



**UNIVERSIDAD DE CHILE**

**FACULTAD DE DERECHO**

**DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES**

**EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE CORRUPCIÓN  
PRIVADA PASIVA COMETIDO POR EMPLEADO O MANDATARIO DE UNA  
EMPRESA CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 287 BIS DEL CÓDIGO PENAL**

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

**CÉSAR HORACIO ROBLEDO O'RYAN**

**Profesor guía:**

Gonzalo Medina Schulz

Santiago, Chile 2020

*“Si te sirve de algo, nunca es demasiado tarde o, en mi caso, demasiado pronto para ser quien quieras ser. No hay límite de tiempo, empieza cuando quieras. Puedes cambiar o no hacerlo, no hay normas al respecto. De todo podemos sacar una lectura positiva o negativa, espero que tú saques la positiva. Espero que veas cosas que te sorprendan. Espero que sientas cosas que jamás hayas sentido. Espero que conozcas a personas con opiniones diferentes. Espero que vivas una vida de la que te sientas orgullosa. Y si descubres que no es así, espero que tengas la fortaleza para empezar de nuevo”*

-El curioso caso de Benjamin Button-  
(David Fincher, 2008)

*A mis padres, por acompañarme y apoyarme incondicionalmente en éste y en cada uno de los caminos transitados, por el cariño recibido y por la paciencia que han tenido.*

*A mi hermana, por su preocupación constante, por sus consejos y por aquellas largas conversaciones que siempre dejan un aprendizaje.*

*A mis amigos, quienes han estado presente en diversas etapas de mi vida, cada uno ha dejado una enseñanza, sin su presencia no sería posible lograr una formación integral como ser humano.*

## TABLA DE CONTENIDOS

I. RESUMEN.....	6
II. INTRODUCCIÓN.....	7
III. FUNDAMENTO DE LA INTERVENCIÓN PUNITIVA ESTATAL EN LA CORRUPCIÓN EN SEDE PRIVADA.....	12
IV. BIEN JURÍDICO TUTELADO EN EL DELITO DE CORRUPCION PRIVADA PASIVA.....	20
1. Introducción.....	20
2. Modelos de incriminación en el Derecho comparado.....	21
2.1. Modelo Unitario.....	21
2.1.1. Críticas al modelo Unitario.....	22
2.2. Modelo Patrimonialista.....	22
2.2.1. Críticas al modelo Patrimonialista.....	24
2.3. Modelo Ius laboralista.....	24
2.3.1. Críticas al modelo Ius laboralista.....	25
2.4. Modelo de libre y justa Competencia.....	25
2.4.1. Críticas al modelo de justa y leal Competencia.....	26
3. Situación en Alemania.....	27
3.1. Ideas generales.....	27
3.2. Elementos del delito.....	28
3.2.1. Sujeto activo.....	28
3.2.2. Conducta típica.....	28
3.2.3. Pena.....	29
3.3. Perseguibilidad.....	29
3.4. Bien jurídico tutelado.....	29
3.4.1. Críticas a la doctrina mayoritaria.....	30

4. Situación en España.....	34
4.1. Ideas generales.....	34
4.2. Elementos del delito.....	34
4.2.1. Sujeto activo.....	34
4.2.2. Conducta típica.....	36
4.2.3. Pena.....	36
4.3. Perseguibilidad.....	36
4.4. Bien jurídico protegido.....	36
4.4.1. Debate doctrinal.....	37
<b>V. TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE CORRUPCIÓN PRIVADA PASIVA EN CHILE.....</b>	<b>44</b>
1. Elementos del delito.....	44
1.1. El sujeto activo del delito de corrupción privada pasiva.....	44
1.2. Conducta típica.....	47
1.3. Pena.....	51
2. Perseguibilidad.....	51
3. Bien jurídico tutelado.....	51
3.1. Argumentos que sustentan la idea de protección de la leal competencia como bien jurídico tutelado.....	52
3.2. Contraargumentos para considerar a la leal competencia como bien jurídico objeto de protección.....	54
3.3. Inclusión del empresario como sujeto activo del delito.....	60
3.4. Comentarios finales respecto al delito de Corrupción privada pasiva y la eficacia del tipo penal en cuanto al bien jurídico objeto de tutela.....	62
<b>VI. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO EN EL DELITO DE COHECHO EN COMPARATIVA AL INTERÉS OBJETO DE AMPARO POR EL DELITO DE CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES.....</b>	<b>65</b>

1. Consideraciones previas relativas al delito de cohecho en el ordenamiento jurídico nacional.....	65
2. Bien jurídico protegido en el delito de cohecho.....	66
3. Perspectiva a futuro respecto al cohecho en dimensión pública y privada.....	72
<b>VII. CONCLUSIONES FINALES.....</b>	<b>74</b>
<b>VIII. BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>78</b>

## **I. RESUMEN**

En esta memoria se realiza un análisis del delito de corrupción privada pasiva a la luz de la teoría del bien jurídico. Primero, a objeto de pretender legitimar la incorporación del tipo penal al ordenamiento jurídico nacional, se aborda al bien jurídico como garante del principio de ofensividad y en efecto, como presupuesto ineludible para el ejercicio de la potestad punitiva estatal. Para dicha tarea se parte de la base del objeto de amparo procurado por el legislador, la leal competencia, y como éste, como bien jurídico supraindividual, adquiere la suficiente sustantividad y valoración para ser un objeto digno de tutela frente a los peligros que emanan de las actuales formas de criminalidad, en específico las del mercado. Para una visión global, integradora y comparativa, se realiza un breve repaso del Derecho comparado respecto de los heterogéneos modelos de incriminación adoptados por los Estados que cuentan con este delito en sus ordenamientos. Posteriormente se realiza un estudio del tipo penal y del bien jurídico protegido de aquellos Estados que adoptan precisamente el modelo de incriminación pretendido por el legislador nacional, para finalmente llegar al estudio en concreto del tipo penal nacional e intentar resolver si éste tutela efectivamente la leal competencia y si éste se ajusta a los principios del derecho penal, no sin antes advertir de posibles complicaciones en su aplicación y de la ausencia de armonía con respecto a otras normas del ordenamiento jurídico. Al final del estudio, sobre la base del concepto bien jurídico amparado, se realiza un paralelo del delito en estudio con su símil en sede pública y se intenta dar una mirada acerca de la posibilidad de un tratamiento indistinto a futuro.

## II. INTRODUCCIÓN

Hasta hace poco tiempo atrás habíamos entendido en nuestra tradición jurídico-penal a la corrupción como un fenómeno exclusivo del ámbito administrativo-estatal, a través de la representativa figura de cohecho de empleado público, contenida en los artículos 248 a 251 del Código Penal. Sin embargo, si entendemos a la corrupción como “formalmente abuso de un poder de decisión”<sup>1</sup>, esto se traduce en que el incumplimiento de obligaciones y deberes específicos por parte del decisor en un contexto normativo puede presentarse tanto en la esfera pública como privada y que, a su vez, puede ser o no constitutiva de delito.

Correcto es señalar que históricamente los esfuerzos por combatir la corrupción se han centrado principalmente en el ámbito público. Sin embargo, menester es indicar que, la corrupción en el sector privado, específicamente en los negocios, es un hecho insoslayable, dado que no constituye una práctica inusual que transacciones comerciales lícitas vengas acompañadas por determinados tipos de incentivos o comisiones fraudulentas. De esta manera, ha surgido el concepto de corrupción “privada”, paralelo al clásico entendimiento de la corrupción “pública”.

Esta realidad en el tráfico mercantil afecta significativamente a toda la comunidad internacional, indistintamente del grado del desarrollo del país, circunstancia que atenta contra la macroeconomía de cada Estado y que, a la vez, trae consigo una complejidad adicional: su diagnóstico tardío. Este problema, por una parte, produce desconfianza en las relaciones comerciales y, por otra, desequilibra el mantenimiento de la competencia justa en el mercado.

La corrupción es un problema que ha trascendido en el tiempo, pero es sobretodo en la actualidad un fenómeno que ha cobrado gran importancia, centrando la atención de la opinión pública. Claro ejemplo de aquello es nuestro país, que hasta hace poco tiempo atrás el fenómeno en comento no tenía la relevancia que hoy ostenta y esto se debe principalmente a recientes escándalos mediáticos acaecidos, lo que ha despertado la desconfianza de la sociedad civil y ha generado una mirada recelosa generalizada hacia instituciones públicas y privadas.

---

<sup>1</sup>KINDHÄUSER, Urs. “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán”. Polít. crim., Núm. 3 (2007) A1 p. 15.

La encuesta del Centro de Estudios Públicos en su Estudio Nacional de Opinión Pública<sup>2</sup> del periodo abril- mayo del año 2017 sitúa en la Parte I “Percepción económica, visión de país y principales problemas” a la corrupción como el tercer problema a nivel país (junto con educación). Dicha preocupación por el fenómeno sólo es superada por los delitos contra la propiedad más comunes (como por ejemplos, robos) y por el tema salud. En base a lo anterior, importante es destacar que el problema, a lo menos en una escala perceptiva, es superior a lo que quizás imaginábamos, superando sorpresivamente a temas como pobreza, desigualdad o medioambiente. En consecuencia, sin ser este estudio un indicador concluyente, demuestra una tendencia valorativa importante de la sociedad civil frente al problema.

Por otra parte, de acuerdo a los resultados de la 14<sup>o</sup> Encuesta Global sobre el fraude 2016 de *Ernst & Young* (EY)<sup>3</sup> -que analiza el impacto del fraude y la corrupción en el escenario internacional de los negocios y la percepción que los directivos y ejecutivos tienen sobre conductas fraudulentas- el 54% de los altos directivos encuestados de nuestro país indicaron que creen que los sobornos y la corrupción son habituales al hacer negocios en el país, situándonos en el lugar 20<sup>o</sup> del ranking global y 4<sup>o</sup> a nivel sudamericano.

La información anteriormente expuesta pone en relieve la importancia y gravedad de esta problemática en el país y deja en manifiesto la creciente toma de conciencia que produce tanto en los agentes del mercado como en la sociedad toda. De esta manera, sin importar -para estos efectos- el dar respuesta a la interrogante de si crece la corrupción en el país o somos ahora más conscientes de su existencia, necesario es destacar que ineludible se hace una intervención inmediata y eficaz a objeto de prevenir, sancionar y disuadir este fenómeno, tanto en sede pública como en sede privada.

En base a lo señalado, el concierto supranacional -a través de recomendaciones de organismos internacionales- ha impuesto la idea de que la corrupción debe ser erradicada de todos los sectores que componen la sociedad, prueba de aquello es la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo de la Unión Europea que obliga a los Estados miembros incluir en sus legislaciones el delito de corrupción entre particulares.

---

<sup>2</sup> Encuesta Centro de Estudios Públicos: Estudio Nacional de Opinión Pública Parte I “Percepción económica, visión de país y principales problemas” disponible en: [https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20170601/asocfile/20170601155007/encuestacep\\_abr\\_may2017.pdf](https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20170601/asocfile/20170601155007/encuestacep_abr_may2017.pdf)

<sup>3</sup> 14<sup>o</sup> Encuesta Global sobre Fraude de *Ernst & Young* (EY) Disponible en: [https://www.eychile.cl/Content/pdf/Estudios/28042016185922\\_pdf\\_EncuestaFraude.pdf](https://www.eychile.cl/Content/pdf/Estudios/28042016185922_pdf_EncuestaFraude.pdf)

Por otra parte, el artículo 21 del Convenio de Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003 - ratificado por el Estado chileno el año 2006- recomienda a cada Estado parte adoptar medidas con el fin de tipificar como delito la corrupción en el ámbito comercial y económico.

Más reciente es el caso de la Ley contra sobornos del Reino Unido –Bribery Act de 2010- que persigue penalmente los casos de soborno tanto en el plano nacional como internacional.

En el ámbito nacional, el Informe final del Consejo Asesor Presidencial contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción -comisión designada por el gobierno para elaborar y proponer un marco institucional que regule los negocios y las actividades políticas- llegó a una serie de conclusiones, entre las cuales destaca -siendo el fundamento del estudio e investigación de este proyecto- que existe un vacío legal en la tipificación de delitos en nuestro ordenamiento punitivo, ya que no existe figura típica que sancione la corrupción entre particulares.

A raíz de lo anterior surgió como mensaje en la Cámara de Diputados una propuesta de reforma al Código Penal, a través del Proyecto de Ley número 10155-07, con fecha de ingreso 18 de junio de 2015, el cual procuró tipificar el delito de corrupción entre privados a través de los artículos 287 bis y 287 ter, los cuales contienen el delito tanto en su faz pasiva como activa respectivamente, es decir, el cometido por el empleado/mandatario de la empresa y por otra parte, la persona –competidor- que corrompe al empleado privado. Este proyecto también introdujo otras disposiciones al código en comento, las cuales sólo se enunciarán cuando el objeto de la presente investigación lo amerite.

El legislador indicó en el mensaje de este proyecto que se pretende “(...) contribuir a promover y restablecer la confianza en las instituciones públicas y privadas, garantizar el correcto ejercicio de la función pública y mejorar el entorno en que se desarrollan las relaciones comerciales entre los privados (...)” agregando que “(...) los negocios exigen hoy mayores estándares de probidad, transparencia y fe pública.”<sup>4</sup>

Finalmente, indica el mensaje que se optó por el modelo de la competencia desleal en vez de un modelo de administración desleal, demostrando así en la *ratio legis* del proyecto que el delito de corrupción entre particulares buscaba reforzar la las relaciones en el mercado.

---

<sup>4</sup> Boletín N°10.155-07, Proyecto de ley e intervenciones que se presentan sobre la discusión. Disponible en: <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=11827%20&prmTIPO=TEXTOSesion>

Si bien Chile ratificó el Convenio de Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003, no se encontraba obligado por compromisos internacionales a tipificar el delito de corrupción privada en su ordenamiento punitivo. No obstante lo anterior, podríamos señalar que el legislador decidió introducir esta figura penal principalmente por tres razones, a saber:

- (i) Dar cumplimiento a sugerencias de órganos supranacionales.
- (ii) Adecuar el ordenamiento punitivo a las exigencias de un mundo globalizado.
- (iii) Al descontento social producido por el develamiento de este tipo de conductas en hechos de público conocimiento y de amplia repercusión, ya que grandes empresas se han visto involucradas en prácticas atentatorias contra la competencia, afectando la estabilidad del mercado en primera instancia y a los consumidores en definitiva, lo que generó un clima de desconfianza y el levantamiento de una demanda social para castigar severamente estas prácticas, dada las blandas o nulas sanciones que se imponen a quienes las cometen.

En efecto, en fecha 20 de noviembre de 2018, se incorporó a nuestro ordenamiento jurídico, mediante los artículos 287 bis y 287 ter del Código Penal, el delito de corrupción entre particulares, mediante la reforma del Código Penal a manos de la Ley N° 21.121, lo que viene a constituir una novedosa figura en el cuerpo legal sancionatorio, pues no existen precedentes en el régimen privado-comercial de este tipo de delitos, el cual viene en intentar cerrar lagunas de punibilidad.

De esta manera, el objeto de esta investigación se estructura en cuatro secciones, a saber:

- (i) Una primera parte dedicada a la fundamentación de la intervención penal de la corrupción en sede privada a la luz de la teoría del bien jurídico.
- (ii) Posteriormente la investigación se adentra en el estudio del bien jurídico tutelado por este delito, revisando para estos efectos los modelos de incriminación existentes en derecho comparado, la revisión específica de dos legislaciones que adoptan el modelo pretendido por el tipo penal nacional y finalmente se da paso al estudio del caso local.
- (iii) Luego se realiza una comparación del bien jurídico tutelado por el delito de cohecho y por el delito de corrupción entre particulares.
- (iv) Finalmente se presentan las conclusiones de la investigación.

Antes de pasar a la primera parte del estudio, necesario es hacer presente que se da inicio con este tópico toda vez que el cimiento para la existencia y validez de un tipo penal viene determinado por su objeto de protección, es decir, los intereses individuales y/o supraindividuales que se ven afectados y que la ley penal determina como dignos de ser tutelados y merecedores de sanción. Lo anterior, es fundamental para no caer en la penalización de infracciones puramente formales, carentes de contenido material injusto, las cuales constituirían meras violaciones de deber<sup>5</sup>. De esta forma nos aproximamos más al principio de lesividad, pues la tutela del bien jurídico debe ser la causa en esencia que legitima la intervención penal.

---

<sup>5</sup> NÁQUIRA, Jaime. “Principios y penas en el derecho penal chileno”. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, ISSN 1695-0194 (2008). p. 20.

### III. FUNDAMENTO DE LA INTERVENCIÓN PUNITIVA ESTATAL EN LA CORRUPCIÓN EN SEDE PRIVADA

Nuestra tradición jurídica le otorga al concepto “bien jurídico” importantes y diversas funciones dentro del Derecho penal. Así, por una parte, cumple el rol de garante del principio de *lesividad* u *ofensividad*, presupuesto esencial para el ejercicio de la potestad punitiva estatal<sup>6</sup>. A su vez, la relevancia y el nivel de afectación del bien jurídico actúan como criterio de aplicación de penas proporcionales<sup>7</sup>. El bien jurídico opera además como criterio de interpretación del tipo penal<sup>8</sup> y permite sistematizar los delitos que integran la parte especial.<sup>9</sup> Si bien, en consideración al objeto de esta investigación, no podemos adentrarnos en el estudio acabado y sistemático de todas ellas, ahondaremos principalmente en la afectación del bien jurídico como elemento ineludible para el ejercicio del *ius puniendi* en el caso concreto de la corrupción privada.

La misión elemental del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos, función que le otorga la legitimidad al Estado para imponer castigos o adoptar medidas de seguridad.<sup>10</sup> La teoría del bien jurídico valida en esencia el ejercicio del *ius puniendi* estatal cuando existen comportamientos que afectan a un bien jurídico, ya sea por medio de lesión o puesta en peligro, sirviendo de fundamento para la pena.

Si bien en derecho comparado la teoría del bien jurídico no se encuentra exenta de críticas y la doctrina no es pacífica al intentar dar una respuesta satisfactoria ante la interrogante de cuál es la real finalidad del Derecho penal<sup>11</sup>, existe en doctrina nacional un consenso mayoritario en la actualidad de que éste tiene por misión la protección de intereses de contenido tanto individual como colectivos.

---

<sup>6</sup> Véase FERRAJOLI, Luigi. “El principio de lesividad como garantía penal (traducción de Diana Restrepo Rodríguez) Revista de Derecho Penal y Criminología (2012). p. 7.

<sup>7</sup> Véase OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. “La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los Instrumentos de Técnica Legislativa.” Editorial Jurídica de Chile. (2011) p. 466 y ss.

<sup>8</sup> Véase POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. “Lecciones de derecho penal chileno. Parte general.” Editorial Jurídica de Chile (2004). p. 69. y CABEZAS CABEZAS, Carlos. “El principio de ofensividad y su relación con los delitos de peligro abstracto en la experiencia italiana y chilena. Un breve estudio comparado”. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte. (2013) p. 96 y ss.

<sup>9</sup> Véase FERNÁNDEZ, Gonzalo. “Bien jurídico y sistema del delito. (2004) p.149 y ss.

<sup>10</sup> GARRIDO MONTT, Mario. “Derecho Penal- Parte General- Tomo I”. Editorial Jurídica de Chile (2003). p. 63.

<sup>11</sup> Véase JAKOBS, Günther. “¿Qué protege el Derecho penal: Bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”. Ediciones Jurídicas Cuyo (2002).

Como es sabido, el significado del concepto “bien jurídico” ha sido objeto de un vasto número de estudios en la materia -al igual que su sentido y alcance- cuyo análisis en detalle no puede ser abordado en atención a los fines de este trabajo. No obstante lo anterior, considerando el objeto que se persigue con esta investigación, entenderemos al concepto bien jurídico como “todas las circunstancias y finalidades que son necesarias para el libre desarrollo del individuo, la realización de sus derechos fundamentales y el funcionamiento de un sistema estatal edificado sobre esa finalidad”<sup>12</sup>

Importante es señalar que el ordenamiento jurídico en su totalidad tiene como finalidad prevalente la protección de intereses que la sociedad valora como dignos de protección y que una vez arrojados por el Derecho reciben el nombre de bienes jurídicos. Su protección, en consecuencia, es asumida por el Derecho privado, Derecho público y especialmente por el Derecho administrativo sancionador<sup>13</sup>.

