en que se fundamenta dicha relación jurídica entre el salvaguarda o gestor y el patrimonio salvaguardado o gestionado: una cierta relación de confianza y un correlativo deber de lealtad⁷³. Un conflicto de interés infringe el deber de lealtad toda vez que asume el riesgo de preferir los intereses de la persona a cargo por sobre las del patrimonio administrado, y muchas veces en perjuicio del patrimonio administrados (aquí se configura la hipótesis de administración desleal como delito de resultado). Independiente de que haya perjuicio, o incluso beneficio, el legislador prohibió la infracción de este deber, sancionándolo penalmente cuando el dueño del patrimonio se encuentre “impedido” de administrarlo. La justificación de lo anterior está dada por la situación de *indefensión*⁷⁴ de aquel impedido de controlar a quien administra y el peligro real que esto representa para el patrimonio administrado. En este numeral se protege al patrimonio de quien no puede defender sus intereses por encontrarse ausente o impedido de controlar al administrador.

Tener a cargo la *salvaguardia* de un patrimonio significa una obligación especial de protección o resguardo del patrimonio, sin necesidad de un título específico (no necesita de mandato, poder o representación). Esta obligación puede tener como fuente la ley (como la regulación de las relaciones de familia), una autorización judicial (por ejemplo, cuando se nombra judicialmente a un administrador), un acto o negocio jurídico (a modo de ejemplo, un mandato o un pago de cuentas) o incluso

⁷³ VERA, p. 441.

⁷⁴ Historia de la Ley, Trámite Comisión Mixta: Senado-Cámara de Diputados, Informe Comisión Mixta, p. 25.

emanar de una relación de confianza. Lo importante aquí no es la fuente de esta obligación, por ello, para acreditar el delito no se debieren dar latas discusiones acerca de medidas prejudiciales civiles que dilaten el proceso. Basta con probar la existencia de este deber especial de protección del patrimonio y su infracción por parte de quien acarrea esta obligación. El límite existe en que, por regla general, no todos están a cargo de los intereses de otros, y estar en condiciones de hacerlo no lo transforma en una obligación.

Tener a cargo la *gestión* de un patrimonio, si bien es irrelevante la distinción porque se refieren a lo mismo, hace alusión a las normas civiles relativas al mandato, donde se confía a un tercero la gestión de uno o más negocios a su cuenta y riego (artículo 2116 del Código Civil). Pero, particularmente para la configuración del hecho típico se exige tener a cargo la gestión de los intereses patrimoniales. Como ejemplos paradigmáticos de situaciones en que se encarga la gestión de un patrimonio, encontramos los contratos de: mandato, depósito, comisión, el poder de representación, etc. En el mismo sentido, se deben agregar aquellos encargos de gestión en que se otorgan determinadas facultades sobre todo o parte del patrimonio ajeno, en atención a otras relaciones jurídicas⁷⁵.

Es importante recalcar que el tipo subjetivo exige *dolo*, es por esta razón que un mero descuido no basta para configurar el tipo.

4.6.2 Todo o parte del patrimonio

No solo puede haberse encargado la administración de todo un patrimonio, sino que también una porción de él.

⁷⁵ El caso de un asistente del hogar, encargado de realizar las compras y demás acciones para gestionar el hogar, cuando el dueño/a se encuentra ausente, es un caso paradigmático, porque aquí se entregan facultades de gestión y manejo de los recursos, por ejemplo, de la libreta de ahorros o la tarjeta de crédito, etc. Si la persona tomara interés en alguno de estos actos, le sería imputable la negociación incompatible, si se cumplen con los demás requisitos del tipo. En VERA, p. 444, en relación con el delito de administración desleal.

4.6.3 “Impedida de administrarlo”

Este *impedimento* no tiene que ver con la situación de los jurídicamente incapaces. Estos casos están regulados en el numeral quinto, al sancionar los conflictos de interés de los guardadores. El sexto numeral se refiere a la situación de hecho donde personas plenamente capaces por alguna razón se encuentran impedidas de controlar al administrador. Este impedimento puede estar dado por la ausencia de la persona u otra razón excepcional. Este *impedimento* debe haber acaecido con posterioridad a la constitución de la relación fiduciaria. Como dijimos, lo que busca proteger esta norma es evitar que quien administra pueda tomar interés en la operación si el dueño del patrimonio no puede impedirlo. La razón que subyace a esta disposición es que existe un riesgo evidente que resulta de la indefensión del dueño del patrimonio administrado.

De todas formas, creemos que este concepto indeterminado puede generar confusiones porque no queda claro cuando se está “impedido” de controlar al administrador. Por regla general, se entiende que se excluye al mandato consensual, porque en cualquier momento puede revocarse, o autorizarse o ratificarse la extralimitación del mandante. Pero, qué pasa cuando el mandante voluntariamente decide no tener el control de la administración, o por resolución judicial tiene la obligación de no hacerlo. También se puede llegar a conclusiones absurdas, como si por el hecho de que el administrador tenga más fuerza física o porque sea intimidante, el dueño se ve de facto impedido. La verdad es que la hipótesis de administración supone un impedimento intrínseco en este tipo de relaciones, y es que el dueño está impedido de administrar porque se delegó esa facultad. Esto puede considerarse irrelevante, toda vez que el mandante en cualquier momento puede deshacer lo hecho y revocar las facultades de administración. Así, no se encontraría absolutamente impedido de controlar al mandante, siempre y cuando, pueda limitar su gestión a su voluntad. Pero, el mandato consensual es el ejemplo paradigmático donde la existencia de un impedimento sería controvertible. Porque en la realidad, en cualquier otro caso, la

existencia de un administrador obsta, es un impedimento, a la administración del patrimonio propio. Por ejemplo, una resolución judicial puede ser un impedimento para el dueño del patrimonio, que si bien podría pedir su revocación ante los tribunales de justicia, en el tiempo intermedio, el administrador podría tomar interés en alguna operación, sin que el dueño tenga derecho a reclamo.

