



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO



TESINA DE LA CARRERA DE DERECHO:

SOBRE EL NUEVO DELITO DE CORRUPCION ENTRE PARTICULARES

ANÁLISIS DEL PROYECTO DE LEY QUE TIPIFICA EN CHILE EL
DELITO DE CORRUPCION ENTRE PARTICULARES.

Autor : Javier Peña Allende
Profesor guía : Andrés Benavides Schiller.

Octubre del 2016

Tabla de contenidos.

Resumen.	4
Introducción.	4
I. La corrupción como fenómeno.	
1. Definición de corrupción.	7
2. Características de la corrupción.	9
3. Clasificación de la corrupción.	10
II. Delito de corrupción entre particulares.	
1. Aspectos generales.	12
2. Regulación del delito de corrupción entre particulares.	13
2.1 Antecedentes en el Derecho Internacional.	13
2.2 El delito de corrupción entre particulares en España.	17
2.2.1 Antecedentes y Reforma al código penal español.	17
2.2.2 Tipificación del delito.	18
2.2.3 Problemas que apareja la tipificación.	21
2.3 El delito de corrupción entre particulares en el ordenamiento alemán.	21
3. Problemas que apareja el delito de corrupción entre particulares.	23
3.1 Bien jurídico protegido.	23
3.1.1 La competencia leal y justa como bien jurídico protegido.	23
3.1.2 Perspectiva patrimonial mediante las figuras de administración desleal.	28
3.1.3 Posición intermedia: La competencia y la administración desleal como bien jurídico protegido.	30
3.1.4 Deber de fidelidad del trabajador.	31
3.2 Sujetos activos de este delito.	32
III. Análisis del proyecto de Ley que tipifica el delito de corrupción entre particulares en el Derecho Penal Chileno.	
1. Antecedentes generales.	36
2. Análisis del proyecto de Ley.	38

2.1	Antecedentes generales.	38
2.2	Objetivos del proyecto.	38
2.3	Contenido del proyecto.	39
2.4	El proyecto de Ley.	
3.	Discusión del proyecto de Ley.	40
4.	Consideraciones finales respecto al proyecto de Ley.	42
4.1	Respecto del bien jurídico protegido.	42
4.2	Respecto de los sujetos activos.	43
4.3	Respecto del beneficio económico.	44
4.4	Relación con el delito de administración desleal y colusión de precios.	44
	Conclusiones	47
	Bibliografía	48

Resumen.

La lucha contra la corrupción ha abandonado únicamente el sector público, para pasar a otras áreas de la sociedad. Así en diversas legislaciones, principalmente europeas, ha surgido el delito de corrupción entre particulares, que sanciona una especie de cohecho entre empresas privadas.

Al ser un delito relativamente reciente, algunas cuestiones no han quedado completamente zanjadas por la doctrina, existiendo disparidad en cuanto a la determinación del bien jurídico protegido, sujetos activos del delito, entre otros aspectos.

Nuestro país ha tomado la iniciativa en cuanto a legislar un delito de corrupción entre particulares, por lo que se hace necesario tomar una posición en las cuestiones más controvertidas de este delito, para de esa manera analizar críticamente el proyecto de Ley y así poder entregar propuestas de Ley Ferenda en torno a nuestras consideraciones.

Palabras claves: Corrupción, particulares, cohecho, competencia, libre mercado.

Introducción

La corrupción no es un fenómeno nuevo. No es un fenómeno propio de nuestra época, ni mucho menos es una característica de un sistema económico o político en particular. Esta ha sido un problema del cual se tiene conocimiento desde hace mucho. Incluso en la antigüedad ya se encuentran referencias a conductas corruptas, por ejemplo en Roma y Grecia.

No obstante esto, en las últimas décadas los casos de corrupción ya han dejado aquel velo que muchas veces los resguardaba en el más completo secreto. En la actualidad, es muy difícil que un acto corrupto no sea revelado, siendo cada vez más conocidos los escándalos que involucran a este tipo de conductas. Junto con eso, la sociedad está fiscalizando cada vez más, condenando con el mayor reproche actuaciones que puedan considerarse corruptas.

Sin embargo, el interés por el estudio de la corrupción siempre se ha relacionado al ámbito público. Así, se han realizado un número importante de investigaciones, estudios, escritos, desde diversas disciplinas, respecto de actos corruptos realizados por funcionario públicos en el ejercicio de la administración pública.