Ahora bien, al hablar de bien jurídico-penal nos encontramos en presencia de un valor socialmente reconocido que requiere y merece de una tutela jurídica reforzada. Salvaguardar este bien jurídico –en un sentido más restrictivo- significa, por una parte, proteger los bienes imprescindibles para el cuerpo social ante los ataques más graves o dañinos que lo lesionen o pongan en peligro y significa, además, comprender que la amenaza de pena -como sanción más grave- sólo entrará en consideración “cuando las regulaciones menos gravosas no resulten suficientes”<sup>14</sup>.

Es por lo anteriormente esgrimido que el carácter *fragmentario* del Derecho penal y el principio de *subsidiariedad* funcionan como complemento imprescindible para la teoría del bien jurídico, toda vez que el Derecho sancionador, en su carácter de *ultima ratio*, restringe su ámbito de aplicación a los ataques más gravosos de aquellos intereses socialmente valorados y en cuanto los medios de control social sean insuficientes para obtener el debido respeto y protección de dicho interés. En palabras de Roxin: “cabe caracterizar la tarea del Derecho penal como protección subsidiaria de bienes jurídicos.”<sup>15</sup>

---

<sup>12</sup> ROXIN, Claus. “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”, Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. ISSN 1695-0194 (2013), p. 5.

<sup>13</sup> Ibid. p. 14.

<sup>14</sup> Ibid. p. 14.

<sup>15</sup> Ibid. p. 14

En efecto, el legislador protege penalmente un bien jurídico cuando existe una doble consideración de merecimiento y necesidad de pena. Por una parte, el merecimiento de la protección penal deriva (i) de su importancia social y (ii) de la gravedad o intensidad en la forma de la agresión. Por otra, la necesidad de pena requiere de dos requisitos copulativos: (i) el merecimiento de pena y (ii) que en el caso concreto no exista ningún otro medio de control social que sea eficaz y menos aflictivo que el recurso penal<sup>16</sup>. Por tanto, necesario es conocer si otros medios de control social (formales o informales) podrían asegurar un igual o mejor resultado que la pena, como por ejemplo el Derecho civil o el Derecho administrativo sancionador. Si tales medios de control existen, se debe acudir a dichas vías previas menos lesivas, dado que la pena es inútil si se logran las mismas metas de tutela a través de otros medios menos costosos y menos aflictivos de los derechos de los ciudadanos.<sup>17</sup>

Ya comentábamos al comienzo de esta investigación que la corrupción puede manifestarse tanto en sede pública como privada y al mismo tiempo ser o no objeto de castigo por un tipo penal. Ante dicha afirmación, el concepto de bien jurídico, puede dar lugar a una explicación razonable de por qué la pretensión punitiva estatal busca ahora castigar la corrupción en un ámbito sin precedente para nuestro ordenamiento jurídico-punitivo.

A juicio de quien escribe, la corrupción puede ser entendida como afirma Kindhäuser, quien sostiene que dicho fenómeno funda “una determinada forma de agresión que puede vulnerar diversos intereses penalmente protegidos”<sup>18</sup>.

En consecuencia, este fenómeno no constituye un delito de carácter autónomo y por consiguiente tampoco puede gestarse un tipo penal genérico de “Delito de corrupción” que abarcare todas sus formas de manifestación, en razón de que puede actuar en diferentes escenarios y dirigirse contra distintos bienes jurídicos –principalmente macrosociales- ya sea poniéndolos en peligro o transgrediéndolos.

---

<sup>16</sup> LUZÓN PEÑA, Diego. “La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, T.XLVI, fasc. I. Madrid, Ministerio de Justicia. (1993) p. 21-33.

<sup>17</sup> CASTILLO ALVA, José Luis. “Principios del Derecho Penal, Parte General”, 1º Edición, Gaceta Jurídica (2004). p. 268.

<sup>18</sup> KINDHÄUSER, Urs. “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán”. Polít. crim., Núm. 3 (2007), A1 p.2.

En conformidad a lo que se ha venido argumentando hasta estas líneas, lo determinante para legitimar la sanción penal del Estado será la circunstancia en la cual el actor del hecho ponga en peligro o lesione por vía de corrupción un bien digno de tutela y que el medio de control social previo sea insuficiente o ineficaz.

Si el propósito de tipificar el delito corrupción privada es defender la *competencia leal y la eficiencia del mercado* -como se evidencia en el mensaje del proyecto de ley- el legislador debe, a través del tipo penal, procurar describir una determinada conducta que represente una crucial e intensa forma de agresión en contra del mercado, de los sujetos que actúan en él y de los consumidores.

Ahora bien, surge la siguiente interrogante ¿Qué debemos entender por “competencia”?

Si bien no existe una definición del concepto a nivel legal, es posible de definir como la “rivalidad entre agentes económicos que están en una misma posición en el mercado pujando sobre todo por vender –aunque en casos excepcionales- también por adquirir un mismo bien”<sup>19</sup> y tutelarla es en consecuencia “proteger su función económica, -calidad y precio- y su función político social, la posibilidad de acceso de otros competidores, posibilidad de elección del consumidor”<sup>20</sup>

Esencial es detenerse en este punto, porque acá reside la importancia del bien jurídico como instrumento para contrarrestar los nuevos riesgos que surgen al interior de una comunidad durante su evolución y de esta manera combatir la transgresión o puesta en peligro de intereses vitales que la sociedad va elevando a dicha categoría. En el caso concreto nos encontramos ante una nueva forma de criminalidad de carácter económico que existe en la sociedad post industrial.

En esta línea, la *tendencia trascendentalista* del bien jurídico explica que este concepto es concebido como un instituto cambiante y no anacrónico, por tal motivo la “penalización en códigos

---

<sup>19</sup> ORLANSKI, L.T. “La defensa de la Competencia desde el Derecho Público: Su diseño institucional, su interacción con otras formas de intervención estatal en la economía y procedimiento aplicable”. Competencia y Regulación (2006). p. 3.

<sup>20</sup> BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y BCIGALUPO SAGGESE, Silvina. “Derecho penal económico”. Editorial universitaria Ramón Erecas (2010) p.476 y ss.

modernos encuentra su origen en un cambio de orientación respecto de la imposición de sanciones precisamente por la diversa valoración que la sociedad hace a través del tiempo.”<sup>21</sup>

Sabido es que el “Derecho penal moderno” ya no sólo dirige su mirada a la protección de bienes jurídicos individuales, sino que ha desarrollado nuevas técnicas de imputación jurídico-penal que permiten atribuirle responsabilidad a quienes ejecutan conductas que generan un peligro socialmente no tolerado respecto de intereses considerados básicos para la convivencia y es, de esta manera, que la protección de bienes jurídicos colectivos se inscribe como una de ellas.

Los bienes jurídicos colectivos o macrosociales inciden en el funcionamiento del sistema y por ende se encuentran al servicio de bienes individuales “razón por la cual son jerárquicamente inferiores y precisan de una tutela penal menos intensa, pero a la vez autónoma de cara a la eficacia penal sostenida en fines preventivos y de protección de bienes jurídicos, pues sólo si se acepta que los bienes jurídicos colectivos poseen sustantividad propia puede concluirse que la titularidad de los mismos es colectiva”<sup>22</sup>

Consiguientemente, la presencia de riesgos propios de la sociedad moderna despiertan la demanda social de resguardo ante el peligro y dicha demanda debe ser acogida por parte de un Estado democrático de Derecho. Esto se traduce en que la competencia -como bien jurídico supraindividual- puede hoy considerarse un bien jurídico digno de tutela.

En relación con el sentido macrosocial del objeto de tutela, fundamental es manifestar que el delito de corrupción privada no sólo atenta contra el interés de determinados competidores, ya que en un Estado Democrático de Derecho cada sujeto dentro del mercado tiene una función económica distinta, en consecuencia, la realización de cada uno dentro del ámbito de la libertad económica es el objeto tutelado por el derecho penal y por consiguiente la libre participación de todos esos actores económicos dentro del sistema económico. En este sentido entran en juego (i) empresarios, (ii) consumidores y (iii) el Estado en su rol de garante del cumplimiento de los fines sociales que le son propios en beneficio de los intereses comunitarios.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> GARRIDO MONTT, Mario. “Derecho Penal”, Tomo I. Editorial Jurídica de Chile (2003). p. 67.

<sup>22</sup> CARO CORIA, Dino. “Sociedades de riesgo y bienes jurídicos colectivos”, Imputación objetiva, delitos sexuales y reforma penal, México, Unam. (1998) p. 202.

<sup>23</sup> CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo y RAMÍREZ BARBOSA, Paula Andrea. “Derecho penal económico, parte general”. Grupo Editorial Ibañez, (2010). p. 96.

Así las cosas, la protección del bien jurídico no puede venir dada por la “competencia” como valor en sí mismo, sino de la función que cumple respecto al ser humano en sus diversas actuaciones (como competidor, consumidor, entre otras.) y en la vinculación con sus necesidades existenciales.

Si bien existen voces contrarias actualmente en doctrina en relación a la “expansión del Derecho penal”<sup>24</sup>, dado que éste ha pasado a intervenir en ámbitos que en una época pretérita no eran objeto de su regulación -cuestión que ha generado un intenso debate en cuanto a su validez- fundamental es indicar que, a juicio y entendimiento del autor de esta memoria, realmente existen áreas necesitadas de intervención penal.

En atención a esta última consideración, dable es indicar que una de ellas es la competencia en los mercados, específicamente las conductas más dañosas, que no han logrado ser disuadidas por los demás medios de control social. Es por esta razón que, quien escribe, es partidario de la idea que resulta necesaria una racional y a la vez controlada expansión del derecho penal<sup>25</sup> a objeto de otorgar una protección penal efectiva a esta nueva realidad de criminalidad en el mercado.

El Derecho penal, al igual que las demás ramas del Derecho, no es estático, por ende debe adaptarse a las transformaciones socio-económicas, políticas y culturales. Efectivo es que no puede ni debe abandonar los principios que lo sustentan, pero no es menos cierto que el ordenamiento punitivo debe intentar otorgar respuestas a las antedichas mutaciones sociales cuando los demás medios de control social resultan inadecuados o insuficientes.

Ahora bien, la tarea tampoco es sencilla y determinar la clase de comportamientos más ofensivos para el bien jurídico en el tipo penal es primordial para la eficacia de la tutela. De esta manera, al contrario de la forma de agresión de corrupción sancionada en sede pública, en el “sector privado no hay una obligación de imparcialidad como la que afecta al funcionario público”<sup>26</sup>, dado que en el plano que se sustenta la economía lo fundamental es la maximización de utilidades y beneficios. Por tanto, la obtención de ventajas no tan sólo es

---

<sup>24</sup> Véase SILVA SÁNCHEZ, Jesús- María. “La expansión del derecho penal – Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”, Civitas (2001).

<sup>25</sup> DÍEZ RIPOLLES, José Luis. “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado” Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. ISSN 1695-0194 (2005) p.13.

<sup>26</sup> FARALDO CABANA, Patricia. “Hacia un delito de corrupción en el sector privado”, Estudios penales y criminológicos, ISSN 1137-7550 (2001), p. 69

completamente adecuada, sino que necesaria en este ámbito, lo que deviene en un desarrollo de estrategias para desplazar los productos y servicios que ofrecen los otros competidores.

Por consiguiente, naturalmente el rango en el que las ventajas o beneficios en las decisiones sean contrarias a intereses sobre esta materia se acota considerablemente. No obstante, es necesario hacer presente que evidentemente no toda actuación será lícita y permitida en este terreno, toda vez que se debe atender a la exigencia dada por las normas de la competencia leal, cuyo marco normativo regulatorio extrapenal en nuestro país se encuentra establecido en el Decreto Ley 211 (En adelante “DL 211”) de Defensa de la Libre Competencia, el cual tiene por objeto promover y defender la libre competencia de los mercados.

En efecto, deben ser en esencia castigadas las relaciones sociales que tienen lugar al margen del mercado o de sus reglas de comportamiento y que presenten seria peligrosidad al bien jurídico. En principio, tales conductas en su mayoría, son cometidas por las grandes estructuras empresariales en el seno de sus órganos decisorios, dado que, bajo perspectiva de quien escribe, el poder decisorio es espejo reflejo del nivel de peligrosidad que puede representar una conducta para el bien objeto de tutela.

Fundamental entonces es prestar especial atención a los elementos configuradores del tipo penal, ya que estos deben describir de manera específica e idónea la conducta a sancionar. En este sentido, el tipo penal debe ser prolijo en determinar los casos en que proceda la intervención penal en materia privada-mercantil para combatirla, pero igual o incluso más importante aún es determinar cómo se tutela. De esta manera se reduce el ámbito de lo punible, por el racional fundamento de que el tipo penal sancionador de la conducta debe revestirse de una especial y mayor gravosidad que las que establezca la norma extrapenal (DL 211), atendiendo a criterios de *fragmentariedad, ofensividad, gravedad y utilidad* que inspiran el Derecho penal. En este sentido, resulta adecuado hacer presente que la corrupción se debe contender en todo plano, pero no siempre el ordenamiento sancionador será el encargado de hacerlo.

A modo de conclusión de este apartado es posible esgrimir que la competencia en la actualidad sí puede llegar a revestir el carácter de legítimo bien jurídico-penal en atención a los riesgos presentes en nuestra sociedad y las nuevas formas de criminalidad. La corrupción privada puede afectar de manera seria la estabilidad y funcionalidad de las instituciones que forman

parte del cuerpo social y es en este sentido que la sociedad demanda que dichas conductas sean objetos de sanciones disuasivas, porque afectan directamente la posibilidad de participación social. En consecuencia, de forma racional y consciente es necesario fundar la intervención penal en las afectaciones más dañosas a la competencia y en los cuales la pena sea necesaria para lograr el cometido del derecho penal, al cual le está confiado “la preservación del sustrato valorativo sobre el que descansa toda la convivencia”<sup>27</sup> para lograr garantizar el normal funcionamiento del mercado en un Estado Democrático de Derecho.

---

<sup>27</sup> CURY URZÚA, Enrique. “Derecho Penal- Parte General - Tomo I”. Editorial Jurídica de Chile. (1982) p. 39.

## **IV. BIEN JURÍDICO TUTELADO EN EL DELITO DE CORRUPCIÓN PRIVADA PASIVA**

### **1. Introducción**

Expresado a lo largo de esta exposición ha sido que nuestro legislador penal, mediante el artículo 287 bis del Código Penal, ha optado por atender a un modelo de incriminación basado en la protección de la competencia, que resguarde intereses de contenido económico, a través de la tutela del mercado y de los sujetos que actúan en él.

Si bien este modelo de incriminación es el pretendido por el legislador y a nuestro juicio es el correcto, para efectos metodológicos y con el objeto de señalar las consecuencias a la hora de inclinarse por uno u otro prototipo de imputación del delito de corrupción entre particulares, revisaremos de manera sucinta los diferentes modelos básicos de incriminación en el Derecho comparado.

Posteriormente nos centraremos exclusivamente en el estudio de la competencia libre y justa como bien jurídico tutelado por el delito en comento, dado que es el modelo que se intenta adoptar en Chile. Para aquello analizaremos como tutelan dicha valoración del cuerpo social los países que han acogido esta forma de incriminación, a través del estudio del tipo penal de corrupción privada pasiva contenida en sus ordenamientos.

Para lograr el antedicho cometido revisaremos la experiencia de Alemania, país en donde nace dicha forma de incriminación y analizaremos también el caso de España, país en que la doctrina mayoritaria se inclina por el antedicho modelo, no obstante existe en la actualidad un amplio debate respecto a la exclusividad de este bien jurídico.

Para finalizar revisaremos la situación en Chile, analizando en primer lugar los elementos del tipo penal para posteriormente dar paso a un análisis de cómo -en función de la estructura del delito, demás normas aplicables y antecedentes del precepto- se consigue o no tutelar de manera efectiva el bien jurídico pretendido.

## **2. Modelos de incriminación en el Derecho comparado**

En el Derecho comparado existe una heterogeneidad en cuanto al modelo de incriminación adoptado por los países que cuentan con el delito de corrupción entre particulares dentro de sus ordenamientos.

Es de esta manera que se pueden distinguir los siguientes modelos básicos de tratamiento legislativo de la corrupción privada en el concierto internacional: (i) el modelo unitario u omnicompreensivo, (ii) el modelo patrimonialista, (iii) el modelo ius laboralista y (iv) el modelo de la competencia libre y justa.

### **2.1. Modelo Unitario**

El modelo unitario u omnicompreensivo es aquel que responde a una forma de incriminación indistinta de la corrupción pública o privada, es decir, no hay una separación entre los sobornos cometidos en una u otra sede. El propósito es establecer una normativa general sobre los delitos de soborno y unificarlos en una misma ley.

La idea de establecer una punibilidad conjunta de la corrupción en sede pública y privada (i) nace a raíz de la tendencia a la privatización de actividades económicas que tradicionalmente eran de cargo estatal, esta “privatización de la administración” ha implicado que conductas delictivas antes exclusivas del ámbito público, hoy tengan lugar en el entorno privado. De esta manera, se pretende salvaguardar lagunas de punibilidad en contextos en los cuales es difuso distinguir o determinar el carácter público o privado de la conducta delictiva. Además, (ii) esta adopción descansa en un argumento de política criminal que “se sustenta en un análisis económico del fenómeno de la corrupción: esta genera siempre ineficacia económica y costes excesivos que acaban por gravar a los ciudadanos, ya sea como administrados, ya sea como consumidores”<sup>28</sup>

Reino Unido es un país que presenta un modelo omnicompreensivo de la corrupción a través del delito de soborno contenido en la ley “Bribery Act”, aprobada en el año 2010. Esta ley no equipara los conceptos de corrupción y soborno, pero utiliza el delito de soborno como elemento central dentro las posibles conductas corruptas por razones de política criminal.

---

<sup>28</sup> NIETO MARTÍN, Adán. “La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado)” Revista Penal, ISSN 1138-9168, N°10 (2002), p. 57.

Las secciones 1 a 5 recogen la regulación general y única para los delitos de cohecho en los dos ámbitos de actividad –público/privada-. En este contexto, estamos ante un delito de soborno cuando el privado o funcionario público (como contraprestación del beneficio o dádiva) realiza incorrectamente una “actividad o función relevante”, es decir, lleva a cabo fraudulentamente actividades en las cuales los valores exigibles -como formas de correcto cumplimiento de deberes públicos o profesionales- son (i) actuar de buena fe, (ii) imparcialidad y (iii) respuesta a la confianza depositada. Así, el delito se enmarca dentro de una clara concepción ética en base a expectativas de comportamiento, ya sea en los negocios o en la gestión pública. Quien comete el delito arriesga un castigo bastante severo, dado que la penalidad puede llegar a los diez años de prisión.

Importante es precisar que a diferencia de los demás modelos que se exponen a continuación, en los cuales cada uno se funda en la protección de un determinado bien jurídico, el Derecho angloamericano no cuenta con el concepto “bien jurídico”, ya que su teoría jurídica-penal centra su discusión en torno al “principio del daño” (“Harm principle”) para justificar el ejercicio de la potestad punitiva estatal. Sin perjuicio de lo anterior, ambas ideas (Principio del daño y Bien jurídico) muestran cierta afinidad, toda vez que procuran elaborar una teoría de criminalización. El principio del daño, a rasgos generales, construye la justificación de la criminalización de conductas humanas en torno al concepto del “daño”, en particular requiriendo “daño a otros” (actual). Sin embargo, enfoques más modernos han ampliado el principio de daño original, por ejemplo, mediante la inclusión del “riesgo de dañar”.<sup>29</sup>

### **2.1.1. Críticas al modelo Unitario**

i) Ambas formas de corrupción no son equiparables. El deber del funcionario público de imparcialidad con la colectividad no alcanza al mundo privado y sus interacciones.

### **2.2. Modelo Patrimonialista**

El modelo patrimonialista está basado en la protección del patrimonio de la entidad empresarial, es decir, de sus bienes y activos. En consecuencia, la conducta calificada como corrupción privada bajo este prototipo tiene su fundamento en la lesión de la relación de lealtad patrimonial entre mandatario y mandante.