El juez deberá ponderar hasta qué punto la persona capaz se encuentra absolutamente impedida de controlar sus intereses patrimoniales. Esperemos que la doctrina y la jurisprudencia se pronuncien para llenar de contenido esta disposición confusa.

Algunas hipótesis de autores del delito de negociación incompatible, respecto a este numeral:

- i. El padre o madre que tiene el cuidado personal del hijo, sin tener la patria potestad; por lo tanto, tiene la obligación de salvaguardar sus bienes, pero no la administración del patrimonio del menor.
- ii. El viudo que hereda en conjunto con sus hijos un único bien raíz y celebre sobre él cualquier operación, correspondiéndole la parte mayoritaria de la herencia debido a su asignación forzosa como cónyuge sobreviviente.
- iii. El administrador de un patrimonio ajeno, que no puede ser administrado por su dueño que es, a la vez, comunero –y dueño por tanto de una cuota– de los bienes en cuestión.
- iv. El fideicomisario del fideicomiso ciego de ciertas autoridades electas, siempre y cuando las normas que regulen del fideicomiso impidan cualquier tipo de control por parte del beneficiario sobre el patrimonio fiduciario. Como el fideicomiso ciego del Presidente (hasta donde podemos comprobar).

- v. La mujer casada en sociedad conyugal, cuando tiene la administración extraordinaria de la sociedad debido a un impedimento del marido.
- vi. El mandatario con poder general de representación de una persona que se ausentó del país⁷⁶.

4.6.4 En cumplimiento de las condiciones establecidas por la ley

En el mismo sentido que el numeral anterior, la importancia de la parte final de este numeral radica en que para satisfacer los elementos objetivos del tipo se debe incumplir con de las “condiciones establecidas en la ley”. A *contrario sensu*, no habrá hecho punible si se cumple con las obligaciones establecidas en la ley. Este requisito también es indeterminado y confuso, y obliga a que para cada uno de los posibles autores del injusto típico, dispuestos de manera genérica en este numeral, se revise toda la normativa vigente –tanto penal como extrapenal–, para verificar que se cumpla con las condiciones legales. En el fondo, esta norma debe ser interpretada no como una prohibición estricta, sino como una sanción al incumplimiento de la normativa que habilita al administrador a tomar interés en ciertos casos. La norma se configura como una *ley penal en blanco impropia* que deberá ser complementada por otras leyes para poder definir la conducta punible (en este caso, principalmente leyes civil y comerciales). Lo relevante aquí es poder determinar para cada una de las posibles hipótesis de autores, cuáles serían las condiciones en virtud de las cuales quien salvaguarde o gestione el patrimonio de un tercero impedido de administrarlo pueda *tomar interés* en una operación relativa a ese patrimonio. Esto tiene sentido en el entendido de que si hay normas civiles que permiten ciertos casos de operaciones interesadas, por no representar un *riesgo* para los bienes administrados, no habría ninguna razón para que la normativa penal sancione dichas situaciones.

⁷⁶ Llama la atención la sentencia de la Corte Suprema de 9 de enero de 2017, rol n° 14.853-2016, que estima que el otorgamiento de las más amplias facultades al mandatario implica la facultad de autocontratar que, a su vez, incluye la aprobación. En este tenor, un mandatario con amplias facultades no podría ser autor del delito del art. 240 N°6 del Código Penal.

A modo meramente ilustrativo expondremos las condiciones legales que habilitarían al mandatario a interesarse en una operación en virtud de las reglas civiles del mandato. La prohibición de autocontratación del artículo 2144 del Código Civil no es una norma prohibitiva, para poder auto-contratar se necesita de la autorización expresa del mandante⁷⁷. Este consentimiento previo constituye una formalidad habilitante por la cual se asume el riesgo que representa un conflicto de interés⁷⁸. En razón de ello, si se tiene la autorización expresa del mandante se estaría en cumplimiento de las condiciones que establece la ley y no se configuraría el tipo⁷⁹.

Cabe mencionar también que estas condiciones deben encontrarse establecidas en la ley, por ello solo pueden estar contenidas en una norma legal o con rango legal. De lo contrario, no cumplirían con el estatus para ser consideradas como elementos del tipo y, por lo tanto, innecesarias al momento de considerar su quebrantamiento. Si las condiciones estuvieran contenidas en una norma con rango infralegal nos encontraríamos frente a una *ley penal en blanco propia*, y se correría el riesgo de ser declarado inaplicable por la inconstitucionalidad del precepto, al vulnerar el principio de legalidad.

4.7. El director o gerente de una sociedad anónima que directa o indirectamente se interese en cualquier negociación, actuación, contrato, operación o gestión que involucre a la sociedad, incumpliendo las condiciones establecidas por la ley, así como toda persona a quien le sean aplicables las normas que en materia de deberes se establecen para los directores o gerentes de estas sociedades.

4.7.1 Reviviendo letra muerta

⁷⁷ ALESSANDRI, Arturo, La autocontratación o el acto jurídico consigo mismo, Revista de Derecho y Jurisprudencia, No. 28, 1931, pp. 5-107.

⁷⁸ PARDOW, Diego, Potestades de administración y deberes fiduciarios, Estudios de Derecho Civil II, LexisNexis, Santiago, 2006, p. 13.

⁷⁹ Ver nota al pie n° 76.

En particular, con la incorporación del art. 240 N°7 del Código Penal, la ley vino a llenar el vacío que había en la Ley N° 18.046 de Sociedades Anónimas (“LSA”), respecto a las sanciones por infracción de deberes de directores. El artículo 42 LSA enumera una serie de prohibiciones para los directores a fin de proteger al patrimonio social de los conflictos de interés que pueden surgir entre el interés social y el interés personal del director o gerente.

Así, el artículo 42 LSA prohíbe a los directores o gerentes de sociedades anónimas, entre otras cosas:

- 1) Proponer modificaciones de estatutos y acordar emisiones de valores mobiliarios o adoptar políticas o decisiones que *no tengan por fin el interés social*;(...)