Esto también ha sido así en el ámbito del derecho. Diversas áreas de esta disciplina se han preocupado por caracterizar el fenómeno corrupto, pero su principal atención se ha enfocado en aquella que afecta a la administración pública. Lo que también se reproduce en el ámbito del derecho penal. Para muestra un botón: Nuestro código penal, que data del año 1874 ya contemplaba en el artículo 240 el delito de cohecho, figura principal de lo que se conoce como corrupción; pero sólo era sancionada cuando era cometido por un empleado público en el ejercicio de su cargo.

Así también, los principales tratados internacionales en la lucha contra la corrupción siempre tuvieron como foco de ataque aquellas conductas que se realizaban en torno a la administración pública y por aquellos que eran considerados empleados públicos.

Todo lo anterior se justifica porque cuando se realiza un acto corrupto por aquel que representa una función pública, no se genera un perjuicio particular, sino que lo que se afecta es un bien general, como lo es la correcta administración pública y por sobre todo la confianza que los ciudadanos tienen en sus instituciones.

Con todo, en el último tiempo, ha comenzado a llamar la atención de la sociedad aquellos actos corruptos que afectan al sector privado, cuyos intereses involucrados históricamente han sido considerados particulares. Por ejemplo, aquella empresa que paga una suma de dinero a otra empresa para que la prefiera a esta, antes que a sus competidores, en la contratación. Actuaciones como esta constituyen la denominada “corrupción entre particulares” o “corrupción en el sector privado”. Es tanto el revuelo que han causado estos actos, que se ha comenzado a utilizar el Derecho Penal para hacerles frente.

Cabe decir que el tratamiento de la corrupción entre particulares es bastante reciente. La Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, celebrada recién el año 2003 en Nueva York, fue el primer instrumento internacional a nivel mundial que recomendó a los Estados partes tipificar este delito.

En el mundo, son relativamente pocos los países que ha tipificado esta figura, destacándose principalmente el continente europeo, en donde tanto la Unión Europea como países tales como España, Alemania, Francia, entre otros, ya reconocen esta figura en sus ordenamientos penales. Hoy en día, Chile se quiere sumar a esta lista. En nuestro congreso

descansa un proyecto de Ley que busca tipificar en el código penal la figura de corrupción entre particulares.

Pero lo novedoso de esta figura trae consigo una serie de discusiones importantes. Y es que no ha estado exento de diferencias el tratamiento de este nuevo delito.

¿Cuál es el bien jurídico protegido? ¿Se considera al titular de la empresa como sujeto activo de este delito? Son algunas de las interrogantes que más discusión ha traído la configuración de este tipo penal.

En este trabajo se analizará el delito de corrupción entre particulares, partiendo por una definición general del problema, para luego ahondar en las distintas interrogantes que este delito plantea.

Finalmente, analizaremos el proyecto de Ley que tipifica en nuestra legislación la corrupción entre particulares, dando cuenta de nuestra postura frente a las interrogantes más importantes, señalando que lo que busca proteger este delito es la competencia leal y justa, y que por lo tanto, el titular de la empresa podría ser sujeto activo de este delito.

I. La corrupción como fenómeno.

1. Definición de corrupción.

La corrupción ha sido ampliamente tratada en el ámbito de las ciencias sociales. Dicho tratamiento ha ido en crecimiento en las últimas décadas, lo que va de la mano con los numerosos casos de corrupción que han salido a la luz pública en todo el mundo. En cuanto al Derecho Penal, el tema ha tomado importancia, con la irrupción de numerosas figuras y tipos penales que se preocupan de castigar actividades de corruptela, tales como cohecho, tráfico de influencias, exacciones ilegales, entre otros.

El objetivo de este trabajo no es analizar a fondo el fenómeno de la corrupción, dada la vasta bibliografía que se ha escrito al respecto¹. No obstante, creemos necesario señalar algunas consideraciones para el tratamiento del tema que nos convoca en este trabajo.

En primer lugar cabe definir brevemente el concepto de corrupción. Sin embargo, esta labor no es fácil. Desde el punto de vista etimológico, la palabra corrupción proviene del latín *corruptio*, la cual proviene de locución *corrumpere*., formado por el prefijo *con*, que significa juntos y la raíz del verbo *rumpere*, que significa romper o quebrar. Según Rodríguez Collao “De acuerdo con sus antecedentes etimológicos, entonces, la palabra corrupción expresa la idea de un acto que altera el estado de las cosas mediante la complicidad o la actuación conjunta de dos o más individuos.” (2004, p. 341). No obstante esto, los significados que en nuestro lenguaje se le han dado a la palabra corrupción son variados, como lo demuestra la Real Academia Española, que presenta cinco significados diversos para dicho concepto.²

Junto con esto, se hace presente la dificultad de definir el concepto de corrupción, cuando esta no da cuenta de solo una especie de actividad, sino que cada vez abarca una serie de acciones distintas. Así si en un primer momento se asimilaba la corrupción con el cohecho en la actualidad sobrepasa dicha asimilación. A este respecto Rodríguez Collao señala que “las obras

¹ Con respecto al fenómeno de la corrupción, consultar “Rodríguez Collao, Luis y Ossandon Widow, María (2008): “Delitos contra la función pública”, 2da edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago

² 1. f. Acción y efecto de corromper o corromperse.