---

<sup>29</sup> AMBOS, Kai. “Bien jurídico y Harm Principle: Bases Teóricas para determinar la función global del derecho penal internacional” UNED. Revista de Derecho Penal y Criminología (2013). p. 354 y ss.

El enfoque se evidencia desde la faz pasiva como activa del delito de corrupción privada. Pasiva porque el trabajador o administrador al cual se le entrega el beneficio antepone su interés por sobre el interés del empresario y en su faz activa porque el administrador que usa fondos para sobornar, lo hace al margen de la esfera empresarial y con fines ilícitos.

Este modelo de defensa del patrimonio social es el que seguía la regulación en Italia con la redacción inicial del artículo 2635 del Código Civil. Dicho precepto sancionaba con prisión de hasta tres años de cárcel la conducta del administrador o trabajador de la sociedad que recibía o solicitaba un beneficio para realizar u omitir un acto contrario a las obligaciones inherentes a su cargo, causando perjuicio a la sociedad. La misma pena se aplicaba a quien entregaba o prometiera la utilidad (corrupción activa). El inciso final del precepto establecía que únicamente se procederá por querrela de la persona ofendida.

Lo crucial en el enfoque patrimonialista acogido por Italia y presupuesto esencial para el castigo es que se verifiquen dos hechos materiales<sup>30</sup>: (i) la deslealtad o infidelidad del administrador o trabajador para con el titular, dentro del ejercicio de sus funciones y (ii) la necesidad de daño a la sociedad, es decir, que la deslealtad del sujeto activo irroque un perjuicio patrimonial efectivo a la empresa.

Si bien una reforma del año 2012 modificó el artículo en comento en relación a la naturaleza de la dádiva, catálogo de sujetos activos y en la forma de perseguibilidad del delito, no reformó en forma sustancial sus líneas generales de (i) exigir un acto u omisión por parte del corrupto contrario a los deberes de fidelidad para con la empresa y (ii) la necesidad de causar detrimento patrimonial a dicha entidad. Ahora bien, en cuanto a la modificación de la persecución del delito podemos esgrimir que la nueva regulación del precepto se orienta hacia un modelo híbrido patrimonial-competencial, toda vez que el inciso final del citado precepto establece que se procederá por querrela de la persona ofendida, a menos que del hecho derive una distorsión de la competencia en la adquisición de bienes o servicios. En consecuencia, el precepto base sigue teniendo una orientación patrimonialista, pero ante el escenario que la conducta deforme

---

<sup>30</sup> FOFFANI, Luigi. “La corrupción en el sector privado: La experiencia italiana y del Derecho comparado”. Revista penal, ISSN 1138-9168, N° 12 (2003). p.67.

o influya en el plano del mercado, podemos indicar que existe la preocupación del legislador por resguardar también el bien jurídico de la leal competencia.

### **2.2.1. Críticas al modelo Patrimonialista**

- i) El empresario no puede ser sujeto activo del delito, por consiguiente su comportamiento corrupto quedaría impune.
- ii) El consentimiento por parte del empresario en la conducta corrupta de uno o más subordinados eliminaría la ilicitud de dicha conducta. Al depender de su aquiescencia, el titular pudiese disponer libremente de la aplicación del tipo penal.
- iii) El acto corrupto necesariamente debe provocar un perjuicio patrimonial a la empresa para ser castigado, por consiguiente si este mismo acto le genera beneficios a la entidad quedará impune. Es a lo menos confuso que un mismo comportamiento corrupto-reprochable no sea objeto de castigo por no cumplir la exigencia del detrimento patrimonial exigido por el tipo penal.
- iv) Dificultad para deslindar los márgenes entre el delito de corrupción privada y el delito de administración desleal o infidelidad patrimonial.

### **2.3. Modelo Ius laboralista**

El modelo ius laboralista o de protección del deber de lealtad en las relaciones laborales concibe a la corrupción entre particulares como un comportamiento que contraviene los deberes de fidelidad que tiene el trabajador para con su empleador. La óptica de la relación jurídica-laboral castiga la conducta llevada a cabo por quien tiene una relación de subordinación y dependencia con el titular y que incumple sus obligaciones realizando una función que no le es propia o absteniéndose de realizar un acto propio del cargo que ostenta.

Hasta el año 2005 Francia era el ejemplo clásico del paradigma en comento a través del Code du Travail, cuerpo legal que en su artículo L 152-6 castigaba con pena de dos años de prisión y multa al director o empleado que, sin el conocimiento y permiso de su empleador, solicitare o aceptare ofrecimientos, donaciones, descuentos o regalos para llevar a cabo o abstenerse de realizar un acto de su oficio. La misma sanción se le imponía al sujeto que cometiere la corrupción privada activa.

De conformidad a lo anteriormente expuesto, el comportamiento ofensivo del deber de lealtad y honestidad por parte del empleado en la relación laboral es lo que genera la responsabilidad penal, por consiguiente el desvalor de la acción reside esencialmente en la violación de las reglas de la relación de trabajo.<sup>31</sup>

En el año 2005 la regulación en esta materia se modificó sustancialmente, ya que se reubicó la conducta delictiva en el Código Penal, eliminándola del Code du Travail y enmarcando el delito dentro del capítulo titulado “De la corrupción de personas que no ejercen una función pública”. Las principales diferencias con la sistematización anterior residen en que (i) no se exige una relación de subordinación o dependencia, ampliándose el elenco de sujetos activos y (ii) no se exige el carácter clandestino de la conducta, es decir no se requiere de la ausencia de conocimiento o consentimiento del titular.

Necesario es agregar que, no obstante a lo ocurrido en el caso de Francia, países como Holanda y Bélgica mantienen la regulación en base a este modelo de incriminación.

### **2.3.1. Críticas al modelo Ius laboralista**

- i) El tipo penal exige que el sujeto activo sea un empleado o subordinado, en consecuencia el empresario no puede ser autor del delito.
- ii) El consentimiento por parte del empresario en los comportamientos corruptos de sus subordinados eliminaría la ilicitud de la conducta, al justificar el hecho con su aquiescencia.
- iii) El modelo no da respuesta fundada a la sanción penal para el supuesto de corrupción privada activa, toda vez que aquella conducta no se enmarca dentro de la relación de subordinación o dependencia del trabajador para con el empleador.
- iv) Se da paso a un derecho penal simbólico si la mera infracción del contrato de trabajo pasa a constituir un delito. Se rompe con el principio de *lesividad* y el carácter de *última ratio* del Derecho Penal, limitadores del *ius puniendi* estatal.

### **2.4. Modelo de libre y justa Competencia**

---

<sup>31</sup> FOFFANI, Luigi. “La corrupción en el sector privado: La experiencia italiana y del Derecho comparado”. Revista penal, ISSN 1138-9168, N° 12 (2003).p.63.

El modelo de libre y justa competencia concibe a la corrupción entre particulares como trascendente porque afecta el suministro de mercancías o prestación de servicios que tienen lugar en un régimen de competencia<sup>32</sup>.

Las conductas corruptas atentan contra la competencia mercantil dado que el agente sobornado prefiere al que le otorga o promete una dádiva o beneficio en desmedro de los demás competidores. En este sentido la competencia libre y honesta se altera en función de que se está favoreciendo a un competidor corruptor y desleal por sobre uno que compite lealmente. Lo anterior genera (i) conductas imitativas por los demás competidores en el escenario de competencia, (ii) detrimento al titular y empresas competidoras y (iii) un perjuicio en última instancia a los consumidores, dado que reciben peores productos o servicios y pagan un sobreprecio.

Justamente esta es la noción en la forma de incriminar la conducta de corrupción privada que atienden las normas europeas supranacionales, en razón de que “el objetivo político-criminal perseguido en sede europea es esencialmente el de la protección de la competencia y de terceros, porque -tal como se puede leer entre los varios "considerandos" de apertura de la Acción común- la corrupción distorsiona la competencia leal y compromete los principios de apertura y de libertad de los mercados, en especial el buen funcionamiento del mercado interno”<sup>33</sup>

El ejemplo paradigmático de este modelo es Alemania, el cual será estudiado a continuación en el apartado correspondiente.

#### **2.4.1. Críticas al modelo de justa y leal Competencia**

i) Para algunos no es efectivo el merecimiento y necesidad de pena de un bien jurídico como la libertad y lealtad de la competencia en atención a los principios de *ofensividad* y de *intervención mínima* del Derecho penal, dado que el delito se configura como uno de “peligro abstracto” que protege de forma anticipada tanto los intereses de cada uno de los sujetos que entren en

---

<sup>32</sup> NIETO MARTÍN, Adán. “La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado)” Revista Penal, ISSN 1138-9168, N°10 (2002), p. 57.

<sup>33</sup> FOFFANI, Luigi. “La corrupción en el sector privado: La experiencia italiana y del Derecho comparado”. Revista penal, ISSN 1138-9168, N° 12 (2003). p. 70.

competencia, como de los consumidores. La intervención penal, en efecto, se ejercería en contra de conductas que no representan un ataque con suficiente entidad objetiva al bien jurídico objeto de amparo.

ii) El modelo aspira a una concepción idílica de competencia pura o perfecta basada en la oferta y demanda y ausencia de influencia en los precios. Es sumamente difícil que los agentes del mercado actúen en un plano de igualdad.

### **3. Situación en Alemania**

Nos referiremos a Alemania en primer lugar, ya que goza de una prolongada presencia del tipo penal objeto de la investigación dentro de su ordenamiento y por tanto se encuentra al margen de tradiciones jurídicas como la nuestra, carentes regulación sobre el tema, por tanto servirá como base para la reflexión que busca este trabajo.

#### **3.1. Ideas Generales**

Alemania, como ya ha sido señalado, opta por un sistema en el cual las conductas de corrupción entre particulares atentan contra la competencia mercantil. Aquellas conductas tienen su antecedente histórico en el artículo 12 de la Ley contra la Competencia Desleal (“Gesetz gegen den unlauteren wettbewerb”) que las recogía inicialmente, pero no les otorgaba el carácter de delito.

En el año 1997 el legislador introdujo en el Código Penal alemán los artículos §298 a 302 enmarcados en el capítulo 26° “Hechos punibles contra la competencia” a través de la “Ley de Lucha contra la Corrupción”. Se indicó expresamente que el objeto de esta modificación era reforzar la conciencia pública en el sentido que la corrupción en el sector empresarial era una forma de delincuencia que no solo debía ser una preocupación de la economía, sino que debía contar con una expresión general de desaprobación ético social de tal comportamiento.

De esta manera, el §299 *StGB* contiene la conducta de corrupción entre particulares en su faz pasiva y activa. En consecuencia, la corrupción privada pasiva se configura de la manera siguiente:

*§299 Corruptela y soborno en el tráfico comercial.*

*(1) Quien como empleado o encargado de un establecimiento comercial exija a otro, le haga prometer o acepte de él una ventaja, para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecer a otro de forma desleal en una situación de competencia, referida a la adquisición de mercancía o servicios comerciales dentro del tráfico comercial, será castigado con pena privativa de la libertad hasta tres años o con pena de multa.*

### **3.2 Elementos del delito**

A continuación abordaremos algunos elementos del delito relevantes para el análisis y el estudio del bien jurídico objeto de amparo.

#### **3.2.1 Sujeto activo**

El delito se configura como un “delito especial” que sólo puede ser cometido por las personas que ostenten la calidad requerida por el tipo, es decir, ser “empleado o encargado de un establecimiento comercial”

El “dependiente” es la persona que tiene una relación de subordinación o dependencia con el empresario y fundamental es que ostente la facultad de asumir o influir en la operación comercial.

El “encargado” es quien, pese a no mantener una relación de subordinación o dependencia con la entidad, tiene la facultad de representar al empresario y estar autorizado para intervenir en las operaciones comerciales.

Sin perjuicio de lo anterior, la denominación “empleado o encargado” es concebida por doctrina alemana en un sentido amplio, incluyendo a miembros del directorio de una S.A. o hasta los mismos asesores de las entidades comerciales.<sup>34</sup>

Punto discutido es la exclusión del empresario o titular del catálogo de sujetos activos que pueden cometer el delito, por consiguiente no habrá delito de corrupción privada si el empresario recibe un beneficio para preferir a un oferente por sobre otro competidor. Esta situación ha traído repercusiones en cuanto a discusión del bien jurídico tutelado por el delito en comento.

#### **3.2.2. Conducta típica**

---

<sup>34</sup> TIEDEMANN, K., Wirtschaftsstrafrecht. Besonderer Teil mit wichtigen Rechtstexten, 3ª edición (2011).p. 141.

La conducta típica de este delito consiste en exigir, hacer prometer o aceptar por parte de otra persona una ventaja, para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecer a otro de forma desleal en una situación de competencia, referida a la adquisición de mercancía o servicios comerciales dentro del tráfico comercial.

La conducta incrimina al dependiente o encargado que no teniendo derecho para obtener un beneficio, como contraprestación a aquel favorece a otro deslealmente en un contexto de competencia.

El carácter desleal de la conducta bajo este tipo penal viene dado por la relación de competencia en el mercado (deslealtad con los demás competidores) y no respecto a un deber de lealtad del dependiente para con el empresario. De esta manera, el tipo penal no exige una deslealtad al interior de la empresa y como natural consecuencia si se presentara el caso en el cual el empresario conociere y consintiere en la conducta corrupta llevada a cabo por su subordinado esto no eliminaría la ilicitud de la conducta.

### **3.2.3. Pena**

Se castiga a quien comete este delito con privación de libertad hasta 3 años o con pena de multa.

### **3.3. Perseguibilidad**

El artículo §301 StGB establece que el delito se perseguirá solo previa denuncia, a menos que la fiscalía considere necesaria una intervención de oficio, por un interés público especial en la persecución del hecho.

### **3.4. Bien jurídico tutelado**

La doctrina mayoritaria en Alemania considera que el bien jurídico protegido por el delito de corrupción privada contenido en el §299 StGB es la leal competencia, toda vez que el tipo penal exige que el sujeto activo acepte la ventaja como una contraprestación para preferir deslealmente al corruptor frente a los demás oferentes en el tráfico mercantil. Esta idea se ve reforzada por:

(i) El “antecedente histórico” de la norma, dado que el delito nace a raíz de las normas contenidas en la “Ley contra la Competencia desleal”.

(ii) Por un argumento sistemático, en razón de que el precepto en estudio se enmarca bajo el capítulo 26° del Código Penal titulado “Hechos punibles contra la competencia”.

(iii) El tipo penal no exige una deslealtad patrimonial del dependiente en contra del empresario, así Nieto Martín indica que “En este marco la infracción del deber posicional se sitúa en el contexto de las obligaciones de los operadores económicos hacia el mercado. En la formulación típica esta conceptualización de la corrupción privada se manifiesta en lo siguiente: la corrupción sólo va a ser relevante en cuanto que afecta a suministros de mercancías o prestaciones de servicios que se efectúan en un régimen de competencia; el carácter supraindividual del bien jurídico protegido hace que el consentimiento del empresario resulta irrelevante”<sup>35</sup>.

A raíz de los argumentos esgrimidos, el objeto de la tutela se orientaría al bien jurídico mediato supraindividual de contenido económico, buscando resguardar los intereses de los agentes competidores dentro del mercado, para asegurar de este modo la existencia de una competencia libre y justa.

#### **3.4.1. Críticas a la doctrina mayoritaria**

En contraposición a la doctrina mayoritaria han surgido posiciones doctrinales que se muestran críticas a la idea de que la leal competencia sea el bien jurídico tutelado por este precepto o de que al menos lo sea en forma exclusiva.

Bajo esta línea, parte de la doctrina ha hecho reparo ante la exclusión del empresario dentro del elenco de sujetos activos<sup>36</sup>. Toda vez que, atendiendo al bien jurídico objeto de tutela, parecería razonable incluir al titular, ya que resultaría irrelevante -al menos en cuanto a su procedencia- la figura del sujeto dentro de la estructura jerárquica de la entidad empresarial para causar riesgo con su conducta al bien tutelado, pues en principio, se pone en riesgo -en mayor o menor medida- si lo comete el dueño de la empresa o un empleado de aquella.

En efecto, en consideración a la exclusión del titular como sujeto activo del delito, se podrían derivar dos consecuencias importantes: (i) Se podría pensar que el consentimiento del titular en

---

<sup>35</sup>Nieto Martín, Adán. “La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado)” Revista Penal, ISSN 1138-9168, N°10 (2002), p. 56-57.

<sup>36</sup> Ibid. p.57

la práctica desleal del encargado excluiría la tipicidad de la conducta y (ii) que los intereses del empresario también son objeto de tutela al no considerarse sujeto activo el mismo titular.

Kindhäuser sustenta la consideración anteriormente señalada, indicando que “la competencia no puede ser vista sin problemas como el fin de la protección de la prohibición de la corrupción en el ámbito económico”<sup>37</sup>. Lo anterior, en función de la existencia de un problema de gran relevancia, este radica en que al igual como ocurre en la mayoría de las legislaciones europeas, no se sanciona al titular del negocio por aceptar la ventaja económica, sino que únicamente es penado el empleado de la empresa comercial que solicita o acepta el beneficio, sin perjuicio de que se distorsiona la competencia de igual manera si se infringen las normas de competencia leal, ya sea por el titular o por un empleado.

Sin embargo, para que no se dé lugar a esta contradicción el autor hace una precisión: “se debe distinguir de forma precisa entre el bien jurídico protegido, por un lado, y la forma específica de agresión, por el otro”<sup>38</sup>, ya que si bien ambos comportamientos -tanto del titular como del empleado- contravienen la competencia leal como objeto de tutela, únicamente el hecho del empleado constituye la forma de agresión de la corrupción, dado que esta como forma de ataque radica en la circunstancia en que el encargado se sitúa en una posición de “incompatibilidad de intereses, al ponerse al servicio de dos señores: del principal y del otorgante de la ventaja”<sup>39</sup>, es decir, se presenta la relación tripartita que necesita la corrupción. Por consiguiente, el titular no podría lesionar por sí mismo la competencia leal por medio de corrupción, ya que no puede ponerse en la situación de incompatibilidad de intereses.

De esta manera, para el autor, la infracción a la competencia por parte del titular no es abarcada como corrupción, lo que generaría dos consecuencias: (i) Sería improcedente la sanción penal para el empleado cuando el empresario conozca o consienta en el acto desleal, ya que el precepto alemán no incluye que la aceptación del beneficio se le oculte al principal o se realice de forma contraria a deber, por tanto no se exige contrariedad en la relación interna, que es casi incomprensible, por ende se podría dar el caso en que convertiría en participe el autor si actúa en calidad de cómplice, contrariando la valoración legal. Por otra parte (ii) si el empleado acuerda la ventaja para sí o para un tercero, este tercero puede ser la empresa a la

---

<sup>37</sup> KINDHÄUSER, Urs. “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán”. Polít. crim., Núm. 3 (2007), A1 p.13.

<sup>38</sup> Ibid. p 13.

<sup>39</sup> Ibid. p.14.

cual presta servicios, de manera que la dádiva irá en beneficio patrimonial del titular y bajo el principio de maximización de beneficios en materia económica privada, tal acuerdo podría quedar sin ser sancionado por el precepto sancionatorio, ya que si el principal llega a un acuerdo ventajoso para su empresa -incluso cuando haya una infracción de las normas de la competencia- esta situación queda desprovista de pena, por lo que no habría diferencia si lo comete el titular o empleado. De esta manera, para que el encargado sea sancionado en base a corrupción, se requiere una contradicción de intereses a nivel interno entre titular y empleado, ya que la competencia se tutela solamente en esta forma específica de ataque, en virtud de que no toda infracción a la competencia se debe perseguir por medio del derecho penal.

En base a lo expuesto, se puede señalar que, para Kindhäuser, la mera afectación a las normas de la competencia no poseen un grado de lesividad suficiente para justificar la intervención penal, de lo contrario no existiría una delimitación entre el ilícito civil, mercantil y penal. En consecuencia el autor indica que se requiere una lesividad material -que sería el deber de lealtad dentro de la empresa- para legitimar la acción penal.