- 7) En general, practicar actos ilegales o contrarios a los estatutos o al interés social o usar de su cargo *para obtener ventajas indebidas para sí o para terceros relacionados* en perjuicio del interés social. Los beneficios percibidos por los infractores a lo dispuesto en los tres últimos números de este artículo pertenecerán a la sociedad, la que además deberá ser indemnizada por cualquier otro perjuicio.

A partir de estas prohibiciones es que la doctrina construyó un sistema de deberes de directores. En particular, a fin de evitar los conflictos de interés –y el particular problema de agencia– que subyacen a este tipo de relaciones, y por la particular relación de confianza (fiduciaria) que las caracteriza, la doctrina construyó el *deber de lealtad*, que se resume en el deber de velar por el interés del patrimonio administrado con independencia de los intereses propios⁸⁰. Recordemos que el delito de negociación incompatible se configura como un delito de infracción de deber, en este caso, del deber de lealtad de los directores de sociedades anónimas. Por muchos años, la infracción a ese deber solo daba lugar a sanciones civiles, sin

⁸⁰ PARDOW (2006), p. 13.

perjuicio de las sanciones que correspondían en sede administrativa⁸¹.

El artículo 133 LSA reza:

Por las personas jurídicas responderán además civil, administrativa y *penalmente*, sus administradores o representantes legales, a menos que constare su falta de participación o su oposición al hecho constitutivo de infracción.

El artículo 44 inciso 5° LSA, que prevé como remedio ante la infracción de deberes de directores la indemnización de perjuicios, también hace una vaga referencia a las sanciones: “sin perjuicio de las sanciones que correspondan”.

Antes de la ley 21.121, estas disposiciones eran *letra muerta* en lo que refería a sanciones penales; esta ley viene a hacerse cargo de esta situación y dotar de contenido a la LSA proponiendo las sanciones penales que corresponden ante la infracción del deber de lealtad de los directores: negociación incompatible del 240 N°7 del Código Penal cuando se interesen en la operación y administración desleal cuando la operación perjudique al patrimonio social.

4.7.2 Condiciones establecidas por la ley para regular los conflictos de interés en las sociedades anónimas

La ley 18.046 prevé un marco regulatorio para las sociedades anónimas, y en especial para sus directores y gerentes, donde establece procedimientos específicos que permiten a los directores y gerentes de sociedades anónimas tomar interés en operaciones en los que existan conflictos de interés.

4.7.3 Condiciones legales establecidas en la ley para las sociedades anónimas cerradas

⁸¹ HERNÁNDEZ, Héctor, La administración desleal en el derecho penal chileno, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, vol. 26, n° 1, 2010, p. 205.

Para las sociedades anónimas cerradas el artículo 44 LSA dispone las maneras en virtud de las cuales un director o gerente puede tomar interés en la operación. Una sociedad anónima cerrada sólo podrá celebrar actos o contratos que involucren *montos relevantes*⁸² en los que uno o más directores tengan interés por sí o como representantes de otra persona:

- i. Cuando dichas operaciones sean conocidas y aprobadas previamente por el directorio y se ajusten a condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado,
- ii. Salvo que los estatutos autoricen la realización de tales operaciones sin sujeción a las mencionadas condiciones. (...)
- iii. Con todo, no será aplicable lo establecido en el inciso primero si la operación ha sido aprobada o ratificada por la junta extraordinaria de accionistas con el quórum de 2/3 de los accionistas con derecho a voto.

La LSA no define *interés*, pero presume de derecho en el inciso 3º del artículo 44 LSA.

Se entiende que existe interés de un director en toda negociación, acto, contrato u operación en la que deba intervenir en cualquiera de las siguientes situaciones: En la que deba intervenir como contraparte de la sociedad: (i) él mismo, su cónyuge o sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad; (ii) las sociedades o empresas en las cuales sea director o dueño, directamente o a través de otras personas naturales o jurídicas, de un 10% o más de su capital; (iii) las

⁸²Art. 44 LSA inciso 4º: Para los efectos de este artículo, se entiende que es de monto relevante todo acto o contrato que supere el 1% del patrimonio social, siempre que dicho acto o contrato exceda el equivalente a 2.000 unidades de fomento y, en todo caso, cuando sea superior a 20.000 unidades de fomento. Se presume que constituyen una sola operación todas aquellas que se perfeccionen en un período de 12 meses consecutivos por medio de uno o más actos similares o complementarios, en los que exista identidad de partes, incluidas las personas relacionadas, u objeto.

sociedades o empresas en las cuales alguna de las personas antes mencionadas sea director o dueño, directo o indirecto, del 10% o más de su capital, y (iv) el controlador de la sociedad o sus personas relacionadas, si el director no hubiera resultado electo sin los votos de aquél o aquéllos.

En primer lugar, el artículo 44 LSA establece un procedimiento que permite a los directores intervenir en operaciones en que ellos tengan un conflicto de interés, si dichas operaciones son (a) conocidas y aprobadas previamente por el directorio y (b) se ajusten a las condiciones de equidad que habitualmente prevalecen en el mercado. Para este caso deben configurarse estos dos requisitos copulativos para que el director con interés no pueda ser imputado por el delito de negociación incompatible.

Para que las operaciones sean (a) conocidas y aprobadas previamente por el directorio, se deben ajustar al mecanismo dispuesto en el inciso 2º del artículo 44 LSA, que indica que el directorio deberá pronunciarse con la abstención del director con interés y deberá dejarse constancia en el acta de la sesión de directorio correspondiente, de las deliberaciones para aprobar los términos y condiciones de los respectivos actos o contratos. Tales acuerdos deberán ser informados en la próxima junta de accionistas por el que la presida, debiendo hacerse mención de esta materia en su citación.