2. f. Alteración o vicio en un libro o escrito.

3. f. Vicio o abuso introducido en las cosas no materiales. Corrupción de costumbres, de voces.

4. f. En las organizaciones, especialmente en las públicas, práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores.

5. f. desus. diarrea.

especializadas de lexicografía jurídica tienden a incorporar otras acepciones que dan cabida a un número cada vez mayor de conductas, superando ampliamente la clásica asimilación entre corrupción y cohecho” (2004, p. 342).

Finalmente, otra de las grandes dificultades en la determinación conceptual del fenómeno de la corrupción es su amplio tratamiento por diversas ciencias sociales, como la sociología, la economía, el derecho, entre otras; lo que lleva a distintas conceptualizaciones dependiendo del método de estudio aplicado por la respectiva ciencia social y también por los objetivos que busque. Así como señala Rodríguez Collao “no debemos olvidar que el tema de la corrupción ha sido objeto de investigación y análisis desde varias perspectivas disciplinarias, particularmente, en los campos del derecho, la sociología, la ciencia política y la economía, cada una de las cuales aplica su propia metodología y orienta el trabajo científico hacia sus fines particulares, lo que conlleva una muy entendible diversificación del sentido que cada disciplina –e incluso a nivel de los diversos enfoques existentes al interior de las mismas– atribuyen al fenómeno de la corrupción” (2004, p. 341).

No obstante dichas dificultades, sólo para efectos de este trabajo, en que trataremos la corrupción entre particulares, nos quedaremos con que el fenómeno de la corrupción corresponde a aquella conducta en donde un individuo consigue una ventaja indebida de parte de un tercero, por realizar una conducta ilícita que signifique un incumplimiento de obligaciones, en favor de quien otorga dicha ventaja. Cabe señalar que si bien se trata de una actuación ilícita por parte de quien recibe la ventaja indebida; en virtud del carácter de *última ratio* del derecho penal, sólo aquellas conductas más intolerables serán objeto de tutela de este sector del ordenamiento jurídico; existiendo así sanciones de diversas índoles para este fenómeno –como podría ser sanciones civiles o de aquellas que sanciona el tribunal de la libre competencia, por ejemplo-.

Además, nuestra definición se acerca mucho al concepto de cohecho; esto porque el tipo penal que analizaremos en este trabajo, esto es, el delito de corrupción entre particulares, se regula de una forma muy parecida al delito de cohecho. En efecto, Navarro Frías y Melero Bosch

señalan que “con la tipificación de la corrupción entre particulares el legislador sanciona conductas que podrían calificarse de cohecho en el ámbito privado”.³

2. Características de la corrupción.

La corrupción es un fenómeno que afecta amplios aspectos de la sociedad. En efecto, en un primer momento se entendía a la corrupción como un fenómeno que afectaba a las instituciones públicas. Posteriormente se amplió el concepto de corrupción, aceptando la posibilidad de comisión de actos de corruptela en los negocios privados o en el mercado, apareciendo así en numerosos códigos penales-principalmente de Europa- un delito de cohecho o corrupción entre particulares⁴. En el último tiempo, además, han aparecido otras figuras delictivas vinculadas a la corrupción, que afectan otros aspectos de la vida social, como por ejemplo el deporte. Así, en España, una nueva figura controvertida ha tomado fuerza: la corrupción en el deporte. En ese sentido Kindäuser señala “Que los casos descritos se extiendan desde el deporte pasando por la economía hasta la Administración estatal, muestra que la problemática de la corrupción abarca todos los ámbitos de la vida social” (2007, p. 2).⁵

A este aspecto transversal de la corrupción en distintos ámbitos de la sociedad, se le suma a que este fenómeno no es propio de nuestra época, como podría entenderse por la enorme cantidad de casos de corrupción que en las últimas décadas han salido a la luz pública. No obstante, gran parte de los autores están de acuerdo en que es un fenómeno conocido a lo largo de toda la historia. En ese sentido, Rodríguez Collao y Ossandón Widow señalan que “hay consenso en que la corrupción no es un fenómeno característico de nuestro tiempo o desconocido en otras épocas. El efecto corruptor del dinero, del poder y del afán de prestigio es un hito constante a lo largo de la historia de la humanidad (...)” (2008, p. 17).⁶

³ El legislador español, como señalan estas autoras, en la Exposición de Motivos de la LO 5/2010 establece expresamente la comparación entre el delito de corrupción entre particulares y el delito de cohecho.