La opinión de la doctrina mayoritaria indica que debe considerarse indiferente, para verificar la tipicidad del hecho, si el titular conociera y/o consintiera en las ventajas que el encargado pudiera aceptar en pos de preferir a un competidor por sobre los demás en la adquisición de servicios de manera desleal. En efecto, mediando o no el conocimiento del dueño, resulta igualmente dañino para la competencia, en virtud de que el titular no puede disponer de la competencia y su aprobación, por consiguiente, no suprime el injusto del hecho. Así las cosas, sostiene parte de la doctrina, no existiría motivo fundado para excluir al titular como partícipe según el artículo §299, pero nunca podría considerarse autor del delito, lo cual cierto sector doctrinal critica y demanda su inclusión en el elenco de autores.

Tratamiento separado es el que debe tener una posición aislada, la cual presenta una postura distinta, la cual centra su atención en el vínculo de fidelidad en el marco de las relaciones laborales como bien jurídico orientado a la estructura organizacional de la empresa, algo que ha sido sostenido por Jaques<sup>40</sup>, quien sitúa el incumplimiento de las obligaciones del encargado para con el empleador o titular de la empresa en el núcleo de este delito; no fundándose en razones de texto, ya que el precepto sancionatorio -§ 299- no contempla en su estructura típica

---

<sup>40</sup>4 JAQUES, H., Die Bestechungstatbestände unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses der §§ 331 ff. StGB zu §12UWG. Peter Lang, Frankfurt a. M.-Berlin-Bern-New York-Paris-Wien, (1996), p. 94.

ninguna alusión a incumplimiento de las obligaciones por parte del empleado, sino que el autor indica que en la esencia del elemento típico, se encuentra el pacto subrepticio ilícito entre el corruptor y el corrupto, siendo aquí donde reside el injusto penal, constituyéndose de este modo una infracción de deberes del corrupto hacia el titular.

En consecuencia, en la tesis del autor, no se ignora que la competencia pueda sufrir efectos perjudiciales producto de la conducta corrupta, sin embargo estos serían meros efectos secundarios, faltando inmediatez necesaria para constituirlos como objeto de tutela. No obstante esta tesis es blanco de abultadas críticas, dado que la corrupción en materia económica no puede ser comprendida desde la perspectiva ius laboralista, entendiéndose que si el empleado genera detrimento patrimonial a la empresa por el acto desleal, éste debe ser sancionado por el delito de infidelidad patrimonial – en Alemania- y en contraposición, si la conducta no genera perjuicio pecuniario al titular, el injusto reside en una mera infracción al contrato de trabajo, la cual no es objeto de sanción penal, ya que excede el ámbito de protección penal razonable.

## **4. Situación en España**

España tiene una regulación reciente sobre la corrupción entre particulares, sin embargo el precepto ha captado la atención de la doctrina y existe especial debate por determinar cuál es bien jurídico tutelado por este delito.

### **4.1. Ideas Generales**

La corrupción privada se incorporó al ordenamiento jurídico español en el año 2010, a través de la LOC 5/2010 que reformó el Código Penal, introduciendo el artículo 286 bis bajo la sección 4º “De la corrupción entre particulares” encuadrada en el Capítulo denominado “ De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores”.

De esta manera, el artículo 286 bis contiene el delito de corrupción entre particulares tanto en su faz pasiva como activa y además el delito de corrupción en los deportes. De este modo, la corrupción privada pasiva queda configurada como a continuación se indica:

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

### **4.2. Elementos del delito**

A continuación abordaremos algunos elementos del delito relevantes para la configuración y entendimiento del bien jurídico objeto de amparo.

#### **4.2.1 Sujeto activo**

El delito se configura como un “delito especial” que sólo puede ser cometido por las personas que ostenten la calidad requerida por el tipo, es decir, ser “Directivo, administrador, empleado o colaborador”

Si bien son sujetos que representan por una parte a la sociedad (directivo y administrador) y que mantienen una relación contractual con ella (empleado y colaborador), necesario es delimitar su función en razón de la distinción que ha hecho el tipo.

Parte de la doctrina ha señalado que para hacer la distinción entre directivo y administrador - toda vez en base a los criterios de la Decisión Marco 2003/568/JAI serían términos indistintos- se debe recurrir al Real Decreto 1382/1985 por el cual se regula la relación laboral especial de alta dirección y el cargo de “directivo” se consideraría como tal. El artículo 1.2 de dicha norma establece que el personal de alta dirección son aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad. Por su parte, el administrador sería la persona que ejerce el poder de representación de la entidad empresarial o que tiene autoridad para ejercer su control.

Otro debate que surge en la doctrina española es acerca de la calidad del administrador, es decir, si el tipo penal enmarca como sujeto activo tanto al administrador de derecho como al de hecho o se excluye a este último. La doctrina mayoritaria, en base a un criterio sistemático y acudiendo al aforismo “donde el legislador no distingue, no le es lícito al interprete distinguir”, se inclina por la idea de que el administrador de hecho si se considera incluido como sujeto activo.

El empleado por su parte es aquella persona que tiene una relación laboral con la empresa. Se considera pertinente esgrimir que el sujeto debe tener cierto poder decisorio que le permita incidir en la contratación.

En cuanto al concepto “colaborador”, la doctrina sostiene que es un término vago e incluso que atentaría contra el principio de legalidad<sup>41</sup>. No obstante lo anterior, considera que este sujeto puede ser un personal externo de la empresa, poniendo como ejemplo a los agentes comerciales, legales o consultores, y en general a profesionales que actúen en favor de la empresa o en su representación.

---

<sup>41</sup> VENTURA PÜSCHEL, Arturo, “Capítulo 37. Corrupción entre particulares”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Directores), Comentarios a la Reforma Penal de 2010, Tirant lo Blanch, Valencia, (2010), p. 324.

El tipo penal no incluye al empresario como sujeto activo –al igual que en el caso de Alemania– lo que trae consecuencias a la hora de determinar el bien jurídico. También se excluiría a la figura del socio, al no poder encuadrarlo en ninguna categoría del catálogo de autores.

#### **4.2.2. Conducta típica**

La conducta típica del delito de corrupción privada pasiva consiste en recibir, solicitar o aceptar un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza, para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales.

El sujeto activo que favorezca injustamente a un competidor por sobre otro como contraprestación al beneficio recibido o solicitado puede hacerlo en el plano contractual de bienes y servicios tanto como en las demás relaciones mercantiles, cuestión relevante porque en base a este texto se amplía las conductas que inicialmente consideraba el tipo, tras la reforma de 2015. Anteriormente el tipo sólo se refería al escenario contractual.

#### **4.2.3. Pena**

Se castiga con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja.

#### **4.3. Perseguibilidad**

El delito de corrupción privada es perseguible de oficio dado que el numeral segundo del artículo 287 del Código Penal español indica: 2. No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas.

#### **4.4. Bien jurídico tutelado**

Como ya ha sido señalado, la doctrina mayoritaria considera que el bien jurídico tutelado por el delito en comento es la “leal competencia en la contratación de bienes y servicios, como medio

para asegurar el normal funcionamiento del mercado”<sup>42</sup>. Para Bacigalupo, la protección de este bien jurídico supraindividual encuentra su fundamento en la función económica y político-social de la competencia.

Se esbozan como argumentos para sustentar la tesis anterior:

(i) La redacción del tipo penal, el cual establece que se castiga la conducta de quien favorece deslealmente a un oferente por sobre otro en la compraventa de mercancías, contratación de servicios o relaciones comerciales. Tales referencias normativas concretan las prácticas en el seno de la competencia en general y de los competidores en particular.<sup>43</sup>

(ii) El mismo preámbulo de la LOC 5/2010 menciona el propósito de garantizar una “competencia justa y honesta” estableciendo: “Otro de los aspectos importantes de la reforma es la transposición de la Decisión Marco 2003/568/JAI, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado. La idea fuerza en este ámbito es que la garantía de una competencia justa y honesta pasa por la represión de los actos encaminados a corromper a los administradores de entidades privadas de forma similar a lo que se hace a través del delito de cohecho”

(iii) En atención a un carácter sistemático, el delito se ubica dentro del Capítulo XI “De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores”.

(iv) Cabe agregar además un argumento de orden procedimental, ya que estamos en presencia de un delito perseguible de oficio, en conformidad a lo estatuido en el numeral segundo del artículo 287 del Código Penal español, relativo a la Sección 5º “Disposiciones comunes a las secciones anteriores”.

#### **4.4.1. Debate doctrinal**

Otra alternativa doctrinal, centra su atención en una perspectiva patrimonialista que vincula la corrupción privada con la deslealtad patrimonial entre mandatario y mandante, donde destaca Nieto Martín. De esta manera, mediante este tipo penal, se pretende proteger el patrimonio de la empresa donde el sobornado ejerce sus funciones. Más que un nuevo tipo penal, señala

---

<sup>42</sup> BOLEA BARDON, Carolina. “El delito de corrupción privada: Bien jurídico, estructura típica e intervinientes”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, ISSN-e 1698-739X, N.º. 2 (2013), p. 10.

<sup>43</sup> MENDOZA BUERGO, Blanca. “El nuevo delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis del CP)” en DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., (dir.), *Estudios sobre las Reformas del Código Penal (operadas por la LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, Madrid (2011), p. 430.

Nieto Martín, este precepto sería una modalidad del delito de administración desleal en el cual se recibe el soborno.<sup>44</sup>

En contraposición a esta postura se argumenta que el delito no defiende el patrimonio del titular administrado, (i) ya que se encuentra suficientemente protegido por el delito de administración desleal<sup>45</sup> y (ii) además se atiende a una razón de carácter procedimental, dado que el delito no requiere de denuncia del agraviado para su persecución, por consiguiente no resultaría plausible que el titular del bien tutelado fuera el empresario cuyo patrimonio ha sido menoscabado, sino que la naturaleza pública de la persecución atiende a un carácter colectivo, referido a la protección del mercado.

Importante es hacer especial mención a una posición doctrinal ecléctica que conjuga la lesión de bienes jurídicos, interpretando que se protege un modelo mixto, de administración desleal “ad intra” y competencia desleal “ad extra”. Esta línea doctrinal rescata aspectos de competencia leal y asimismo aspectos de protección patrimonial de la empresa con la finalidad de configurar la lesividad necesaria para admitir la intervención del derecho sancionador. En efecto, los exponentes de esta posición consideran que estamos en presencia de un delito pluriofensivo. Esta perspectiva ha tomado bastante fuerza, diciéndose que la doctrina diverge entre este modelo y el puro de competencia leal.

Prueba clara de lo anterior es la postura de Bolea Bardon, la cual sostiene que el bien jurídico que se intenta proteger a través del delito de corrupción entre privados es la afectación de la competencia “ad intra” y “ad extra”, esto se traduce en que por una parte se protege “el interés de los terceros competidores, de no quedar desplazados por ofertas claramente peores que, sin embargo, son preferidos por venir acompañadas de incentivos, beneficios o ventajas; y, por otro, el interés de la propia empresa en que el encargado adquiera bienes o servicios que constituyan la mejor oferta del mercado”<sup>46</sup>, en consecuencia, según esta posición, se deben lesionar tanto las obligaciones que surgen a través de las relaciones de confianza dentro de la misma empresa -menoscabándose la capacidad competitiva de aquella por afectación

---

<sup>44</sup> NIETO MARTÍN, Adán. “La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado” Revista Penal, ISSN 1138-9168, N°10, (2002), p. 68.

<sup>45</sup> BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. “«Corrupción entre particulares (Artículo 286 bis del Código Penal)», en Compliance y Derecho Penal, FIDE-Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), (2011), p.156.

<sup>46</sup> BOLEA BARDON, Carolina. “El delito de corrupción privada: Bien jurídico, estructura típica e intervinientes”, Indret: Revista para el Análisis del Derecho, ISSN-e 1698-739X, N° 2 (2013), p. 13.

patrimonial- y de las terceras empresas que ofrecen un mejor producto, lo que detona en la lesión del correcto funcionamiento del mercado. En conclusión, esta postura afirma que la afectación de la competencia es siempre un bien jurídico mediato que, indispensablemente, se debe lesionar por medio de la transgresión de las relaciones internas de confianza entre el principal y el encargado -quien tiene el deber negativo de no perjudicar el patrimonio de la empresa- siendo el terreno donde la protección penal debería operar. De esta manera, si hay transparencia con el titular, asumiendo éste que el empleado recibe incentivos a modo de pago, puede darse lugar a las reglas de la libre competencia, constituyendo un ilícito mercantil, pero no sancionable por el tipo penal, ya que para esto se requiere atentar contra la competencia mediante una actuación que ponga en peligro concreto los intereses patrimoniales de la entidad empresarial.

En base a lo expuesto por la autora, varias situaciones caerían en la impunidad, por ser atípicas, pese a perjudicar la transparencia y honestidad en los negocios. Bolea Bardón ejemplifica lo antes dicho con un caso, en el cual el encargado de una empresa se queda con una oferta igual o mejor que otros oferentes<sup>47</sup>, sin dañar el patrimonio de la empresa, pero llevándose una comisión a través del acuerdo subrepticio con el oferente. Este encargado, en atención a lo planteado por la jurista, no estaría cometiendo el delito de corrupción privada, ya que su actuación no evidencia deslealtad frente a su empleador, al menos en materia económica, lo cual pareciera estar conforme con el requisito de actuar en forma provechosa para su empresa.

También sostiene que, al igual como sucede en la regulación alemana, en el 286 bis se excluye al empresario como sujeto activo del delito de corrupción privada pasiva, otorgando más motivos –a su entender- para sostener que el bien jurídico protegido no es exclusivamente la competencia leal.

Cercana a esta postura encontramos a Faraldo Cabana, quien sostiene que “se tutelan los intereses legítimos de los empresarios competidores, que constituyen un bien jurídico individual de contenido económico, pero con la particularidad de que su tutela se orienta a la protección de un bien jurídico mediato supraindividual, la competencia leal, que es lesionado

---

<sup>47</sup> BOLEA BARDÓN, Carolina. “El delito de corrupción privada: Bien jurídico, estructura típica e intervinientes”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, ISSN-e 1698-739X, N.º. 2, (2013), p. 19.

ya al ponerse en peligro abstracto el bien jurídico individual.”<sup>48</sup> Esta cita da cuenta que, para la autora, el precepto tutela tanto el interés del empresario para cual trabaja el empleado como el de los demás empresarios competidores. En conclusión se indica que el bien jurídico inmediato es el que da el sentido y finalidad de este delito, ya que el bien jurídico mediato no está incorporado en el injusto, por tanto no sería necesario acreditar la distorsión de la competencia para considerar consumado el delito y, en efecto, sólo resultaría necesario que se pongan en peligro los intereses económicos de los competidores.

Siguiendo la misma línea doctrinal, Gili Pascual se encuentra en contra de la idea que la competencia leal sea únicamente el objeto de tutela de la corrupción en su dimensión privada, en base a (i) la exclusión del propietario o empresario como sujeto activo del delito de corrupción pasiva privada, (ii) la no contemplación de la posibilidad de que el beneficio pueda ser un tercero distinto al corrupto y (iii) a la fórmula “incumplimiento de las obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales” –integrante del tipo penal y vigente al momento de su investigación-. A lo anterior se suma la exégesis del precepto sancionatorio español en comento, en el cual se establecen criterios atenuantes para considerar de menor gravedad la conducta y en ambos casos es posible apreciar que se busca resguardar los intereses del principal.

Lo primero que indica el citado autor es que la figura no presenta una “estructura anti-prácticas colusorias como la que puede inspirar la legislación de defensa de la competencia”<sup>49</sup>, señalando que, efectivamente, la intención del legislador penal pretendió tutelar la leal competencia, pero que el producto resultante se desvió de lo que formalmente se pretendía.

Para el autor, en el delito de corrupción privada se incrimina el pago de un empleado para favorecer un competidor, pero siempre que ello perjudique, al menos potencialmente al principal o titular de su misma empresa, por consiguiente el delito no sólo contempla la conducta desleal ad-extra, es decir, frente a los demás competidores, sino que esa conducta también debe ser ad-intra o internamente de carácter desleal.

---

<sup>48</sup> FARALDO CABANA, Patricia. “Hacia un delito de corrupción en el sector privado”, Estudios penales y criminológicos, ISSN 1137-7550, (2001), p. 72.

<sup>49</sup> GILI PASCUAL, Antoni. “Pago de comisiones en el ámbito de los negocios y Kick-Backs: Entre la administración desleal, la apropiación indebida y la corrupción entre particulares”, Cuadernos de Política Criminal, N° 109, (2013), p. 50.

De esta manera, sin perjuicio de la intención legislativa de querer tutelar una cosa, se ha tutelado de facto otra no igual, no atendiendo de forma óptima al modelo puro de competencia leal, sino que apuntando hacia un modelo de infracción de deberes, desencadenando una solución mixta, una figura con objeto de protección bifronte en la cual, por una parte, se exige un perjuicio patrimonial para el propio titular y, además, una remota afectación de la competencia como bien jurídico mediato que pasa a un plano sin mayor relevancia.

Continúa el autor indicando que las obligaciones de los sujetos que pueden ser los autores del delito se presentan sólo frente a su principal y no frente al mercado. De esta manera, se configura una figura híbrida en cuanto a su objeto de protección del funcionamiento del mercado y también de los intereses del empresario del corrupto, legislando de esta manera no sólo la criminalidad de empresa, sino que también una importante dimensión de “criminalidad dentro de la empresa.”

En efecto, apreciar desde una dimensión de deslealtad interna en la tipificación de la corrupción privada lleva irremediabilmente a emparentar esta figura con la de administración desleal, lo que daría lugar a una relación de colisión o intersección de ámbitos típicos. A opinión del mencionado autor, no se podría eludir esta relación concursal, primero porque no toda solicitud o aceptación de ventajas por parte del administrador constituye administración desleal y así fuese tampoco se puede obviar su existencia.

De esta manera, no es válido ignorar la premisa mayor para el autor, que se requiere infracción de las obligaciones ad-intra para configurar el delito, y hacer una interpretación, forzada a juicio del autor, de que existen obligaciones directas de los empleados en el ámbito competencial -como así lo señala Otero González- quien indica que el incumplimiento de obligaciones requerido por el tipo se refería a obligaciones específicas extrapenales derivadas de la LDC (Ley de Defensa de la Competencia) y de la LCD (Ley de Competencia Desleal) y no a un supuesto de infracción de deberes hacia el empresario. Lo anterior, en opinión del citado autor, se realiza con fines pragmáticos y con el propósito de eludir la figura concursal entre este delito y el precepto del artículo 295 del Código Penal español, de administración desleal.

De esta forma, en el delito de corrupción privada en su dimensión pasiva, el consentimiento del representado, el empresario, suprimiría la tipicidad de la conducta.

Fundamental es hacer presente que la LO 1/2015, de reforma del Código Penal, eliminó la exigencia de que el sujeto activo en ambas modalidades de corrupción lleve a cabo la conducta típica “incumpliendo sus obligaciones”, sin embargo, mientras estuvo en vigencia dicha expresión, fue objeto de profundo análisis en miras a determinar su sentido y alcance, y por otra parte, constitutiva de un importante argumento para sostener la tesis del modelo mixto.

En respuesta a las posiciones doctrinales abordadas precedentemente se presenta la postura de Otero González, quien indica que se debe proteger un modelo puro de competencia leal, sosteniendo que la expresión “incumpliendo sus obligaciones” -que formaba parte del tipo penal- aludiendo al deber del empleado, no es equivalente a deslealtad, por tanto no constituiría un acto de administración desleal para con la empresa, ya que el desvalor de la corrupción no se vincula con la organización societaria de la empresa. De ser así, esta figura no tendría aplicación, al no poder independizarse del delito de administración desleal.

De esta manera, concluye comentando que “el único camino posible para dotar de utilidad y de contenido a esta figura consiste en adoptar el modelo puro de competencia leal, porque si, por el contrario, se estuviera protegiendo en el art. 286 bis un modelo mixto de administración desleal y de competencia desleal y, por tanto, fuera necesario para consumar este delito que el corruptor o el corrompido infringieran sus obligaciones para con su empresa, en los casos en los que buscaran precisamente beneficiarla mediante, por ejemplo, el pago de comisiones que distorsionaran la competencia leal de otras empresas, serían siempre atípicos, convirtiéndose en una figura meramente simbólica de aplicación imposible.”<sup>50</sup> De esta manera, se busca armonizar la finalidad del tipo en atención a la intención por la cual fue incluido este precepto en el Código Penal español.