Si bien la norma no consagra la obligación de los directores de divulgar los conflictos de interés que les afectan –exigencia que sí estaba implícita en normativas que le antecedían–, la doctrina ha manifestado que en concordancia con el deber de lealtad al que responden los directores, éstos sí se encontrarían obligados a revelar su interés en la operación⁸³. De todas formas, independiente de si un director divulga o no la existencia de un conflicto de interés, se verían configurados los elementos

⁸³ BERNET, Manuel Antonio, El deber de lealtad de los directores y los contratos en conflicto de interés, Revista Chilena de Derecho Privado, núm. 8, Universidad Diego Portales Santiago, Chile, 2007, p. 124; PARDOW, Diego, Responsabilidad civil de los directores de sociedades anónimas. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, 2007, p. 78.

objetivos del tipo que exige *tomar o dar interés* si un director no se abstiene de participar en la operación. En el fondo, el deber de lealtad que se exige tiene como correlativo un *deber de abstención* del director o gerente en la operación que, si se infringe, o sea, no se abstiene, recae en el delito de negociación incompatible. A menos que cumpla con las condiciones legales, que para el caso son que dichas operaciones en las cuales el director tenga interés sean conocidas y aprobadas por el resto del directorio y se ajusten a condiciones de equidad.

En relación a este primer requisito –(a) que las operaciones sean conocidas y aprobadas previamente por el directorio– cabe mencionar que la ley establece, como dijimos, el *deber de abstenerse* de participar en el debate y posterior aprobación en la sesión de directorio respectiva al director en cuestión. Sobre este punto, la doctrina se divide sobre si se puede imponer esta exigencia a los directores. Hay quienes creen que por la literalidad de la ley no cabría imponerle el deber de abstención⁸⁴. Otros creen que, por el deber de lealtad que se les exige, y para evitar que el director ejerza cualquier influencia dominante sobre el resto del directorio, que debe decidir con total imparcialidad, sí debería abstenerse⁸⁵. Por último, una parte de la doctrina estima que es deber del resto de los directores imponerle la abstención, porque de no hacerlo no se estarían comportando con la diligencia debida exigida al cargo⁸⁶. Al respecto, creemos que la norma penal del artículo 240 n° 7 se configura como una prohibición de *tomar interés*, lo que exige un deber de abstención por parte del director que, de infringirse, se verían satisfechos los elementos objetivos del tipo.

El artículo 44 LSA además exige que los acuerdos que adopte el directorio deben ser *comunicados* en la próxima junta de accionistas *por quien la presida*, debiendo

⁸⁴ CAREY, Guillermo, De la sociedad anónima y la responsabilidad civil de los directores, 2a ed., Santiago, Editorial Universitaria, 1993, p.153.

⁸⁵ CÓRREA, OSMAR, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedade anónima*, Rio de Janeiro, Aide, 1989, en BERNET, p.126. En el mismo sentido, PARDOW (2007), p. 78 y 79.

⁸⁶ Ba BAIGÚN, David y Salvador BERGEL, El fraude en la administración societario: (el art. 773, inc. 7, del Código penal en la órbita de las sociedades comerciales), Buenos Aires, De–Palma, 1988 en BERNET, p. 126.

señalar en la citación el nombre de los directores y la manera en que cada uno de ellos votó en la sesión respectiva⁸⁷. No es claro en este punto si esta exigencia de comunicación constituiría un elemento objetivo del tipo, dependerá de si se sigue la doctrina de condiciones objetivas de punibilidad o si solamente se exige dolo para determinar el incumplimiento. Este análisis importa porque, en el caso de no comunicarse, podrían verse configurados los elementos del tipo. En cualquier caso, creemos que el incumplimiento de esta comunicación, de no ser imputable al director en cuestión –como si de alguna forma impidiera la comunicación– es una carga que no recae en él, sino en quien presida la junta de accionistas. Es por ello que el director como sujeto, no puede “incumplir” aquello que no es mandatado a cumplir.

En cuanto al segundo requisito –(b) que la operación debe ajustarse a *condiciones de equidad* similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado– la ley no entrega los factores normativos que permitan determinarlo. La noción de condiciones de equidad en el mercado es compatible con la noción anglosajona de *entire fairness*, así no solo se exigiría el *justo precio* como sugiere Alberto Lyon, sino que todas las condiciones de la operación (formas de pago, garantías, etc.) no soporten un beneficio para el director o sus relacionados⁸⁸. Para las operaciones en que exista un conflicto de interés se requiere una justificación sustantiva de la operación, a diferencia del resto de las decisiones del directorio que se amparan en un principio de libertad empresarial: “El conflicto de intereses debe traducirse en un beneficio a la sociedad. Si solo se beneficia al director, el riesgo adicional que envuelve no se justifica⁸⁹”. En último término, la equidad de la operación podrá ser determinada en referencia a transacciones realizadas anteriormente por la misma empresa, sus competidoras, índices generales de la economía o a través de un juicio hipotético⁹⁰.

El inciso 1º del artículo 44 LSA en su parte final establece que (ii) los *estatutos* podrán autorizar a los directores a celebrar actos o contratos que involucren montos

⁸⁷ PARDOW (2007), p. 80.

⁸⁸ BERNET, p. 127.

⁸⁹ Pardow (2007), p. 81.

⁹⁰ Pardow (2007), p. 80.

relevantes en los que uno o más directores tengan interés por sí o como representantes de otra persona sin sujeción a las condiciones del mismo artículo 44 LSA. En este caso, la ley autoriza a que los estatutos se eximan de las condiciones legales y autoricen en forma expresa mediante sus estatutos que los directores tomen interés. En este caso, al igual que la autorización expresa en el mandato, la autorización estatutaria, que deberán dar los accionistas, se configura como una formalidad habilitante que asume explícitamente el riesgo que presenta el conflicto de interés⁹¹. Esta autorización se daría en cumplimiento de las condiciones legales, razón por la cual, no se vería satisfecho el tipo si un director o gerente se interesa en una operación social.

4.7.4 Gerentes, así como toda persona a quien le sean aplicables las normas que en materia de deberes se establecen para los directores de sociedades anónimas

Las normas precedentes no son solo aplicables a los directores de sociedades anónimas, sino que a toda la plana ejecutiva. El artículo 50 de la LSA dota al gerente, a la persona que haga sus veces, y a los ejecutivos principales de mismas responsabilidades que al director:

Art. 50 A los gerentes, a las personas que hagan sus veces y a los ejecutivos principales, les serán aplicables las disposiciones de esta ley referente a los directores en lo que sean compatibles con las responsabilidades propias del cargo o función, y en especial, las contempladas en los artículos 35, 36, 37, 41, 42, 43, 44, 45 y 46, según el caso.

Con todo, en virtud del inciso 2º del artículo 40 del Código Penal, el directorio tiene la facultad de delegar parte de sus facultades a los ejecutivos principales, gerentes, subgerentes o abogados de la sociedad, en un director o en una comisión de directores. A estas personas le serán aplicables las normas que en materia de

⁹¹ PARDOW (2006), p. 13.

deberes se establecen para los directores de sociedades anónimas.

4.7.5 SpA's

Este delito no solo es aplicable a directores, gerentes y, en general, la plana ejecutiva de sociedades anónimas, sino también de sociedades por acciones (SpA). Esto, en virtud de que el Código de Comercio en su artículo 424 les hace aplicable de manera supletoria las reglas de las sociedades anónimas cerradas. Por esta razón, para los directores, gerentes y otros a quienes les sean aplicables las normas que en materia de deberes se establecen para los directores o gerentes de una SpA, les son aplicables las condiciones legales que detallamos precedentemente para las sociedades anónimas cerradas de la misma forma que a los directores y gerentes de estas sociedades.

4.7.6 Sociedades anónimas abiertas: operaciones con parte relacionada

Para las sociedades anónimas abiertas la ley dispone un mecanismo que denomina *operaciones con parte relacionada* que se articula en el título XVI de la LSA, y se aplica tanto a estas sociedades como a sus filiales, independiente de su naturaleza.

Este mecanismo puede hacerse de dos formas: (i) con aprobación del directorio o (ii) convocando a junta extraordinaria de accionistas para aprobar la operación.

Dispone el artículo 146 LSA:

Son operaciones con partes relacionadas de una sociedad anónima abierta toda negociación, acto, contrato u operación en que deba intervenir la sociedad y, además, alguna de las siguientes personas:

- 2) Un director, gerente, administrador, ejecutivo principal o liquidador de la sociedad, por sí o en representación de personas distintas de la sociedad, o

sus respectivos cónyuges o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad inclusive.

- 3) Las sociedades o empresas en las que las personas indicadas en el número anterior sean dueños, directamente o a través de otras personas naturales o jurídicas, de un 10% o más de su capital, o directores, gerentes, administradores, ejecutivos principales.

El artículo 147 LSA dispone los procedimientos para la autorización de las operaciones con parte relacionadas:

- i. Que contribuyan al interés social;
- ii. Se ajusten en precio, términos y condiciones a aquellas que prevalezcan en el mercado al tiempo de su aprobación; y,
- iii. Cumplan con los requisitos y procedimientos que se señalan.

Aquí hay una primera exigencia adicional respecto de las sociedades anónimas cerradas, la operación no puede ser indiferente a la sociedad, tiene que (i) contribuir al interés social, ser beneficioso para él.

Señalaremos someramente los requisitos que deben cumplir los directores, gerentes o ejecutivos principales para que una operación con parte relacionada sea autorizada:

Primero, el director, gerente, o ejecutivo principal deberá *informar* inmediatamente de la operación al directorio o a quien éste designe. Se necesitará de la *aprobación* de la mayoría absoluta de los miembros del directorio para autorizar la operación.

Esta debe hacerse con *exclusión* de los directores involucrados. No obstante, si el

directorio lo requiere, deberán hacer público su parecer respecto de la operación. Se deberá elevar un acta dejándose constancia de los fundamentos de la decisión y las razones de la exclusión de estos directores, y el parecer de los directores si lo hicieron público. Si la mayoría absoluta de los miembros del directorio se *abstiene* en la votación, ésta sólo podrá llevarse a cabo si es aprobada por la unanimidad de los directores no involucrados o, en su defecto, si es aprobada en junta extraordinaria de accionistas con el acuerdo de 2/3 de las acciones con derecho a voto.

No obstante lo anterior, aquellas operaciones que (i) no sean de monto relevante; o que, (ii) conforme a políticas generales de habitualidad, determinadas por el directorio de la sociedad, sean ordinarias en consideración al giro social; o (iii) aquellas operaciones entre personas jurídicas en las cuales la sociedad posea, directa o indirectamente, al menos un 95% de la propiedad de la contraparte: podrán ejecutarse sin los requisitos anteriores, previa autorización del directorio.

4.7.7 Sociedades anónimas especiales

Por su parte, las sociedades anónimas especiales ofrecen un marco regulatorio mucho más extenso, detallando para cada caso su propia forma de regular los conflictos de interés, cuyo análisis más escueto escapa del objetivo de este trabajo.

El artículo 129 de la LSA prescribe que las sociedades anónimas especiales se regirán supletoriamente por las normas de las sociedades anónimas abiertas. De esta forma si no tienen una norma especial, se regirán por las reglas de operaciones con parte relacionada del título XVI de la LSA.

Así se pronunció la Comisión para el Mercado Financiero (CMF), ex Superintendencia de Valores y Seguros (SVS), respecto a las Sociedades de Seguros, que debían regirse por el título XVI de la LSA para operaciones con parte relacionada. Este punto no es trivial, dado la fragilidad que presenta la redacción del nuevo delito de negociación incompatible, que se remite, a su vez, a la normativa

especial de cada una de las sociedades especiales, complementadas por las LSA, y que en último término son interpretadas por entidades administrativas. Como este delito en su numeral 7º se presenta como una ley en blanco impropia, que debe remitirse a otras legislaciones para llenar su significado, si esas legislaciones no son claras, el sentido interpretativo se los termina por dar una entidad ajena al legislativo (como, por ejemplo, una Superintendencia mediante sus circulares), y en ese caso es dudoso que la imposición de la pena cumpla los estándares de tipicidad y legalidad exigidos constitucionalmente. Si así fuera el caso, en sede constitucional este delito perdería toda relevancia.