Sumado a la defensa de un modelo de competencia leal puro se agrega como argumento la redacción dada al art. 286 bis por la LO 1/2015, donde se suprime el “incumplimiento de las obligaciones” como elemento del tipo, lo que parece indicar que la reforma actual trata de plasmar legislativamente un modelo puro de defensa de la competencia, sin perjuicio de que se debe reconocer que la regulación aprobada no disipa totalmente las dudas acerca del modelo de incriminación, ya que se mantiene la atenuación facultativa en atención a trascendencia de

---

<sup>50</sup> OTERO GONZALEZ, Pilar. “Corrupción entre particulares (Delito de)”, *Eunomia. Revista en cultura de la legalidad*, ISSN 2253 6655, (2012), p. 180.

funciones de funciones del culpable y de que se sigue dejando fuera como actor del delito al titular de la empresa.<sup>51</sup>

La eliminación del requisito incluido bajo la nomenclatura “incumplimiento de obligaciones” parece un acierto del legislador para Fernández Castejón, limpia el precepto “no solo por la discusión que había generado en doctrina sobre el tipo de obligaciones a que se refería exactamente el precepto, sino sobre todo por la distorsión e incoherencia que planteaba en relación con el verdadero bien jurídico protegido”<sup>52</sup>, la supresión de tal fórmula no sólo ha dado lugar al “favorecimiento indebido” sino que ha traído como consecuencia interpretativa en la práctica que el receptor de la ventaja ya no tiene por qué ser quien asume la función de contratar en nombre o por cuenta de la empresa, sino que basta la mera capacidad para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercaderías, ampliando el ámbito de lo punible, dentro de la remisión casi obligatoria a la constatación de incumplimiento de la normativa extrapenal relativa a la competencia desleal, cuestión imprescindible.

Según la autora, la modificación de la tipificación del delito de corrupción en los negocios ya no puede dar debate sobre su exclusiva protección a la leal competencia, “pues el legislador deja así definitivamente las infracciones de los deberes de lealtad para con la empresa fuera del ámbito de lo típico”<sup>53</sup> de manera que sólo adquirirán relevancia penal aquellos ataques ad-extra a la competencia leal realizados con incumplimiento de las obligaciones de LDC y LCD.

---

<sup>51</sup> GIL NOBAJAS, María Soledad. “El delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis): Análisis de la responsabilidad penal del titular de la empresa, el administrador de hecho y la persona jurídica en un modelo puro de competencia”, Estudios penales y criminológicos, ISSN 1137-7550, N°35, (2015), p. 576.

<sup>52</sup> FERNANDEZ CASTEJÓN, Elena. “Corrupción en los negocios: “El favorecimiento indebido como elemento nuclear del nuevo artículo 286 bis tras la reforma de 2015”, Cuadernos de Política Criminal, n° 117, (2015), p. 164.

<sup>53</sup> Ibid. p. 174.

## V. TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE CORRUPCIÓN PRIVADA PASIVA EN CHILE

La incorporación a nuestro ordenamiento del delito de corrupción privada pasiva se produjo mediante la reforma del Código Penal por la Ley N° 21.121, en fecha 20 de noviembre de 2018, incorporando al citado código (junto con la faz activa de este delito y otros preceptos punitivos) la conducta castigada bajo el *Título Sexto “De los crímenes y simples delitos contra el orden y la seguridad públicos cometidos por particulares”*, Capítulo §7° bis. *De la corrupción entre particulares*, artículo 287 bis, de la siguiente forma:

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

A continuación analizaremos algunos elementos del delito y otras normas de carácter procesal que son esenciales para determinar la eficacia del legislador para lograr una correcta tutela a la leal competencia como bien jurídico de este delito.

### 1. Elementos del delito

#### 1.1. El sujeto activo del delito de corrupción privada pasiva

El sujeto activo del delito de corrupción privada pasiva se define en el tipo penal con la expresión “empleado o mandatario”, enmarcando este catálogo de autores al interior de una entidad empresarial. Sin perjuicio de que el precepto en estudio no especifique que el sujeto debe pertenecer a una entidad empresarial, como si se establece taxativamente en tipo penal alemán y español aludiendo respectivamente al “*establecimiento comercial*” o “*empresa mercantil o sociedad*”, se puede colegir en base a la naturaleza jurídica del contrato que enlaza al sujeto activo con la entidad correspondiente –que será analizada a continuación–, porque la conducta a cometer debe enmarcarse dentro del ejercicio de su cargo o función, el cual necesariamente

debe otorgarle un poder decisorio en la contratación de bienes y servicios, y también por la ya enunciada y descrita *ratio legis* del proyecto. De esta manera, sólo pueden revestir la calidad de autor del delito aquellos sujetos encuadrados en el seno de la estructura societaria.

En función de lo antedicho, podemos expresar que el precepto en estudio es un “delito especial” o de “infracción de deber” y más específicamente podemos hablar de que estamos en presencia de un “delito especial propio”, en razón de que no existe un delito común correlativo en el cual no se le exija al sujeto activo revestir una calidad especial.

Ahora bien, debemos definir qué se debe entender por “empleado o mandatario” y para aquello debemos remitirnos a otras ramas del ordenamiento jurídico, en específico al Derecho del trabajo y al Derecho comercial para la determinación de dichos conceptos.

Para nuestro ordenamiento el concepto “empleado” es *toda persona natural que preste servicios personales intelectuales o materiales, bajo dependencia o subordinación, y en virtud de un contrato de trabajo*, en conformidad a lo estatuido por el artículo 3° del Código del Trabajo.

Estos dependientes, que tienen una relación laboral con la entidad empresarial, serán responsables del delito de corrupción privada pasiva sólo cuando tengan dentro de sus atribuciones o en razón del cargo que ostentan, una capacidad de decisión o al menos la posibilidad de influir en la elección de oferentes para la contratación de bienes y servicios.

Para definir el concepto “mandatario”, debemos recurrir al contrato de mandato comercial contenido en el artículo 233 del Código de Comercio. La citada norma lo define como *un contrato por el cual una persona encarga la ejecución de uno o más negocios lícitos de comercio a otra que se obliga a administrarlos gratuitamente o mediante una retribución y a dar cuenta de su desempeño*. De conformidad al artículo 234 del Código de Comercio, existen tres especies de mandato mercantil, a saber:

i) El factor: Es *el gerente de un negocio o de un establecimiento comercial o fabril, o parte de él, que lo dirige o administra según su prudencia por cuenta de su mandante* (artículo 237 inciso primero del Código de Comercio). Conforme al artículo 340 del Código de Comercio, el factor es un mandatario con

facultades generales de administración para ejecutar todos los actos que abrace la administración del establecimiento que se le confiare.<sup>54</sup>

ii) Mancebo o dependientes de comercio: Se caracteriza por su similitud con el factor, a tal punto que la mayoría de las disposiciones legales son comunes para ambos. No obstante, conviene tener en consideración que en la figura del dependiente se acentúa más el carácter de empleado, sujeto a un vínculo de subordinación o dependencia.<sup>55</sup> El inciso segundo del artículo 237 del Código de Comercio establece que *son empleados subalternos que tiene el comerciante*.

iii) La Comisión: El mandato comercial toma el nombre de comisión cuando versa sobre *una o más operaciones mercantiles individualmente determinadas* (Artículo 235 Código de Comercio). Para que exista la comisión mercantil deben reunirse dos requisitos copulativos: Que se trate de una o más operaciones mercantiles y que dichas operaciones estén individualmente determinadas.<sup>56</sup>

El mandatario, por consiguiente, puede tener la calidad de administrador general de una entidad comercial (factor o mancebo), acentuándose más el vínculo de carácter laboral en el caso del mancebo y por otra parte, puede tener la administración específica de un negocio, para llevar a cabo la operación específicamente encomendada.

Interesante situación se presenta en el caso de la comisión, ya que el legislador ha reglamentado estrictamente las prohibiciones en este contrato, lo que podría dar lugar a un doble ilícito por parte del comisionista corrupto. Lo anteriormente expuesto es en razón de que el comisionista asume la representación del mandante y la ley protege a este último para que de la actuación del mandatario no se produzca perjuicio en su contra. La conducta que podría engendrar al mismo tiempo un ilícito mercantil y penal es la proscripción de lucrarse con el mandato contenida en el artículo 278 del Código de Comercio, el cual establece que *fuera del salario o remuneración, el comisionista no puede recibir lucro alguno de la negociación que se le hubiere en comendado. En consecuencia, deberá abonar a su comitente cualquier provecho directo o indirecto que obtuviere en el desempeño de su mandato*.

---

<sup>54</sup> SANDOVAL LOPEZ, Ricardo, "Derecho Comercial". Tomo I. Volumen I (2009), ISBN: 9561018039, p. 113.

<sup>55</sup> Ibid. p. 116.

<sup>56</sup> Ibid. p. 117.

Si bien la enunciación de los sujetos activos del delito de corrupción pasiva es sucinta en cuanto sólo menciona a dos actores, se puede desprender de los conceptos definidos que cada sujeto puede abarcar diferentes personajes en función de la relación contractual que lo ligue con el empresario, ya sea (i) teniendo una relación de subordinación o dependencia para con el titular, (ii) encargándose de la administración general de la sociedad o (iii) encargándose de la gestión de diligencias específicas.

Curioso a lo menos resulta que todos los sujetos activos sean castigados con la misma pena, en razón de que cada uno tiene una posición y función diferente al interior de la entidad mercantil, lo que podría devenir en una contravención al principio de proporcionalidad e igualdad. Se esgrime lo anterior, dado que no es factible comparar la posición, función y las facultades que tiene el empleado en comparación con un administrador y esto tiene aún más sentido cuando se trata de casos de amparo de un bien jurídico colectivo, ya que el grado de riesgo para su integridad puede ser variable. Mientras mayor sea el poder decisorio al interior de la empresa, mayor potencial lesivo tendrá en contra del bien jurídico, de manera que si el actor tiene menos atribuciones el peligro para el bien colectivo se reduce, produciéndose el ya enunciado efecto espejo entre poder decisorio y riesgo para el bien jurídico objeto de amparo.

Sin perjuicio de lo anterior, resulta razonable, para quien escribe, que este criterio y diferenciación deba ser considerado por el sentenciador a la hora de recorrer la escala de pena en su aplicación, ya sea tanto en la pena corporal como pecuniaria.

Ahora bien, lo que llama profundamente la atención del tipo penal y despierta interrogantes, sobre todo en consideración al bien jurídico que se busca tutelar, son aquellos sujetos que se encuentran excluidos del elenco de autores del delito.

Es preciso destacar que el tipo penal no hace mención expresa del (i) empresario (ii) tampoco de los socios de la entidad y (iii) además excluye órganos societarios relevantes de determinadas personas jurídicas, como por ejemplo el directorio de una S.A. No obstante, este defecto en la técnica legislativa –en opinión del autor de esta memoria- será abordado con mayor profundidad en el estudio del bien jurídico tutelado por el delito en nuestra legislación.

## **1.2. Conducta típica**

La conducta típica en el delito en comento consiste en solicitar o aceptar recibir un beneficio económico o de otra naturaleza, para sí o un tercero, para favorecer o por haber favorecido en el ejercicio de sus labores la contratación con un oferente sobre otro.

En lo que respecta al verbo rector, el tipo exige que el empleado o mandatario realice una conducta consistente en “solicitar” o “aceptar”.

“Solicitar” significa, de conformidad a la Real Academia Española (en adelante “R.A.E.”), “pretender, pedir o buscar algo con diligencia y cuidado” (1ª acepción); “pedir algo de manera respetuosa, o rellenando una solicitud o instancia” (4ª acepción). Al igual que el delito de cohecho a funcionario público “no es necesario que la petición se haga en forma expresa, ya que el tipo penal no lo exige, sino que basta con que se realice de cualquier forma idónea para transmitir el mensaje. Por ejemplo, a través del simple gesto de estirar la mano.”<sup>57</sup>

“Aceptar” significa, conforme a la R.A.E., “aprobar, dar por bueno, acceder a algo” (2ª acepción). Al igual que la conducta de solicitar, no es necesario que la aceptación se realice de manera expresa, bastando cualquier comportamiento que revele inequívocamente la manifestación de voluntad en el sentido de consentir.<sup>58</sup> Asentir con la cabeza sería un gesto de aceptación inequívoca, por ende no se requiere que el empleado o mandatario reciba algo para que su comportamiento sea considerado típico, sino que basta que admita lo que se le ofreció.

La expresión “(...) *para favorecer o por haber favorecido* (...)” denota que el empleado/mandatario que solicita o acepta el beneficio puede tener por finalidad la realización de una acción futura, como también que sea pretendida una recompensa por una acción ya realizada. Esto indefectiblemente nos lleva a la clásica distinción del delito de cohecho a funcionario público entre el cohecho antecedente y el subsiguiente, cuando establece el artículo 248 del Código Penal la frase: “(...) *para ejecutar o por haber ejecutado* (...)”. Lo esencial aquí radica en la exigencia a nivel subjetivo, pues debe concurrir dolo directo en el sujeto activo y que, en base a la distinción, surgirían las inevitables dificultades probatorias del cohecho subsiguiente o por recompensa.

---

<sup>57</sup> RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. “Delitos contra la función pública” Editorial Jurídica de Chile. (2011), p. 331-332

<sup>58</sup> Ibid p. 332.

Por otra parte, el tipo establece que la actuación del empleado o mandatario sea en el “(...) *ejercicio de sus labores la contratación con un oferente sobre otro (...)*”, lo cual genera dos consecuencias: (i) como ya hemos hecho alusión, el sujeto activo debe estar investido de la prerrogativa para contratar con oferentes y (ii) que el tipo penal sanciona las conductas enmarcadas en un contexto determinado: la contratación de bienes y servicios. Es decir, nos encontramos ante un *numerus clausus* de actividades o entornos en los cuales el comportamiento corrupto es constitutivo del tipo penal y como contrapartida, las conductas ilícitas realizadas en contextos no comprendidos no serán punibles.

Se trata de conductas realizadas en un determinado contexto en miras a obtener un beneficio al que el empleado/mandatario o tercero no tiene derecho, para favorecer o haber favorecido a un oferente por sobre otro en el plano de contratación de bienes y servicios de manera desleal en un ámbito de competencia. El tipo penal pretende sancionar el soborno en la relación comercial, ya que el empleado o mandatario sobornado preferirá al competidor que le entregue el beneficio respecto a los otros competidores aunque no sea la mejor oferta o servicio. En definitiva se favorece injustamente a un competidor desleal por sobre el/los que usa(n) métodos leales.

Menester es señalar que a diferencia del tipo alemán y español, que presentan *numerus apertus* para el entorno que puede dar lugar al acto corrupto, usando las expresiones “*en una situación de competencia*” y “*relaciones comerciales*” respectivamente -que engloban más circunstancias en las cuales el acto corrupto es constitutivo de delito-, el tipo penal en Chile delimita en el plano de la contratación el terreno para el ilícito. De esta manera, el ámbito donde puede verificarse el delito es acotado y consecuentemente se excluyen otros escenarios en el ámbito comercial que erigen terrenos propicios para consumir actos subrepticios, como por ejemplo el caso en el cual un directivo o administrador de una empresa solicita una dádiva para entregar información privilegiada de la entidad, la cual no se adecua al tipo penal y en consecuencia dicha conducta quedaría en la completa impunidad.

En cuanto al “*beneficio económico o de otra naturaleza*” solicitado o recibido por el empleado o mandatario de la empresa, el tipo penal presenta una innovación respecto a la naturaleza del “beneficio” contemplada en su símil en sede pública con anterioridad a la promulgación de la Ley N° 21.121 (en razón de que la entrada en vigencia de la ley modificó el tipo penal del

delito de cohecho), ya que el beneficio recibido no tan sólo puede ser de carácter patrimonial, sino que se incluyen otras prestaciones no valuables pecuniariamente, lo que, a juicio de quien escribe, es un acierto del legislador, toda vez que amplía el espectro de ofrecimientos sancionados capaces de tener igual o mayor influencia el poder de decisión de las personas. Así, la obtención u oferta de todo tipo de favores (incluidos sexuales), otorgamiento de títulos y distinciones honoríficas, son algunas de las vías no pecuniarias que podrían enmarcarse dentro de la denominación “beneficio de otra naturaleza”.

En lo que respecta a la solicitud o aceptación de ciertos beneficios económicos en contextos socialmente adecuados o tolerados, el autor de la presente memoria es partidario de la idea que son casos en los cuales no resulta procedente apreciar un delito de cohecho, ya que las consideraciones que giran en torno a la idea de la adecuación social deben ser tomadas en cuenta. En esta línea, Rodríguez Collao y Ossandón Widow indican que “no puede sostenerse seriamente que sea voluntad de la ley penal, expresión de soberanía popular, el castigar comportamientos que la propia sociedad tolera o estima adecuados”<sup>59</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, el análisis de la adecuación social del comportamiento debe ser realizado caso a caso, toda vez que un regalo, por ejemplo, pudiese a simple vista ser cubierto por este criterio, pero, a la vez, dicho obsequio puede exceder lo que se considera “normal” conforme al contexto. Lo anterior reviste de una importancia crucial, pues en el marco de las relaciones mercantiles y comerciales son frecuentes los obsequios y otras atenciones.

Por otra parte, podemos señalar que estamos en presencia de un delito de mera actividad, ya que su consumación se logra con la mera solicitud o aceptación del beneficio, sin que sea necesario que la prestación se ejecute materialmente. En otras palabras, no requiere de un resultado o perjuicio y por consiguiente no es posible entonces la tentativa ni la frustración.

Al igual que su tipo penal similar en sede pública, este precepto se configura como un delito unilateral y por eso es dable la distinción entre corrupción privada pasiva y activa. En caso de ofrecimiento del empleado o mandatario- se prescinde de la aceptación del destinatario de la dádiva y por ende no requiere de un acuerdo de voluntades del corruptor y corrupto para entender consumado el ilícito penal.

---

<sup>59</sup> RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. “Delitos contra la función pública” Editorial Jurídica de Chile. (2011), p. 335.

Se puede indicar además que al procurar proteger el interés supraindividual de la competencia leal, estamos en presencia de un delito de peligro abstracto, pues se presume que la conducta tipificada siempre constituye un peligro, aun cuando este no se verifique materialmente.

### **1.3. Pena**

Se castiga a quien comete este delito con una (i) pena que va desde los 541 días a tres años de privación de libertad y (ii) se aplica una multa cuyo valor dependerá de la naturaleza de la dádiva. Si la dádiva es de naturaleza económica podrá recorrer una escala que va desde el monto recibido u solicitado hasta el doble de dicha cantidad. Si por el contrario, el beneficio solicitado o recibido no es avaluable pecuniariamente, la multa partirá en 50 UTM y podrá llegar hasta las 500 UTM.

Importante es hacer presente que producto de la promulgación de la Ley N° 21.121 se aumentó la pena del delito de cohecho de funcionario público a la misma escala contemplada para el delito de corrupción entre particulares, lo cual naturalmente puede suscitar críticas y será materia de estudio en el apartado correspondiente.

En lo que respecta a la multa, a juicio de quien escribe, esta puede ser una pena adecuada para los delitos de corrupción privada, toda vez que puede tener un efecto disuasivo para los agentes del mercado y para las empresas cometer estas infracciones, dado que el costo será mayor al beneficio obtenido por la comisión del acto corrupto.

Para finalizar este apartado, no es posible soslayar el hecho de que, a diferencia del precepto contenido en el ordenamiento español, las penas accesorias no contemplan la prohibición de suscribir actos jurídicos ni tampoco la inhabilitación temporal o perpetua para ejercer determinados cargos, las cuales también podrían tener un efecto disuasivo.

## **2. Perseguibilidad**

De conformidad al artículo 53 del Código Procesal Penal, este delito se somete a las reglas de la acción penal pública, al no encontrarse sometido a regla especial. Por consiguiente puede y debe (en atención al principio de *legalidad* que rige las actuaciones del órgano persecutor) ser ejercida la acción de oficio por el Ministerio Público, sin necesidad de una previa denuncia.

## **3. Bien jurídico tutelado**

A lo largo de esta investigación se ha esbozado la decisión del legislador de optar o inclinarse por un modelo que tutele la leal competencia a través del artículo 287 bis del Código Penal (sin perjuicio de que a nuestro juicio el tema no fue abordado con la profundidad y exhaustividad requerida durante la tramitación de la ley). Ahora bien, debemos ser enfáticos en que no basta su mera enunciación en el proyecto de ley para tenerlo como un asunto zanjado, sino que se debe efectivamente constatar en los elementos del tipo penal si este resguarda de una manera idónea el interés señalado.