Otro ejemplo lo podemos encontrar en las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), sociedades anónimas especiales que está bajo la supervigilancia de la Superintendencia de Pensiones. Tienen su propia regulación especial, el decreto ley N° 3.500, pero también se rigen supletoriamente por la LSA. El decreto ley N° 3.500, en su Título XIV “De la Regulación de los Conflictos de Intereses”, en sus artículo 147 y siguientes, regula y sanciona a los directores que infrinjan el deber de lealtad interesándose en una operación. Por su parte la Superintendencia de Pensiones en su Circular N° 1285, estableció normas que regulan expresamente los conflictos de interés que pueden presentarse en la inversión de los fondos de pensiones. En el mismo sentido que en el párrafo anterior, no es claro que esta regulación de la Superintendencia sea vinculante para determinar cuándo se está “incumpliendo con las condiciones legales” en el caso de que un director o gerente se interesare. Habrá que ver si cumple con el estándar de tipicidad que se exige constitucionalmente para la imposición de la pena. Por su parte, el decreto ley N° 3.500 impone su propia sanción penal para el caso de incumplir con la regulación de su título XIV en el artículo 159⁹². Es posible que haya concurso entre este entre este delito y el de

⁹² El Art. 159 del DL 3.500 dispone: Sufrirán las penas de presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo, los directores, gerentes, apoderados, liquidadores, operadores de mesa de dinero, y trabajadores de una Administradora de Fondos de Pensiones que en razón de su cargo o posición, y valiéndose de información privilegiada de aquélla que trata el Título XXI de la ley N° 18.045.

a) Ejecuten un acto por sí o por intermedio de otras personas, con el objeto de obtener un beneficio pecuniario para sí o para otros, mediante cualquier operación o transacción de valores de oferta

negociación incompatible, lo que deberá determinarse en cada caso.

pública;

b) Divulguen la información privilegiada, relativa a las decisiones de inversión de cualquiera de los Fondos a personas distintas de las encargadas de efectuar las operaciones de adquisición o enajenación de valores de oferta pública por cuenta o en representación del Fondo.

Igual pena sufrirán los trabajadores de una Administradora de Fondos de Pensiones que, estando encargados de la administración de la cartera y, en especial, de las decisiones de adquisición, mantención o enajenación de instrumentos para cualquiera de los Fondos y la Administradora respectiva, ejerzan por sí o a través de otras personas, simultáneamente la función de administración de otra cartera de inversiones, y quienes teniendo igual condición infrinjan cualquiera de las prohibiciones consignadas en las letras a), c), d) y h) del artículo 154.

CONCLUSIONES

El delito de negociación incompatible se incorporó a nuestra legislación en 1875 con el Código de Rengifo. En sus inicios se configuró como un delito funcionario cuyo bien jurídico protegido era la probidad en la Administración. Con el tiempo fue sufriendo pequeñas modificaciones hacia el ámbito privado a fin de resguardar posibles situaciones de conflictos de interés.

Se configura como un delito especial propio, de mera actividad y de peligro abstracto, cuyo objeto de imputación es el acto, contrato u operación del cual se toma interés.

Con el propósito de amenizar el fenómeno de la corrupción es que se promulgó la ley 21.121 conocida como “Ley Anticorrupción” que, entre otras cosas, viene a modificar la redacción del artículo 240 del Código Penal, agregando nuevos actores que pertenecen a la esfera privada. En razón de lo anterior es que planteamos que el lugar donde se encuentra el delito perdió su vigencia, y por razones de sistematicidad tendría más sentido cambiar el lugar donde se encuentra (el título V De los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos), porque el funcionario público no es el único o principal capaz de ser autor de este delito. Por otro lado, el bien jurídico protegido, al menos de los numerales distintos del primero, ya no es la recta administración pública, sino más bien se configura como un delito que busca la protección de un patrimonio.

Otra novedad tras la reforma es que a la variante *dar interés* se agrega *debiendo impedirlo*. Ello exige que exista al menos un deber de garante del autor, es decir, que éste efectivamente haya tenido el deber de impedir que el pariente tome interés. La importancia de ello es que el posible autor pueda prever las circunstancias fácticas de su conducta y así evitar problemas de desconocimiento.

Históricamente este delito ha sido ineficaz porque ha habido escasas condenas por

éste. Una de las razones de ello ha sido el uso del error de prohibición invencible como causal de exculpación. Por lo reciente de la reforma y debido a que no ha habido ningún fallo no sabemos si continuará teniendo asidero esta causal de exculpación. Creemos que al ser más clara la redacción del tipo, y al ser conocidos los deberes del cargo de cada uno de los nuevos autores y sancionados por otros cuerpos normativos, no sería posible exculparse por esta causal.

Este delito se configura como un delito de infracción de deber, esto significa el que el tipo se ve realizado al infringirse el deber, en este caso el deber de lealtad. En el fondo, este delito busca resguardarse de ciertas hipótesis de posible conflicto de interés, entre quien administra un patrimonio ajeno y el dueño de este, en donde el dueño se encuentra en un estado de indefensión. Por esta razón es que el legislador decidió prohibir estas conductas *ex ante*, independiente de que haya perjuicio para el patrimonio o no. Si hay perjuicio, se imputará la conducta por el delito de administración desleal, nuevo delito que se agrega con la ley 21.212.

Otra modificación relevante de este delito con la ley 21.212 fue aumentar en un grado la pena privativa de libertad, aumentar las multas a beneficio fiscal y agravar la pena privativa de las inhabilidades y las suspensiones en cargos u oficios públicos. Actualmente, el delito contempla la pena de reclusión menor en sus grados medio a máximo, inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos u oficios públicos en sus grados medio a máximo y multa de la mitad al tanto valor del interés que hubiere tomado en el negocio.

Además, la negociación incompatible, con la ley 21.212, se agregó a la ley 20.393 sobre responsabilidad penal de la persona jurídica. Sin embargo, creemos que tendrá poca aplicación, por exigir la ley 20.393 que la empresa imputada se beneficie con la conducta, lo que dificulta una hipótesis de interés de esa empresa.