Si bien es evidente el inexistente pronunciamiento por parte de la doctrina nacional en lo que respecta al bien jurídico protegido por el delito estudiado, en atención a la reciente incorporación del mismo a nuestro ordenamiento, intentaremos dilucidar directrices esenciales para poder resolver si el tipo penal logra amparar la leal competencia.

### **3.1. Argumentos que sustentan la idea de protección de la leal competencia como bien jurídico tutelado**

A favor de la posición que considera que el precepto protege la leal competencia podemos señalar los siguientes argumentos:

(i) La redacción del tipo penal, el cual castiga la conducta de quien favorece o favoreció a un oferente por sobre otro a contraprestación de un beneficio. Dicha referencia normativa indudablemente alude a una conducta en el seno de la competencia y presenta un marcado objetivo: que la competencia no sea alterada por esta práctica desleal entre agentes del mercado. Por otra parte, el tipo penal no exige una deslealtad intra-empresarial del mandatario o empleador en contra del titular, por lo que el tipo protegería la competencia leal en forma exclusiva.

(ii) En cuanto a un argumento sistemático, en razón de que el delito de corrupción privada pasiva se incluye dentro del Título VI que sanciona los “Crímenes y delitos contra el orden y la seguridad públicos cometido por particulares”, específicamente en el capítulo “§7 bis. De la Corrupción entre particulares.” Necesariamente al hablar de “orden y seguridad públicos” la idea nos remite al concepto de “orden público”, que si bien el concepto reviste marcados caracteres de vaguedad y ambigüedad, es dable indicar que el concepto apunta a la estabilidad y correcto funcionamiento de la sociedad.

En este sentido, Duncker indica que el orden público viene a ser un concepto doctrinario sinónimo de orden social, comprendiendo todas aquellas disposiciones establecidas en forma imperativa por el legislador en resguardo del interés superior de la colectividad o de la moral<sup>60</sup>.

Sin ánimo de profundizar en conceptualizaciones y sólo a efecto de aproximarse a una noción que permita determinar el sentido y alcance del concepto, para encuadrar determinados tipos de delito, nos remitiremos a la definición de don Carlos Ducci Claro, el cual lo define como “el conjunto de normas y principios jurídicos que se inspiran en el supremo interés de la colectividad y que son esenciales para asegurar el correcto funcionamiento de ésta en determinado momento histórico, por lo que no pueden derogarse por particulares.” En base a lo indicado, efectivo es señalar que este grupo de delitos integran determinadas transgresiones a bienes jurídicos de la colectividad, es decir el sujeto pasivo es la comunidad en su totalidad y puede ser puesta en peligro mediante diversas formas de agresión dependiendo del delito en cuestión. En este caso particular, el delito de corrupción privada, pone en peligro un bien jurídico macrosocial a través de una forma de criminalidad en el mercado.

(iii) La *ratio legis* tiene su fundamento en la protección de leal competencia. En la tramitación del proyecto de ley, la Cámara de Diputados por medio del oficio remitido a la cámara revisora indica que en la tipificación de este delito “aprobada por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de esta Corporación se optó por el modelo de la competencia desleal (...) en vez de por el modelo de la administración desleal, que deja de tener sentido al lado de un tipo general de administración desleal, como el que se ha aprobado simultáneamente.”<sup>61</sup>

Esto se ejemplifica a través de un caso en el cual “un actor de la competencia, por ejemplo, un proveedor de ciertos bienes o servicios, les paga a los empleados del potencial adquirente de esos bienes o servicios, por ejemplo, una cadena de supermercados, para que lo prefieran sobre otros competidores que no sobornan ni saben que esa es la forma en que se compete”<sup>62</sup>.

De esta manera el legislador pretende no dejar espacio a la duda en lo que respecta a la consumación del delito, dado que el tipo penal no exige que exista un perjuicio (patrimonial)

---

<sup>60</sup> DUNCKER BIGGS, Federico; “Derecho Internacional Privado”, Santiago (1967), p. 411.

<sup>61</sup> Boletín N°10.155-07, Proyecto de ley e intervenciones que se presentan sobre la discusión. p. 32. Disponible en <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=11827%20&prmTIPO=TEXTOSesion>

<sup>62</sup> Ibid p.32.

para el empleador, puesto que esta figura se establece para resguardar los intereses de los competidores, en beneficio del funcionamiento del sistema comercial y no para la protección de la empresa misma, ya que para esto se ha creado el delito de administración desleal.

(iv) Delito de acción penal pública. La forma de persecución que se ha adoptado tiene total coherencia con el bien jurídico supraindividual que se protege, en razón de que la comunidad toda es el sujeto pasivo del delito y no podría individualizarse a una persona en particular para que fuere necesario la denuncia (delito de acción penal pública previa instancia particular) o querrela (delito de acción penal privada).

### **3.2. Contraargumentos para considerar a la leal competencia como bien jurídico objeto de protección.**

(i) Exclusión del empresario como sujeto activo del delito de corrupción privada pasiva.

Como ya se ha señalado, contradictorio resulta, en consideración al bien que se pretende amparar, que el empresario o titular haya sido excluido del elenco de sujetos activos que pueden cometer el delito.

Se entiende por empresario a la persona natural o jurídica que, por sí o por medio de representantes, ejercita en nombre propio una actividad económica de producción o de distribución de bienes o servicios en el mercado, adquiriendo la titularidad de las obligaciones y derechos nacidos de esa actividad.

En virtud de la redacción del tipo penal, sólo son punibles las conductas del empleado y mandatario, mas no las del empresario, cuestión que resulta sumamente discutible puesto que no existe razón alguna para excluirlo del catálogo de autores, en atención a las atribuciones que ostenta y de su poder decisorio. Evidente es que las conductas de este agente del mercado pueden resultar igual o más peligrosas para la leal competencia que las cometidas por los actores comprendidos en el tipo penal.

El tipo penal, como es posible apreciar, adolece del mismo defecto manifestado en el precepto punitivo alemán y español, situación que trae inconvenientes para plasmar en él la intención legislativa de tutelar la competencia leal como bien jurídico.

Justamente la omisión del empresario del catálogo de sujetos activos del delito es el principal argumento en doctrina comparada para refutar la validez de la adopción de un modelo puro de competencia leal a través del tipo penal, toda vez que es razonable llegar a pensar que necesariamente debe existir una deslealtad patrimonial en contra de la entidad empresarial a la cual presta servicios el dependiente para que exista el delito (modelo patrimonial) o incluso requerir una infracción de deberes de forma clandestina por parte del trabajador (modelo ius laboralista).

La exclusión del titular de la empresa, trae problemas tanto a nivel de sociedades de personas como a nivel de sociedades de capital. Si bien, por razones de política criminal se puede llegar a comprender la exclusión de tal figura en las sociedades de capital, por la dificultad a la hora de determinarlo, en cuanto a la identificación del titular de una empresa individual o de los dueños de una sociedad de personas, no habría inconvenientes para reconocerlos, ya que pueden ser perfectamente individualizados en base a la inscripción social, sin embargo el precepto sancionatorio los excluye sin fundamento plausible al parecer.

En el proyecto de ley se encuentra expresado que el objeto de este precepto es criminalizar una conducta que atenta contra el correcto funcionamiento del mercado, no obstante, la exclusión del empresario del círculo de sujetos activos que pueden cometer el delito en su modalidad pasiva, no parece coherente con el modelo de incriminación que se intenta instaurar.

El tipo penal sólo establece autores que parecen presentar un denominador común: Tanto empleados como mandatarios son personas subordinadas al titular y no tienen la posición ni suficientes prerrogativas para tomar decisiones de relevancia en el plano del mercado.

De esta forma, el precepto no se dirige contra quienes revisten una capacidad decisoria en el seno de la entidad empresarial, dado que es el empresario quien tiene el verdadero poder decisorio y control de la entidad, y en definitiva, quien tiene la capacidad de influir de una manera determinante en el mercado.

Justamente, son los empresarios quienes están llamados en primer lugar a respetar las normas de la competencia, pues sin perjuicio de que se corrompa a un empleado encargado de administrar bienes y servicios en la empresa, los efectos de este acto desleal no tendrían comparación a los que puede llegar a tener un acto de quien tiene una posición con mayores

atribuciones y facultades, y que, en consecuencia puede dañar o poner en peligro la competencia de una manera mucho más gravosa.

Si ya comentamos que parecía poco razonable que el tipo penal no distinguiera la pena aplicable a cada sujeto de la entidad empresarial en función de sus facultades, resulta aún más grave que, en base a los principios de *igualdad, proporcionalidad y lesividad*, un empleado o mandatario que ponga en peligro o dañe la competencia, de igual o en forma menos gravosa que un empresario, sea sancionado conforme a la figura penal en estudio, mientras que el empresario cuyo comportamiento es desleal sólo pueda ser sancionado por la vía extrapenal del DL 211, conforme a infracción de normas de la competencia.

Cierto es que el empresario no está adscrito a un deber genérico de objetividad para la toma de decisiones, de hecho se le consagra constitucionalmente la libertad de empresa a través del artículo 19 n° 21, y en este sentido puede “mantener con libertad cualquiera actividad lucrativa en las diversas esferas de la vida económica, garantizando, por consiguiente, la normativa constitucional, entre otras actividades, la realización de actividades productivas, de servicios y de comercialización de todo tipo de bienes bajo dos grandes condiciones: la primera, que la actividad a realizar no sea considerada en sí misma ilícita, y lo son sólo las que la Constitución menciona genéricamente, esto es, las contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad nacional, y la segunda, que la actividad económica a realizar se ajuste a las normas legales que la regulen”<sup>63</sup>. Sin embargo, el empresario debe respetar un marco normativo que proscribe conductas, dado que pese a tener libertad de acción y decisión no puede contravenir a las normas del DL 211, las cuales establecen las prácticas atentatorias contra la leal competencia en su artículo 2°, conteniendo un deber genérico: *cualquier otro arbitrio que tenga por finalidad eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia*.

En efecto, considerar típica la conducta corrupta del empleado o mandatario y atípica la misma conducta realizada por empresario o titular de la empresa, no es concordante con el mensaje del legislador en el proyecto de ley. Estos agentes deberían ser tratados de igual forma, toda vez que ambos supuestos presentan el mismo desvalor y son perpetrados por individuos que se encuentran en circunstancias similares o idénticas en su caso. De lo contrario, se da paso a la posibilidad de llegar a entender que es necesario que exista una deslealtad ad intra para con los

---

<sup>63</sup> Tribunal Constitucional. (Rol 280/1998).

deberes de fidelidad respecto al empleador, circunstancia que no es la pretendida por el legislador, en conformidad al mensaje del proyecto. En razón de lo anterior y en opinión del autor de esta memoria, es constatable que la intención no se ha plasmado de manera idónea en el tipo penal, dejando espacio para la interpretación en contra de esta forma de incriminación, debido a un descuido del legislador o simplemente una negativa a incriminar las conductas del titular, ya que, desde la perspectiva de un modelo puro de competencia, no hay razón para entender que el comportamiento corrupto del titular no sea punible.

(ii) Exclusión del socio y de miembros del directorio de una sociedad anónima como sujetos activos.

Para referirnos al caso de sociedades de capital, el estudio se realizará específicamente a través de la figura de la Sociedad Anónima (en adelante S.A.), cuya regulación normativa se establece en la Ley N° 18.046.

Si bien en esta figura societaria, el titular o empresario parece un sujeto difícil de identificar, ya que no podemos calificar a los socios como dueños o titulares de la sociedad, para efectos de intentar dar respuesta a la atribución de responsabilidad en el hecho, recurriremos a la responsabilidad de las personas jurídicas, lo cual será abordado más adelante en este trabajo.

Por medio de la aplicación de la ley que regula a las S.A., es factible constatar que surgen más inconvenientes a la hora de incriminar conductas de los actores principales en estas entidades empresariales, dado que tanto *socios* como *directores* de la entidad no se adecuarían a la calidad de sujeto activo exigida en la estructura típica del artículo 287 bis del Código Penal.

En lo que concierne a la calidad del socio accionista de la sociedad, se suscitan inconvenientes para poder incriminar su conducta por no encontrarse dentro del tipo de la corrupción privada pasiva, pues no pareciera encajar su figura con las que determina el precepto como sujeto activo. Esto, ya que el carácter de empleado de la sociedad está más que descartado por no existir una relación de dependencia o subordinación y tampoco podríamos indicar que estamos en presencia mandatario de la sociedad.

De esta manera y ante la misma indeterminación que surge al poder esclarecer la naturaleza jurídica del vínculo del socio con la sociedad, creemos que lo más acertado es indicar que la figura del socio accionista en una sociedad anónima quedaría excluida, dado que en estricto rigor el socio tiene un derecho de propiedad sobre su acción, lo cual representa su participación dentro de la sociedad y por consiguiente el socio tiene un derecho personal –un crédito contra la sociedad- calidad que no encaja en la relación de subordinación y mandato que exige el 287 bis. Lo anterior es problemático, pues deja en la impunidad conductas atentatorias contra el mercado, ya que son los propios accionistas quienes pueden presionar a directores para tomar decisiones, a su vez pueden existir acuerdos desleales en las juntas generales de accionistas -tanto ordinarias como extraordinarias- para decidir temas relativos a la sociedad y lo mismo podría ocurrir a través de los pactos de accionistas.

En lo relativo al caso del directorio, que es posible de definir como un órgano colegiado, necesario y permanente, cuyos miembros, accionistas o no, se designan periódicamente por la junta de accionistas y cuya función es realizar todos los actos de administración ordinaria y extraordinaria, representando a la sociedad ante terceros y asumiendo responsabilidad solidaria por las infracciones a los deberes que les imponen la ley, el reglamento y los estatutos.

El directorio no se encuentra dentro del elenco de sujetos activos del delito de corrupción pasiva, dado que de conformidad a la citada ley -que se inclina por la idea de órgano social- se excluye que en la base de la relación sociedad-administradores exista un vínculo contractual para explicar la representación del ente colectivo en la persona de los miembros del directorio, desechándose la idea de “miembros mandatarios” y atendándose a una naturaleza jurídica de carácter orgánica societaria. En este sentido, el profesor Sandoval indica que “no puede dudarse que no exista representación, pero ella es de carácter especial, propia de la sociedad anónima, sui generis, y no tiene su explicación en el mandato”<sup>64</sup>.

En razón de lo expuesto, se configura una representación que emana de la ley y de los estatutos que tiene su origen en una situación general, objetiva y propia de la organización misma de la sociedad anónima: la representación es orgánica, donde no existe la voluntad del

---

<sup>64</sup>SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, “Derecho Comercial”. Tomo I. Volumen 2 (2010), ISBN: 9561020386, p.144-145.

representante y representado, sino, únicamente la voluntad del órgano, que es la voluntad originaria de la sociedad.

Finalmente, para reafirmar el carácter orgánico y legal de la representación, se debe considerar que el nombramiento de los miembros titulares del directorio no es un acto contractual. En efecto, se trata de una declaración unilateral de voluntad de la junta de accionistas de conformidad al artículo 31 inciso primero de la ley de S.A. cuya validez no depende de la aceptación del cargo por la persona elegida.

De esta manera, el directorio y sus miembros no tendrían cabida en el tipo penal, excluyéndose estos como sujetos activos, realidad de difícil comprensión si atendemos a la idea de que la facultad de administración de este tipo de sociedades recae precisa y exclusivamente en este órgano, el cual con el poder decisorio que reviste, efectivamente podría lesionar o poner en grave peligro la leal competencia en el mercado, sin embargo de llegar a ejecutar conductas corruptas estas constituirían un comportamiento atípico y por tanto no les sería aplicable la sanción contenida en el artículo 287 bis.

Esta situación resulta a lo menos paradójica y controversial, (i) porque la “voluntad” de una S.A. se expresa conforme a las decisiones de su directorio y no existe otro personaje u órgano al interior de esta que ostente igual o más facultades y (ii) en esencia los actos de corrupción de relevancia jurídica tienen su origen a través del directorio. En efecto, se sigue dejando espacio a la impunidad mediante esta laguna penal y queda aún pendiente la sanción penal que alude el artículo 133 de la ley 18.046 sobre la responsabilidad de los directores.

### **3.3. Inclusión del empresario como sujeto activo del delito**

Ante la ausencia de mención del empresario dentro del catálogo de autores del artículo 287 bis del Código Penal, se podría argumentar que, en la medida en que está prevista la responsabilidad de la persona jurídica para este delito, se incluye por esta vía al empresario al elenco de sujetos activos.

La Ley N° 21.121, por medio de su artículo 2°, modificó a la Ley N° 20.393 sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas incluyendo (entre otros delitos) a la corrupción privada como delito de base, previendo la posibilidad de que fuere responsable de este delito una persona jurídica.

En efecto, es posible derivar la responsabilidad de la corrupción privada del empleado o mandatario hacia la empresa o empresario si se actúa en su provecho y, de esta forma, se incluiría a éste último como sujeto activo.

Si bien lo enunciado anteriormente tiene validez, es importante destacar que nuestro ordenamiento, a través de la Ley N° 20.393, recoge un modelo de responsabilidad mixto, es decir, requiere de la comisión del delito por parte del agente en interés o provecho de la persona jurídica y que esta última adolezca de un defecto en su organización que no impida la realización del ilícito penal. También se ha discutido la idea de que exista paralelamente una responsabilidad autónoma de conformidad a lo prescrito en el artículo 5° de la ley en cometo, esta se presentaría cuando se hace responsable penalmente a la persona jurídica incluso cuando la responsabilidad penal del agente se hubiese extinguido conforme a las causales taxativamente previstas (muerte, prescripción de la acción penal, entre otras). Ahora bien, frente a esta hipótesis, los detractores aluden a que no parece razonable calificarla de tal manera, pues de cualquier modo se requiere indefectiblemente de la realización del delito por parte de una persona natural para atribuirle este tipo de responsabilidad a la persona jurídica y por tanto sólo se le atribuye esta cuando el ente moral no adoptó las medidas necesarias para evitar la comisión del delito.

En efecto, para que sea configurada tal responsabilidad de la persona jurídica es necesario que se cumplan tres requisitos copulativos, a saber:

(i) Que la comisión del delito se lleve a cabo por un agente de la persona jurídica. (Dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión. Artículo 3° Ley N° 20.393)

(ii) Que el acto ilícito sea cometido directa e inmediatamente en interés de la persona jurídica o para su provecho (la doctrina ha dicho que debe ser de carácter pecuniario, en atención a la dificultad probatoria en caso de no ser de esta índole).

(iii) Que la comisión del delito sea consecuencia del incumplimiento de la entidad de sus deberes de dirección y supervisión en contraposición a la implementación de un modelo de prevención de delitos que expresamente requiere la ley en su artículo 4º.

Si es comparado el amplio catálogo de sujetos activos que dan lugar a la responsabilidad penal de la persona jurídica en contra de la acotada presentación de sujetos activos del delito de corrupción entre particulares, se presenta una suerte de inaplicabilidad de sanción a la persona jurídica en situaciones determinadas, dado que, de ser acertadas nuestras consideraciones y reflexiones hasta estas líneas, resultaría impracticable en algunos casos poder asociar el delito de corrupción privada pasiva con la responsabilidad penal de la empresa, ya que el delito base no podría ser cometido por dueños/titulares de una sociedad, ni tampoco por socios y/o directores en el caso de una S.A. En consecuencia, no podría existir delito de corrupción entre particulares y como natural consecuencia tampoco podría dar origen a la responsabilidad penal de la persona jurídica, ya que el delito base (corrupción privada pasiva) no cumple con las exigencias del tipo, al no calificar estos personajes como sujeto activos, por ende no se sancionaría penalmente al agente ni al ente moral. Incluso si fuera descartado lo reflexionado, no es posible olvidar y no es menos importante de señalar que, la ley sobre responsabilidad penal de la persona jurídica impone un requisito adicional, el cual consiste en que el acto ilícito sea cometido directa e inmediatamente en interés (pecuniario) de la persona jurídica, circunstancia que trae consigo mayores dificultades para su aplicación.

Lo anterior da cuenta de una situación paradójica y problemática, dado el titular puede ser sujeto activo para dar paso a la responsabilidad de la persona jurídica, sin embargo es inimputable respecto al delito de corrupción entre particulares, al no verse comprendido dentro de los sujetos que pueden cometerlo. Por lo tanto, el empresario nunca será sancionado por el delito de corrupción privada pasiva, sino que sólo podrá ser castigado de forma derivada cuando la empresa adopte dicha forma de organización y en el seno de dicha entidad sea cometido el delito por uno de sus subordinados, cumpliéndose los demás requisitos legales.

A modo de conclusión, en base a determinar si efectivamente es la leal competencia el bien jurídico tutelado, la respuesta necesariamente debe ser afirmativa, toda vez que las razones anteriormente expuestas revisten de un fundamento plausible para sostenerlo. La exclusión del empresario, de los socios y directores de una S.A. si bien develan un descuido o una incongruencia por parte del legislador, no parecieran constituir obstáculos insalvables para considerar a la leal competencia como bien jurídico, sin embargo el mayor problema no reside en esa discusión, sino que en función de aquello, es posible constatar un problema de mayor entidad, el cual es la dificultad para considerar al tipo penal como idóneo y coherente con los principios que rigen al derecho penal, lo cual resulta mucho más peligroso y preocupante, a juicio de quien escribe.

#### **3.4. Comentarios finales respecto al delito de Corrupción privada pasiva y la eficacia del tipo penal en cuanto al bien jurídico objeto de tutela**

Resulta prudente y necesario reiterar en estas líneas que, en opinión del autor de esta memoria, la leal competencia es un bien jurídico digno de tutela, aunque su goce y la amenaza su integridad no sea posible de percibir en forma directa y en primera persona, a diferencia de lo que ocurre con bienes jurídicos de carácter individual. Si existe un alto nivel de peligrosidad al que pueda verse expuesto un bien jurídico colectivo –y cumpliéndose con los demás requisitos de merecimiento y necesidad de pena- necesario es que el derecho sancionatorio otorgue respuesta a objeto de contrarrestar la fuente del riesgo. No es menos relevante mencionar además que, razonable es que el delito en comento deba ser independiente al de administración desleal, toda vez que, de lo contrario no tendría la independencia necesaria para su aplicación y se transformaría en una figura de escasa o nula aplicación.

Habiéndose realizado un examen del tipo penal del artículo 287 bis del Código Penal y del bien jurídico objeto de tutela, resulta evidente que es la leal competencia el fundamento en que se basa la intervención penal, sin embargo, a juicio de quien escribe, por más que sea clara la intención del legislador de tutelar la competencia y que el tipo penal contenga notas que traslucen ese objetivo, no resulta evidente que la regulación positiva haga efectiva la protección del bien jurídico de manera satisfactoria en atención a los principios de lesividad y proporcionalidad.

No aparecen con claridad las notas de lesividad del interés protegido en la conducta típica, en base a las siguientes consideraciones:

(i) El tipo penal excluye a los sujetos ya enunciados del catálogo de sujetos activos, quienes tienen amplias facultades y ostentan posiciones a través de las cuales pueden poner en serio riesgo a la competencia, riesgo superior al que puede someter aquel agente con facultades más reducidas. Lo anterior sin duda pugna con un principio de *proporcionalidad*.

(ii) El tipo penal sanciona las conductas enmarcadas en un contexto determinado: la contratación en bienes y servicios. El carácter reducido del ámbito donde puede verificarse el delito y por consiguiente donde son punibles los comportamientos corruptos, degenera en la situación de exclusión de escenarios propicios en el ámbito comercial para consumir actos corruptos. Lo anterior es apreciable en el caso ya expuesto, en el cual un directivo o administrador de una empresa solicita una dádiva para entregar información privilegiada de la entidad y también el caso en que un oferente le solicite al empleado o mandatario de una empresa información acerca de la oferta propuesta por otro oferente para así mejorar la suya. Estas conductas quedan desprovistas de sanción penal por no encuadrar en la descripción típica, sin embargo, a su vez, constituyen comportamientos que configuran determinadas formas de agresión (de igual o mayor magnitud que el descrito en el precepto punitivo) al bien jurídico objeto de amparo.

Así las cosas, quedan configurados espacios para importantes lagunas de punibilidad, que pueden ocasionar problemas en la aplicación o, mejor dicho, de inaplicación del precepto, pudiendo producir que el tipo penal tenga una escasa utilidad. En efecto, a través de este tipo penal no se estaría cumpliendo con el objeto de dar más transparencia en el mercado, dejando espacio abierto para que se desarrollen conductas corruptas graves no punibles. La *ofensividad* y *fragmentariedad* se ven desdibujadas en este caso, dado que agresiones intensas al bien jurídico quedan excluidas del tipo penal.

Por otra parte, las notas de igualdad y sistematización del precepto no parecen ser concordantes con la pena aplicable a los sujetos actores y la aplicación restringida del tipo penal en caso de hacer responsable penalmente a la persona jurídica, en razón de que:

(i) La igualdad en la pena corporal y pecuniaria para los sujetos que cometen el delito no respeta un principio de proporcionalidad e igualdad ante la ley, en atención al cargo y prerrogativas dispares de cada agente.

(ii) La falta de coherencia en cuanto a sujetos activos del precepto en estudios y la Ley N° 20.393 genera la inaplicabilidad de la ley sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas en determinados casos.

Para concluir, es posible manifestar que, si bien el legislador se esfuerza por dejar en claro que el bien jurídico tutelado por el delito de corrupción entre particulares es la competencia leal, en opinión de quien escribe, los defectos en su técnica legislativa van en desmedro de la efectiva tutela que pretende abarcar el precepto, malogrando así una propuesta interesante de incriminación de la corrupción en sede privada, dado que el tipo penal no logra -en base al carácter fragmentario y al principio de lesividad del Derecho penal- incriminar a determinados sujetos y sancionar conductas reprochables que, con mayor dañosidad, pueden afectar al bien jurídico. Como natural consecuencia de lo anterior, el objeto de resguardo podría convertirse en un artificio, ya que se enmarca dentro de una figura penal de aplicación limitada, que no responde a un criterio de lesividad ni proporcionalidad y, a su vez, tampoco obedece a criterios de igualdad horizontal.

## VI. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO EN EL DELITO DE COHECHO EN COMPARATIVA AL INTERÉS OBJETO DE AMPARO POR EL DELITO DE CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES

### 1. Consideraciones previas relativas al delito de cohecho en el ordenamiento jurídico nacional

Como indicábamos al comienzo de este estudio, tradicionalmente el fenómeno de la corrupción se ha asociado al sector público y el legislador hasta ahora había centrado su preocupación sólo en este ámbito, tipificando delitos que únicamente apuntan en aquella dirección. De esta manera surge el delito de Cohecho - artículos 248 a 251 del Código Penal- como una de sus manifestaciones más paradigmáticas y representativas, figura que reviste tanta relevancia que es común que al hablar de corrupción y cohecho se haga de manera indistinta, como si ambos conceptos fuesen sinónimos, sin embargo menester es indicar que en estricto rigor existe una relación de género- especie entre estas figuras, siendo el cohecho sólo una manifestación del fenómeno más amplio de la corrupción.

La dictación de la Ley N° 19.645 de 1999, de la Ley N° 19.829 de 2002 y recientemente de la Ley N° 21.121 evidencian la especial preocupación por este delito, ya que han introducido una serie de modificaciones en el título V del libro II del Código Penal, que dan cuenta de cambios en la regulación de delitos cometidos por funcionarios públicos. Estas leyes también han sido influenciadas por compromisos supranacionales que contrajo el Estado de Chile, ya que un importante antecedente de las dos primeras mencionadas viene dado por la Convención Interamericana Contra la Corrupción aprobada y promulgada en el año 1998.

La modalidad básica pasiva del cohecho de empleado público se encuentra en el artículo 248 bis del Código Penal de la siguiente manera:

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

Atendiendo la estructura típica de la figura básica del cohecho, imposible es abstenerse de comparar este delito con su más símil precepto sancionatorio en la dimensión privada, como lo es el nuevo delito de corrupción entre particulares. A pesar de la evidente diferencia en cuanto al ámbito de aplicación, dado que diverge en lo relativo al contexto que envuelve la decisión de cada sujeto activo, ambos delitos en su dimensión pasiva comparten la presencia de un sujeto activo especial y calificado para llevar a cabo la conducta típica, ya sea dentro de la administración pública o dentro de la entidad empresarial.

Por otra parte, ambas figuras se apoyan en el mismo verbo rector para llevar a cabo la conducta fraudulenta que se contrapone al debido ejercicio de su cargo público o posición dentro de la empresa “*recibir o aceptar recibir*”, la que se efectúa a contraprestación de un beneficio de carácter económico o de otra índole. La naturaleza del beneficio tuvo modificación con motivo de la promulgación de la Ley N° 21.121, ya que antes era sólo castigado el beneficio pecuniario como dádiva.

Ambos delitos presentan una naturaleza unilateral, bastando la mera solicitud del beneficio pecuniario por parte del funcionario público o del empleado privado para entender consumado el delito.

Sin embargo, lo más significativo en opinión de quien escribe, es la igualdad en la pena corporal que recibe como castigo quien comete tanto el delito de cohecho como el de corrupción entre particulares (reclusión menor en su grado medio), cuestión que nos puede dar perspectivas a futuro sobre una posible adopción de un modelo unitario de incriminación del cohecho.

Esta comparación, en consonancia con el estudio realizado, será abordada cuando se contrapongan los bienes jurídicos tutelados por ambos delitos. Para lo anterior, debemos intentar, en primer lugar, determinar el objeto de tutela del cohecho cometido por funcionario público.

## **2. Bien jurídico protegido en el delito de cohecho.**

Respecto a la determinación del objeto de tutela del delito de cohecho, menester es indicar que este punto no ha sido abordado en profundidad por la doctrina nacional, sin embargo ha sido tratado y estudiado latamente por la doctrina extranjera -en especial española, que será la

referencia para este estudio- generando una fuerte discusión no sólo en cuanto a la determinación de aquel, sino que también a la posibilidad de la existencia de más de un bien jurídico digno de amparar, considerando la unilateralidad en su naturaleza, es decir del ilícito penal cometido por el funcionario público y por el particular.

En España, cierto sector minoritaria sostiene que el cohecho de funcionario y de particular pretenden proteger bienes jurídicos distintos, en atención a cual sujeto lo comete, dentro de aquellos destaca Casas Barquero, quien postula que “en el delito de cohecho cometido por el funcionario el objeto de tutela está constituido por el deber básico inherente a la condición de todo funcionario público, cual es el relativo al fiel desempeño de la función del cargo”<sup>65</sup>, agregando que se trata de tutelar penalmente además la confianza, consustancial a la titularidad de la función, que en el titular de la misma se deposita por el Estado y por la propia sociedad en general.

Respecto al cohecho cometido por el particular, señala este mismo autor, que “el titular actúa en perjuicio o detrimento de las funciones públicas del Estado, ya que su conducta implica atentar no sólo contra la función concreta que incumbe al funcionario singular, sino también contra el normal desarrollo de las funciones públicas, afectando la dignidad del estado y al prestigio social que en todo momento deben ostentar los entes públicos en el marco de la ordenación jurídica de la vida social.”<sup>66</sup>

La postura anteriormente expuesta ha sido objeto de críticas principalmente porque sitúa el deber funcionarial en la categoría de bien jurídico, cuestión que no considera que la administración pública tiene su razón de existir únicamente por el beneficio de su actividad para los ciudadanos, por su prestación de servicio a la comunidad, de manera que intenta otorgarle otra dimensión desacertada a la prestación del servicio que realiza el funcionario público.

Por otra parte indica que se intenta amparar la confianza que es depositada en el funcionario por el Estado y la ciudadanía en general, que objetivamente resulta forzado elevar esta expectativa de diligencia en el cargo a la categoría de bien jurídico y si así lo fuese, se podría

---

<sup>65</sup>CASAS BARQUERO, Enrique. “Observaciones técnico-jurídicas sobre la incriminación del cohecho en el Código Penal Español”, Revista Documentación Jurídica. (1978), p. 197.

<sup>66</sup> CASAS BARQUERO, Enrique. “Observaciones técnico-jurídicas sobre la incriminación del cohecho en el Código Penal Español”, Revista Documentación Jurídica. (1978), p.214.

caer en situaciones que el funcionario no goce de esa confianza, por tanto podría no aplicarse el tipo penal.

Lo mismo se podría decir en cuanto a la alusión a la dignidad del Estado, ya que la existencia de éste y de los entes públicos encuentran la razón de su existencia y durabilidad única y exclusivamente por su llamado a propender al bien común, y en contrario a lo que se desprende de la postura del autor, no se justifican por si solos, por tanto atribuirles características inherentes al ser humano carece de lógica y pertinencia en función de su objetivo.

Ahora bien, necesario es indicar que la doctrina mayoritaria se encuentra conteste en que el bien jurídico objeto de tutela es único, sin embargo la fijación de éste no ha sido pacífica.

Dentro de la diversidad de posturas podemos encontrar por una parte los que sostienen que bien protegido es la *confianza de la comunidad en el correcto funcionamiento de la administración*, así Bacigalupo sostiene que “la confianza pública en el ejercicio del poder administrativo o judicial según los principios del Estado de Derecho”<sup>67</sup> es el objeto tutelado, sin embargo esta postura se critica por una razón ya expuesta que dice relación con la problemática que suscita atribuir tal carácter a un aspecto tan subjetivo como la confianza.

La *no comerciabilidad de la administración* ha sido otro de los bienes jurídicos propuestos por un sector de la doctrina comparada y consiste en la prohibición de que los actos sean objeto de una compraventa privada, entendiéndola en el sentido vulgar de cambio de una utilidad por otra. Lo anterior se esgrime en razón de que la actividad estatal tiene que ser gratuita, a menos que la ley indique lo contrario.

La crítica realizada a esta postura se basa en que la posición es considerada más un medio para llegar a un fin, que un objeto en sí mismo y además constituiría una herramienta para proteger a otro bien jurídico. A nuestro entender, más que un medio para llegar a un objetivo la postura presenta la descripción de la figura de cohecho, ya que más que apuntar a un bien jurídico, se limita a dar la característica esencial de la figura en estudio, donde existe una prestación fraudulenta precedida por la entrega de un beneficio pecuniario. Por otra parte, algunos argumentan que no da cabida al análisis del principio de adecuación social, toda vez que si se

---

<sup>67</sup> BACIGALUPO, Enrique. “Sobre la reforma de delitos de funcionarios”, Documentación jurídica. (1983), p.1100.

otorga un beneficio a un funcionario, por insignificante que sea, habrá un intercambio que constituiría la figura típica, interviniendo el derecho penal en situaciones que no merecen su intervención.

El *correcto funcionamiento de la administración pública* también ha sido uno de los señalados como el objeto de tutela del precepto sancionatorio, en cuanto al servicio que presta y garantiza a la comunidad, en un sistema objetivo imparcial y confiable para mantener las relaciones de manera que los ciudadanos puedan cumplir sus objetivos y que además tienen expectativa respecto a esta garantía. Olaizola lo define como el “correcto funcionamiento entendido como la correcta prestación de servicios que la administración debe prestar a los ciudadanos para garantizar su desarrollo y participación”<sup>68</sup>

Para finalizar el análisis en doctrina comparada, nos referiremos a la postura que la doctrina mayoritaria sostiene, la cual afirma que el bien tutelado es el principio de *imparcialidad en el ejercicio de la función pública*.

El objeto de tutela es el respeto al principio de imparcialidad, que vincula por una parte a los poderes públicos en cuanto al ejercicio de la actividad administrativa y judicial, y por otra parte este principio también es proyectable a los ciudadanos como destinatarios de esa función pública.<sup>69</sup>

Este bien jurídico también es abarcado desde una perspectiva constitucional, ya que la imparcialidad es un valor constitucionalmente reconocido y protegido, por tanto constituye regla ineludible de comportamiento de la administración respecto a su obrar objetivo y libre de toda presión externa, protegiendo de esta forma la igualdad de los ciudadanos que en definitiva son los destinatarios de la actividad pública

En efecto, este bien jurídico, de protección a la imparcialidad en el desempeño de la función pública vendría a ser de carácter medial, ya que busca la protección de los ciudadanos en la prestación de servicios por parte del estado, derecho que se consagra en la constitución.

Esta postura no está exenta de críticas, dado que existen tipos de cohecho que no necesariamente requieren una vulneración de la imparcialidad, como el del 248 del Código

---

<sup>68</sup> OLAIZOLA, Inés. “El delito de Cohecho”, Editorial Tirant Lo Blanch (1999), p. 111.

<sup>69</sup> RODRIGUEZ PUERTA, María José. “El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios”. Editorial Aranzadi (1999), p.83.

Penal, que no se aprecia vulneración a la imparcialidad cuando se solicita un beneficio económico para ejecutar un acto propio del cargo.

Mención aparte deben tener posturas las cuales manifiestan que ciertos deberes del funcionario público en el ejercicio de su cargo deben elevarse a la categoría de bien jurídico tutelado por este delito, como el de lealtad, integridad, probidad y honestidad. Lo que en nuestra opinión debe ser desestimado, toda vez que los deberes de funcionarios no se justifican por si solos, sino que su diligencia en el ejercicio de su función conduce a un correcto funcionamiento de la administración para la prestación de un servicio eficiente para la comunidad.

En cuanto al ámbito nacional y su escasa doctrina respecto a este tópico, podemos indicar las posturas que se exponen a continuación.

Por su parte, Politoff, Matus y Ramírez indican que el bien jurídico protegido de manera común por los delitos cometidos por empleados públicos es el “*recto funcionamiento de la administración pública*, cuyos funcionarios tienen un deber especial frente a la consecución de sus finalidades en orden a la prosecución del bien común”<sup>70</sup> y de esta manera pueden clasificarse atendiendo el bien jurídico preponderantemente protegido en diferentes clasificaciones, donde sitúa al cohecho (arts. 248 a 251 Código Penal) como delito que afecta la *probidad administrativa*.

Para Etcheberry el bien jurídico protegido es “la *recta Administración Pública*. Para estos efectos la expresión Administración pública debe entenderse en sentido muy amplio, como actividad general del Estado, no sólo en el aspecto técnicamente llamado administrativo, sino también en el legislativo y judicial”<sup>71</sup>, ya que no se ataca al Estado propiamente tal, sino su regularidad funcional, que sumado a la ofensa al bien jurídico tutelado, se añade el quebrantamiento de un deber específico de lealtad, corrección y eficiencia que pesa sobre personas ligadas a la autoridad pública por un vínculo especial.

Por su parte Oliver indica que el bien jurídico que se protege es el “*correcto servicio que la administración presta a los ciudadanos*”<sup>72</sup>, de modo que para que la prestación de servicios se estime correcta, es necesaria que a los ciudadanos no se les pida que paguen por ella, ni que tampoco

---

<sup>70</sup> POLITOFF Sergio, MATUS Jean Pierre, RAMÍREZ Cecilia. “Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial”, Editorial Jurídica de las Américas. (2009), p. 489.

<sup>71</sup> ETCHEBERRY, Alfredo. “Derecho Penal, Parte Especial” Tomo IV, Editorial Jurídica de Chile (1997), p. 203

<sup>72</sup> OLIVER, Guillermo. “Aproximación al Delito de Cohecho”, Revista de Estudios de la justicia, N°5 (2004), p. 95.

se acepte los eventuales beneficios económicos que los ciudadanos puedan ofrecer por ella, y si la prestación no es gratuita, no se pida que paguen más de lo que se encuentra establecido en el ordenamiento, ni tampoco que se acepten eventuales beneficios económicos que se ofrezcan por sobre el monto fijado.

Otra interpretación puede ser desprendida de la lectura de la tramitación del proyecto que dio origen a la modificación legal de 1999 relativa a los delitos de funcionarios mediante la ley 19.645, se puede indicar que el principio de probidad administrativa se hace presente, en efecto el art. 54 de la ley 18.575 sobre Bases de la Administración del Estado, define este principio que consiste en “observar una conducta intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular”, esto como un bien propio del ejercicio de la función pública, cuya iniciativa legal principalmente fue “prevenir y reprimir la corrupción mediante la sanción de conductas contrarias a la probidad en la administración”<sup>73</sup>. De acuerdo a lo anterior se podría indicar que el legislador tuvo en vista tutelar la probidad administrativa como bien jurídico del delito de cohecho.