En relación con el nuevo delito de administración desleal, vemos la posibilidad de un concurso aparente entre ambos delitos, por consunción o por especialidad, dado que

ambos persiguen la protección del mismo bien jurídico: el patrimonio. La negociación incompatible se configura como la antesala de la administración desleal, es el delito de peligro, y la administración desleal, al requerir perjuicio, es el delito de resultado.

Como señalamos, este es un delito especial propio, los que pueden ser autores de este delito son: (1º) el empleado público, (2º) el árbitro o liquidador comercial, (3º) el veedor o liquidador en un procedimiento concursal, (4º) el perito, (5º) el guardador o albacea, (6º) el que tenga a su cargo la salvaguardia o la gestión de todo o parte del patrimonio de otra persona que estuviere impedida de administrarlo, (7º) el director o gerente de una S.A. Los autores de numerales 3, 6 y 7 se agregaron con la ley 21.212.

En cuanto a los nuevos actores que se agregan, respecto al numeral 6, el que tenga a su cargo la *salvaguardia o la gestión* de todo o parte del patrimonio de otra persona que estuviere impedida de administrarlo, se refiere una obligación o deber, de hecho o de derecho, que tiene una persona frente a un patrimonio. La infracción de este deber especial de lealtad dará lugar a la imputación del tipo. Pero, además, se le agrega a este requisito que el dueño del patrimonio esté *impedido* de administrarlo. Como vimos este impedimento se refiere a una persona plenamente capaz (porque a la situación de los jurídicamente incapaces se refiere el numeral 5º), y se justifica la protección de ésta por la determinada situación de indefensión de aquel impedido de controlar su patrimonio. Esta es una situación de facto, y como vimos, se configurará como una causal residual, ya que, la mayoría de las hipótesis de situaciones de indefensión de quienes no controlan su propio patrimonio está comprendida en los otros numeral del artículo 240 del Código Penal. Queda pendiente que la doctrina y la jurisprudencia vayan llenando de contenido este concepto indeterminado de *impedimento*, ya que a priori no es clara su aplicación. El tipo exige, además, que se *incumpla con las condiciones legales*, lo que significa que para cada relación fiduciaria donde haya un deber especial de lealtad de quien administra un patrimonio de aquel impedido de hacerlo por sí, se podría tomar interés si se sigue cierto procedimiento determinado legalmente (como, por ejemplo,

en el mandado, que con autorización del mandante, el mandatario podría interesarse). De cumplirse con las condiciones legales específicas, exigidas para cada tipo de relación fiduciaria en particular, no se satisfacería el tipo. Es relevante mencionar que estas condiciones deben estar establecidas por ley o por una norma con rango legal, porque de no ser así estaríamos frente a una ley penal en blanco y sería dudoso que la norma cumpla con los estándares de tipicidad exigidos constitucionalmente.

En relación al inciso 7º, que se refiere a los directores y gerentes de S.A., hay que tener en cuenta de que este delito *solamente* tendrá aplicación en aquellos casos donde el director, gerente o cualquiera de la planta ejecutiva de una sociedad anónima o sociedad por acciones tome interés en operaciones de monto relevante que sean beneficiosas o indiferentes para la sociedad –recordemos que si genera perjuicio el delito imputable será el de administración desleal– habiendo incumplido con las condiciones establecidas en la Ley de Sociedades Anónimas –arts. 44 y 146 a 149 para las sociedades anónimas cerradas y abiertas, respectivamente–. Por esta razón, para que este delito pueda tener aplicación es de vital importancia determinar cuándo se está en incumplimiento de las condiciones legales impuestas para el director o gerente. En una sociedad anónima cerrada, si por medio de los estatutos o por 2/3 de los accionistas con derecho a voto en una junta extraordinaria de accionistas no se autoriza explícitamente al director a tomar interés en una operación, éste deberá dar a conocerla al directorio, quien deberá previamente aprobarla. Para las sociedades anónimas abiertas la ley contempla un mecanismo denominado *operaciones con parte relacionada*, cuya desobediencia por parte del director, gerente o ejecutivo traerá consigo la imputación del delito de negociación incompatible. Las sociedades anónimas especiales se regirán por su propia normativa especial, y de manera supletoria por el título XVI de la LSA que rige las operaciones con parte relacionada para las sociedades anónimas abiertas. Hay que tener en cuenta que estas *condiciones* deben establecerse de manera legal, porque si la ley no es clara o hay interpretaciones por parte de entidades administrativas, es discutible que se cumpla con el principio de legalidad exigido constitucionalmente.

Queda por verse qué va a pasar con este delito y cómo va a ser su recepción en los tribunales de justicia, ya que, todavía no existe ningún fallo al respecto. Creemos que va a recobrar relevancia toda vez que se podrá perseguir penalmente el interés que tenga un director o gerente de S.A. y algunas hipótesis de administradores de patrimonios ajenos sin necesidad de acreditar perjuicio como lo es el delito de administración desleal. Esto último facilitará la persecución penal de este tipo de conductas que han sido calificadas por la doctrina como problemas de agencia, propios de quienes administran patrimonios de otros. Esperemos que esta prohibición sirva como resguardo y desincentivo para prevalecer el interés propio por sobre el patrimonio administrado.

BIBLIOGRAFÍA

ALCALDE, Enrique, “La Sociedad Anónima”, Editorial Jurídica de Chile, año 2007; Alcalde, Enrique, “La Responsabilidad de los Directores de Sociedades Anónimas”, Ediciones UC, 2013.

ALESSANDRI, Arturo, “La autocontratación o el acto jurídico consigo mismo”, Revista de Derecho y Jurisprudencia , No. 28, 1931.

BAIGÚN, David y Salvador **BERGEL**, “El fraude en la administración societario: (el arto 773, inc. 7, del Código penal en la órbita de las sociedades comerciales)”, Buenos Aires, De-Palma, 1988.