Considerando las posturas precedentemente estudiadas, podemos indicar que la administración pública en el sentido amplio y todo lo que conlleva en relación a su servicio para la comunidad es estrictamente necesaria para la satisfacción de los intereses de cada ciudadano, por consiguiente cuando existe un menoscabo por una transgresión o puesta en peligro al funcionamiento de estas instituciones se produce una mezcla de intereses públicos y privados que amenazan a través del delito de cohecho la esencia misma del sistema.

La amenaza puede venir desde el mismo funcionario interno o desde afuera, perjudicando las expectativas de los ciudadanos respecto al correcto funcionamiento de la administración mermando la confianza, imparcialidad y objetividad en el servicio que prestan utilidad a la ciudadanía, por tanto creemos que el bien jurídico que manifiesta mejor el interés de resguardar estos principios esenciales que deben regir la administración pública es el recto funcionamiento de la función pública, porque engloba los criterios esenciales para preservar el orden y vigencia de las instituciones, cuya función se intenta resguardar en el solo hecho de contribuir a la comunidad y en definitiva a la realización material y espiritual de la parte dentro del todo.

---

<sup>73</sup> Informe de Constitución, legislación y justicia sesión 14 (anexo de documentos), Diario de sesiones del Senado, p. 2291.

En consecuencia, habiendo analizado el bien jurídico que se intenta resguardar tanto en el delito de corrupción entre particulares como en delito de cohecho, menester es indicar que ambos tipos penales buscan tutelar bienes jurídicos colectivos. Por una parte la competencia leal y por otro la rectitud de la administración pública. Estos bienes jurídicos se presentan de manera muchas veces difusa y –como ya ha sido señalado- no son apreciables de manera inmediata como los bienes jurídicos individuales. Sin embargo, estos intereses sociales se deben resguardar para la existencia y el correcto funcionamiento de todas las instituciones de un Estado Democrático de Derecho, por los valores que se persiguen en los agentes mismos del contexto específico y por la entrega de servicios a la comunidad que es realizado tanto en sede privado como pública.

Si bien ambos bienes jurídicos se presentan en contextos opuestos, uno y otro contribuyen hoy en día a un bienestar social, haciendo que la comunidad intente preservar valores relevantes y esenciales como la lealtad en el desempeño de cargos y la prohibición de abuso de posición, los cuales nos permitan no caer en decisiones arbitrarias, antojadizas y motivadas por otros beneficios indebidos, que nos sustraen del plano de la igualdad que ha sido consagrado constitucionalmente.

### **3. Perspectiva a futuro respecto al cohecho en dimensión pública y privada**

Ya ha sido indicado que la escala de pena privativa de libertad impuesta para quien comete el delito de corrupción privada pasiva es la misma que para quien comete el delito de cohecho contemplado en el artículo 248 del Código Penal.

Lo que deriva de esta circunstancia es la interrogante sobre si la competencia en el mercado y la probidad e imparcialidad de los que ejercen la función pública son considerados como bienes jurídicos equivalentes en valoración por la sociedad, para recibir el mismo castigo en cuanto a un principio de proporcionalidad. De ser así, es posible aventurarse y proyectar un posible tratamiento indistinto en nuestro ordenamiento del cohecho tanto en sede pública como privada en un futuro y así optar por un modelo omnicompreensivo de la corrupción en el mediano o largo plazo.

Los detractores de la equivalencia de los bienes jurídicos anteriormente señalan la imposibilidad de equiparar tales intereses colectivos, pues la afectación a la leal competencia es

menos grave que un daño generado a la recta administración de la función pública toda vez que en esta última se vulneran adicionalmente los principios de imparcialidad y objetividad que deben presidir el desempeño de las funciones públicas.

Es evidente la similitud y tratamiento de los tipos penales en comento, al punto de diferenciarse en esencia por cuestiones meramente contextuales, sin embargo resulta difícil poder prever todavía un tratamiento conjunto de los delitos, en atención a todo lo que involucra la proyección del Estado y de sus organismos, a la cual la colectividad le atribuye y le exige un nivel superior en cuanto a estándares de imparcialidad en su función pública, lejos todavía del estándar exigible para una empresa y agentes del mercado, los cuales gozan de una amplia libertad en el ejercicio de sus funciones. Además, al órgano público le son exigibles deberes de transparencia y de probidad, frente a los cuales el mundo privado –a lo menos en un plano de la obligatoriedad- se encuentra dispensado actualmente. En consecuencia, a juicio de este autor, no parece lógico cerrarse a la posibilidad de que a futuro el tipo penal para combatir el cohecho sea unitario, pero de momento no es posible tal realidad debido a la insalvable asimetría en el estándar exigible para cada valor y deber perseguido tanto en el mundo público y privado.

## VII. CONCLUSIONES FINALES

**Primera.** La corrupción no es un fenómeno exclusivo de la administración pública. Sin perjuicio de ser un concepto ajeno a nuestra tradición, la corrupción privada existe y se manifiesta en las transacciones comerciales parasitadas por negocios fraudulentos. Este fenómeno constituye una realidad ineludible en el tráfico económico y naturalmente hace necesario adecuar el ordenamiento jurídico a objeto de otorgar una efectiva respuesta a los nuevos problemas que surgen al interior de la colectividad.

**Segunda.** A la luz de la teoría del bien jurídico es posible fundamentar la intervención penal, la cual es necesaria cuando se compromete la integridad de bienes jurídicos, a través de lesión o puesta en peligro. Los bienes jurídicos penales son aquellos intereses que el cuerpo social considera esenciales para su convivencia y vigencia, de manera que merecen y necesitan de una tutela reforzada a través de la protección penal.

**Tercera.** A pesar de no ser constatables de manera directa, los bienes colectivos poseen sustantividad propia pese a estar al servicio de los intereses individuales, son esenciales para la vida en comunidad y para el normal funcionamiento de las instituciones sociales. Su existencia y protección penal son fundamentales para contrarrestar las conductas riesgosas que lo ponen en peligro.

Tradicionalmente, en atención a la inmediatez o mediatez de la afectación del bien jurídico, existe un reproche social más intenso frente al delito que afecta un bien individual (como la propiedad) que a uno que afecte un interés colectivo (como la competencia), sin embargo es preciso poder manifestar que el sistema penal debe ser coherente y tener sanciones equivalentes. En consecuencia, el órgano persecutor estatal debe perseguir tanto al que hurta en un supermercado como quien dentro de ese supermercado comete un acto corrupto. Si no se produce lo anterior, el sistema penal pierde legitimidad por existir desigualdad de trato.

**Cuarta.** La sociedad evoluciona y cambian sus valoraciones. En la actualidad existen peligros socialmente no tolerados que afectan intereses colectivos esenciales para la convivencia, uno de ellos es la criminalidad dentro del mercado. De esta manera, se hace necesario garantizar que aquellas formas de delinquir en materia económica no queden bajo el manto de la impunidad, conforme a criterios objetivos que realmente permitan sancionar estas conductas

reprochables. Ante esto, quien escribe cree que la leal competencia es un bien jurídico que debe ser objeto de protección por el ordenamiento punitivo cuando se cumpla con los requisitos de merecimiento y necesidad de pena. Así se resguardan los intereses de los mismos competidores y el de los consumidores, quienes son en última instancia los afectados por este tipo de delitos.

**Quinta.** Existe en derecho comparado una heterogeneidad de modelos de incriminación para el delito de corrupción privada. El modelo de leal competencia ha sido el pretendido por el legislador nacional, sin perjuicio del efímero y poco ahondado debate en la discusión parlamentaria en cuanto al bien jurídico tutelado por el delito en comento. Si bien adherimos a la decisión, toda vez que este autor considera que es el modelo más idóneo para este tipo de delitos, en virtud del contexto en el cual ocurre el comportamiento (seno del mercado) y en atención al carácter colectivo del interés a tutelar, creemos que la forma de abordar un tema sumamente importante, por todas las implicancias que tiene determinar un bien jurídico u otro, no fue la adecuada.

**Sexta.** Nuestro ordenamiento incorporó el delito de corrupción privada pasiva, contenido en el artículo 287 bis del Código Penal, mediante la reforma de este cuerpo legal a través de la Ley N° 21.121, de fecha 20 de noviembre de 2018.

A nuestro juicio, si bien el legislador intentó plasmar la idea de una defensa de la leal competencia como bien jurídico, su técnica legislativa aplicada al tipo penal fue imperfecta y al estudiar la figura en comento quedó en evidencia que tal finalidad se desdibujó. No se desdibujó en el sentido de ser otro el interés tutelado en definitiva, sino que lo hizo en desmedro de la real y efectiva tutela que debiese abarcar un precepto penal ajustado a criterios de lesividad y proporcionalidad. El tipo no logra entregar una respuesta convincente del ordenamiento punitivo en contra de las formas de agresión iguales o más dañosas que afectan el bien jurídico, dado que la exclusión de sujetos del elenco de autores y el número cerrado de conductas que hacen punibles actos corruptos, impiden una aplicación del tipo penal coherente con su finalidad. Lo anteriormente descrito es sin duda problemático, dado que puede traer consecuencias prácticas importantes: atipicidad de diversos comportamientos corruptos y difícil o nula aplicación del precepto.

A raíz de lo anterior, quien escribe es partidario de que el tipo en estudio puede mejorarse a través de una técnica legislativa más óptima y prolija, si, por una parte, incluye como autores a ciertos sujetos, es decir, quienes tienen realmente el poder decisorio dentro de las entidades empresariales, en atención a sus posiciones y facultades y de este modo llevar la tutela del bien jurídico hasta las últimas consecuencias (completamente acorde a un principio de proporcionalidad). Por otra, también es susceptible de mejorar si el tipo abarca conductas dañosas que hoy quedan excluidas, para esto debe utilizar una expresión más amplia que no limite el espacio o escenario para cometer el acto corrupto.

De esta manera, no sólo se tutela de forma efectiva el bien jurídico, sino que elimina las contradicciones que surgen dentro del ordenamiento, como aplicación de sanciones civiles a quienes el tipo debería castigar, mientras que castiga a otros en igualdad de circunstancias. También puede salvaguardar los no pocos problemas que se pueden producir respecto de la aplicación o, más bien, de la inaplicabilidad de la Ley N° 20.393 en determinados casos.

Queda de manifiesto que no basta dejar en claro en el mensaje del proyecto de ley qué se busca resguardar y combatir, sino que esto se debe reflejar en el tipo penal, que será lo aplicable en definitiva.

**Séptima.** Necesario es hacer presente que mediante estas figuras delictivas no se pretende una utilización simbólica del derecho penal, efectivamente estos tipos deben recoger principios de lesividad y exclusiva protección de bienes jurídicos, de modo que los tipos penales revistan el carácter tal de gravosidad necesaria para fundamentar la intervención penal.

**Octava.** Es preciso y coherente considerar la normativa extrapenal que le da la naturaleza a este delito, pues no se puede prescindir de aquella, dado que estos elementos vienen de las normas que regulan la libre competencia. Lo anterior, en esencia puede aportar los criterios interpretativos para determinar las conductas que entrarán en el ámbito que es necesario sancionar para ser más precisos a la hora de delimitar el sentido y alcance de las disposiciones.

En efecto, se requiere de una mayor antijuricidad material de la conducta para ir consecuentemente de la mano con principios como el de proporcionalidad e intervención mínima que debe garantizar el Estado de Derecho.

**Novena.** Es ineludible la notable semejanza entre el tipo penal de corrupción privada y el cohecho de empleado público tienen, inclusive la equivalencia en la escala de pena aplicable a quien comete el delito. No es descabellado pensar que en un futuro se puede dar un tratamiento indistinto de la corrupción, con independencia del contexto en el cual se presente, sin embargo, por ahora, creemos que el bien jurídico tutelado por ambos no es equivalente en una escala valórica perceptiva, ya que a la administración pública se le exige un estándar mayor en imparcialidad y además le son exigibles deberes de probidad y transparencia, cuestión todavía lejos de lo requerido al mundo de los negocios.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

ARTAZA, Osvaldo. “La utilidad del concepto de corrupción de cara a la delimitación de la conducta típica en el delito de cohecho”. Polít. crim. Vol. 11, N° 21 (2016).

AMBOS, Kai. “Bien jurídico y Harm Principle: Bases Teóricas para determinar la función global del derecho penal internacional” UNED. Revista de Derecho Penal y Criminología (2013).

BACIGALUPO, Enrique. “Concepto de bien jurídico y límites del Derecho Penal”, en Teoría y práctica del Derecho Penal. Tomo I, Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset y Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires (2009)

BACIGALUPO, Enrique. “Sobre la reforma de delitos de funcionarios”, Documentación jurídica, (1983).

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y BCIGALUPO SAGGESE, Silvina. “Derecho penal económico” editorial universitaria ramón Ereces (2010).

BERNAL DEL CASTILLO, Jesús. “Los delitos de soborno en el Derecho penal español y británico”. Cuadernos de política criminal, ISSN 0210-4059, N° 116 (2015).

BOLEA BARDON, Carolina. “El delito de corrupción privada: Bien jurídico, estructura típica e intervinientes”, Indret: Revista para el Análisis del Derecho, ISSN-e 1698-739X, N°. 2 (2013).

CABEZAS CABEZAS, Carlos. “El principio de ofensividad y su relación con los delitos de peligro abstracto en la experiencia italiana y chilena. Un breve estudio comparado”. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte. (2013).

CARO CORIA, Dino. “Sociedades de riesgo y bienes jurídicos colectivos”, Imputación objetiva, delitos sexuales y reforma penal, México, Unam. (2002)

CASAS BARQUERO, Enrique. “Observaciones técnico-jurídicas sobre la incriminación del cohecho en el Código Penal Español”, Revista Documentación Jurídica. (1978).

CASTILLO ALVA, José Luis. “Principios del Derecho Penal, Parte General” 1º Edición, Gaceta Jurídica. (2004).

CASTRO MORENO Abraham. “Corrupción entre particulares” memento practico Francis Lefebre. Penal económico y de la empresa, ISBN 9788415056430. (2011).

CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo y RAMÍREZ BARBOSA, Paula Andrea. “Derecho penal económico, parte general. Grupo Editorial Ibañez, (2010).

CURY URZÚA, Enrique. “Derecho Penal- Parte General- Tomo I”. Editorial Jurídica de Chile (1992).

DÍEZ RIPOLLES, José Luis. “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado” Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. ISSN 1695-0194 (2005).

DUNCKER BIGGS, Federico; “Derecho Internacional Privado”, Santiago (1967).

ETCHEBERRY Alfredo. “Derecho Penal, Parte Especial” Tomo IV, Editorial Jurídica de Chile (1997).

FARALDO CABANA, Patricia. “Hacia un delito de corrupción en el sector privado”, Estudios penales y criminológicos, ISSN 1137-7550. (2001)

FERNÁNDEZ, Gonzalo. “Bien jurídico y sistema del delito. (2004).

FERNANDEZ CASTEJÓN, Elena. “Corrupción en los negocios: “El favorecimiento indebido como elemento nuclear del nuevo artículo 286 bis tras la reforma de 2015”, Cuadernos de Política Criminal, n° 117 (2015).

FOFFANI, Luigi. “La corrupción en el sector privado: la experiencia italiana y del derecho comparado”. Revista penal, ISSN 1138-9168, N° 12 (2003).

GARRIDO MONTT, Mario. “Derecho Penal- Parte General- Tomo I”. Editorial Jurídica de Chile (2003).

GIL NOBAJAS, María Soledad. “El delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis): Análisis de la responsabilidad penal del titular de la empresa, el administrador de hecho y la persona jurídica en un modelo puro de competencia”, Estudios penales y criminológicos, ISSN 1137-7550, N°35, (2015)

GILI PASCUAL, Antoni. “Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada: contribución al análisis del nuevo art. 286 bis del Código Penal según el Proyecto de reforma de 2006” Revista de derecho penal y criminología, ISSN 1132-9955, N° 19, (2007).

GILI PASCUAL, Antoni. “Pago de comisiones en el ámbito de los negocios y Kick-Backs: Entre la administración desleal, la apropiación indebida y la corrupción entre particulares”, Cuadernos de Política Criminal, N° 109 (2013).

HEFENDEHL, Roland. “¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros? Revista electrónica de ciencia penal y criminología. (2002).

HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile, Política Criminal ISSN 0718-3399, Vol. 5, N°9 (2010).

HORMAZÁBAL MALAARÉ, Hernán. “Consideraciones en torno a la incriminación de conductas lesivas de la competencia”, *Revista Técnico Laboral*, n° 15, vol. V (1983).

JAKOBS, Günther. “¿Qué protege el Derecho penal: Bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”. *Ediciones Jurídicas Cuyo* (2002).

JAQUES, H., *Die Bestechungstatbestände unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses der §§ 331 ff. StGB zu §12UWG*. Peter Lang, Frankfurt a. M.-Berlin-Bern-New York-Paris-Wien, (1996).

KINDHÄUSER, Urs. “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán”. *Polít. crim.*, Núm. 3. (2007).

LUZÓN PEÑA, Diego. “La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T.XLVI, fasc. I. Madrid, Ministerio de Justicia. (1993).

MATUS, Jean Pierre, *Historia de la Ley 20.393*, Biblioteca del Congreso Nacional, Informe Comisión Constitución, Boletín N° 6423-07, (2009).

MENDOZA BUERGO, Blanca. “El nuevo delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis del CP)” . en DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., (dir.), *Estudios sobre las Reformas del Código Penal (operadas por la LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, Madrid (2011).

NÁQUIRA, Jaime. “Principios y penas en el derecho penal chileno” *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* ISSN 1695-0194 (2008).

NAVARRO FRÍAS Irene y MELERO BOSCH Lourdes, “corrupción entre particulares y tutela del mercado”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, ISSN-e 1698-739X, N°. 4, (2011).

NIETO MARTÍN, Adán. “La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado” *Revista Penal*, ISSN 1138-9168, N°10, (2002).

POLITOFF Sergio, MATUS Jean Pierre, RAMÍREZ Cecilia. “Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial”, *Editorial Jurídica de las Américas* (2009).

OLAIZOLA Inés. “El delito de Cohecho”, *Editorial Tirant Lo Blanch* (1999).

OLIVER, Guillermo. “Aproximación al Delito de Cohecho”, *Revista de Estudios de la justicia*, N°5, (2004).

ORLANSKI, L.T. “La defensa de la Competencia desde el Derecho Público: Su diseño institucional, su interacción con otras formas de intervención estatal en la economía y procedimiento aplicable” Competencia y Regulación (2006).

OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. “La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los Instrumentos de Técnica Legislativa.” Editorial Jurídica de Chile. (2011).

OTERO GONZALEZ, Pilar. “Corrupción entre particulares (Delito de de)”, Eunuomia. Revista en cultura de la legalidad, ISSN 2253 6655 (2012).

RODRIGUEZ COLLAO, Luis. OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. “Delitos contra la función pública” Editorial Jurídica de Chile. (2011)

RODRIGUEZ PUERTA, María José. “El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios” Editorial Aranzadi. (1999).

ROXIN, Claus. “El concepto de bien jurídico como instrumento de critica legislativa sometido a examen”, Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. ISSN 1695-0194, (2013)

SANDOVAL LOPEZ, Ricardo, “Derecho Comercial”. Tomo I. Volumen 2, ISBN: 9561020386. (2010)

SANTANA VEGA, Dulce María. “El delito corporativo de incumplimiento en la prevención de sobornos (Bribery act 2010)” Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Artículos ISSN 1695-0194. (2015).

SILVA SÁNCHEZ, Jesús- María. “La expansión del derecho penal – Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”, Civitas (2001).

SZCZARANSKI CERDA, Clara, Un asunto criminal contemporáneo. Rol de las empresas, responsabilidad penal de las personas jurídicas y corrupción, Editorial Jurídica de Chile (2011),

TIEDEMANN, K., Wirtschaftsstrafrecht. Besonderer Teil mit wichtigen Rechtstexten, 3ª edición, (2011).

VAN WEEZEL, Alex, Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas, Política criminal ISSN 0718-3399, Vol. 5, N°9 (2010).

VENTURA PÜSCHEL, Arturo, “Corrupción entre particulares”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Directores), Comentarios a la Reforma Penal de 2010, Tirant lo Blanch, Valencia, (2010).