BERNET, Manuel Antonio, “El deber de lealtad de los directores y los contratos en conflicto de interés”, Revista Chilena de Derecho Privado, número 8, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 2007.

BOBADILLA, Víctor, “Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Santa Cruz que condena por negociación incompatible al Alcalde de la Municipalidad de Nancagua”, Revista Jurídica del Ministerio Público, Nº 52, Septiembre 2012.

BULLEMORE, Vivian y **MACKINNON**, John, “El error de prohibición y la reforma del ordenamiento penal”, Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, XXVI, Valparaíso, Chile, Semestre I, 2005.

CAREY, Guillermo, “De la sociedad anónima y la responsabilidad civil de los directores”, 2a ed., Santiago, Editorial Universitaria, 1993.

Consejo Asesor Presidencial, Informe Final Contra los Conflictos de Interés, los Tráficos de Influencias y la Corrupción, Santiago, Chile, 24 de abril de 2015.

CORREA, Osmar, “Responsabilidad civil dos administradores de sociedade anónima”, Rio de Janerio, Aide, 1989.

CURY, Enrique, “El estado actual de la doctrina y jurisprudencia nacionales en torno a los problemas del error de prohibición, Delito, Pena y Proceso”, Editorial Jurídica de Chile, 2008.

DIEZ-PICAZO, Luis, “La representación en el Derecho Privado”, reimp., Madrid, Civitas, 1992.

DONNA, Edgardo Alberto, “Delitos contra la Administración Pública”, segunda edición actualizada, Rubonzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2008.

ETCHEBERRY, Alfredo, “Derecho Penal, Parte Especial,” Tomo IV, 3ra Edición, Editorial Jurídica de Chile, 1997.

FONTECILLA, Rafael, “Derecho Procesal Penal”, t. II, 2da Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1978.

GARCÍA, Percy, “Derecho Penal Económico Parte General”, Editorial Jurídica Grijley, Lima, Perú, 2007.

HERNÁNDEZ, Héctor, “La administración desleal en el derecho penal chileno”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, vol. 26, nº 1, 2010.

HISTORIA DE LA LEY, Primer Trámite Constitucional: Senado. 1.3 Discusión en sala, 13 de septiembre, 2016. Diario de Sesión en Sesión.

HISTORIA DE LA LEY, Trámite Comisión Mixta: Senado-Cámara de Diputados, Informe Comisión Mixta.

ILABACA, Francisca, “Delito de negociaciones incompatibles” (Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales), Facultad de Derecho de Universidad de Chile, Santiago, agosto 2012.

JESCHECK, Hans-Heinrich y **WEIGEND**, Thomas, “Tratado de Derecho Penal: Parte General”, Editorial Comares, 2003, pp. 499-500.

MAÑALICH, Juan Pablo, “El delito como injusto culpable”, Revista de Derecho UACH, vol. 24, N° 1, 2011.

MAÑALICH, Juan Pablo, “Error de tipo y error de prohibición en los delitos contra la autodeterminación sexual, Informes en Derecho: Doctrina Procesal Penal 2011”, Santiago, Defensoría Penal Pública, 2012.

MAÑALICH, Juan Pablo, “La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales”, Polít. crim, Vol. 7, N° 14, Art. 4, Diciembre 2012.

MAÑALICH, Juan Pablo, “La negociación incompatible como delito de corrupción: Estructura típica y criterios de imputación”, Revista de Estudios de la Justicia, N° 23, 2015.

NÁQUIRA, Jaime, “Derecho Penal, Teoría del Delito”, tomo I, 1era Edición, Editorial McGRAW-HILL, Chile, 1998.

PARDOW, Diego, “La desgracia de lo ajeno. El problema de agencia en las relaciones fiduciarias”, Estudios Derecho Civil, Vol. 4, Santiago, 2009.

PARDOW, Diego, “Potestades de administración y deberes fiduciarios”, Estudios de Derecho Civil II, LexisNexis, Santiago, 2006.

PARDOW, Diego, “Responsabilidad civil de los directores de sociedades anónimas” (Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas), 2007. Disponible en <http://www.repositorio.uchile.cl/handle/2250/113146>

PFEFFER, Francisco, “El concepto de control societario, la administración de las sociedades anónimas, los conflictos de interés y la potestad punitiva de la Superintendencia de valores y seguros en el contexto del denominado 'casochispas'”, en *RChD.*, vol. 32, N° 3, Santiago, 2005.

POLITOFF, Sergio, **MATUS**, Jean Pierre, **RAMIREZ**, María Cecilia, “Lecciones de Derecho Penal Chileno”, Tomo II, Parte Especial, 2ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, 2005.

PUELMA, Álvaro, “Sociedades”, 3a ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, tomo II, 2001.

REYES, Javiera, “Delitos funcionarios que consisten en la falta de probidad” (Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales), Facultad de Derecho de Universidad de Chile, Santiago, 2009.

RIBAS, Vicent, “Aproximación al estudio del deber de lealtad del administrador de sociedades” (Tesis para optar al grado de doctor en derecho), Barcelona, Universidad Autónoma de Barcelona, 2004.

RODRIGUEZ Collao, Luis, y **OSSANDON** Widow, María Magdalena, “Delitos contra la función pública: El Derecho penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2005.

SANCINETTI, Marcelo, “Negociaciones incompatibles de funciones públicas”, *Revista Doctrina Penal*, Año 9, Depalma, Buenos Aires, 1986.

SOTO, Miguel, “La noción de autor en el Código Penal chileno”, Gaceta Jurídica, Año XI, N° 68, Santiago, Chile, 1986

VAN WEEZEL, Alex, “Error y mero desconocimiento en el Derecho Penal”, Legal Publishing, Santiago, 2008.

VELÁSQUEZ, Fernando, “Derecho Penal: Parte General”, tomo II, 2011.

VERA, María del Carmen, “El delito de administración desleal: criterios de política criminal, fundamentación del injusto y análisis de la tipicidad objetiva” (Memoria para optar al grado de doctora), Universidad Complutense de Madrid, España, 2017.