⁴ Importante fue en este fenómeno los numerosos esfuerzos internacionales, o principalmente europeos, en la lucha contra la corrupción. Podemos nombrar así algunos instrumentos normativos como la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción (celebrada en Nueva York el año 2003), el Convenio del Consejo de Europa sobre corrupción (1998) y la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo de Europa (2003).

⁵ El objetivo de este trabajo, no obstante, es analizar solamente el fenómeno de la corrupción privada o entre particulares.

⁶ No obstante estas características, los autores señalan que la gran aparición de casos de corrupción en la última década ha provocado un mayor interés y preocupación por dicho fenómeno, generando la respuesta de las ciencias sociales convirtiéndolo en uno de los temas de mayor estudio en el último tiempo. (Rodríguez Collao & Ossandón Widow, 2008, pp. 19-20)

Junto con eso, el fenómeno de la corrupción no es algo propio de un sistema económico o forma de gobierno. En efecto, podría pensarse que la corrupción es propio de un sistema de libre mercado como en el que nos encontramos inmersos. Pero la opinión que prevalece es que “los actos de corrupción ocurren indistintamente, en países pobres y en países industrializados; en democracia y bajo dictaduras militares; en todos los niveles de desarrollo y en todo los tipos o sistemas económicos, desde las economías abiertas hasta las economías con planificación central” (Rodríguez Collao & Ossandón Widow, 2008, p. 18)

Existen otras características del fenómeno de la corrupción que han sido producto del estudio pormenorizado que han hecho las ciencias sociales de este; sin embargo el análisis de estas escapa a los objetivos del trabajo⁷.

3. Clasificación de la corrupción.

Existen diversas clases de corrupción que la doctrina ha construido en base a distintos criterios. Para efectos de este trabajo nos interesa una clasificación: la que distingue entre corrupción pública y corrupción privada.

A lo largo de la historia la corrupción se ha identificado como una desviación que ocurre en el sector público o que realizan aquellas personas que pertenecen o son partes de una institución del sistema público. En efecto, las principales reacciones jurídicas tanto a nivel de ordenamientos jurídicos nacionales como a nivel de derecho internacional buscaban prevenir el fenómeno de la corrupción en la función pública. Así, estaban delitos como cohecho de funcionarios públicos, exacciones ilegales, entre otros tipos penales. Como señala Bolea Bordean “Bien es cierto que la determinación de los países por eliminar la corrupción se ha centrado tradicionalmente en el ámbito público. Ello se ha reflejado en los convenios internacionales sobre el tema que han mostrado una clara preocupación por garantizar el buen funcionamiento de la Administración tanto estatal como supranacional, eliminando la influencia del interés privado en el ejercicio de las funciones públicas.” (2013, p. 3)

⁷ Las características expuestas han sido consideradas como las más relevantes, no obstante existen otras como por ejemplo el consenso que existe en cuanto a los efectos nocivos de la corrupción en las esferas de la sociedad y la necesidad de su combate; que la corrupción no involucra sólo a una determinada parte del segmento social, sino que afecta a amplios sectores; o la existencia, en algunos países donde la corrupción se encuentra más arraigada, de un doble Estado, es decir, un Estado corrupto bajo el manto de un Estado en apariencias legal. Para mayor profundización consultar el capítulo uno y dos del libro Rodríguez Collao, Luis y Ossandón Widow, María (2008): “Delitos contra la función pública”, 2da edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago

Esta situación comenzó a variar en las últimas décadas. La preocupación por la corrupción ya no importaba sólo las actuaciones de funcionarios públicos o quienes detentan alguna posición en instituciones públicas; sino que comienza la preocupación por actos de corrupción en los negocios privados e incluso en aspectos de la vida social como por ejemplo la corrupción en el deporte. Ha tomado tanta fuerza el concepto de corrupción privada y su combate, que en diversas legislaciones y principalmente en el Derecho penal han creado mecanismos para hacer frente a este fenómeno, principalmente a través de la creación de nuevos tipos penales⁸. Así Bolea Bardon que “En la actualidad la corrupción se percibe por la opinión pública como una grave amenaza. De ahí que desde las últimas instituciones se intente enviar un mensaje inequívoco: la corrupción es un fenómeno que debe ser combatido, no sólo en el ámbito público, sino que también en las relaciones entre particulares.” (2013, p. 3)

De esta forma nace la más importante clasificación⁹ del fenómeno de la corrupción que distingue entre corrupción pública o en el sector público y corrupción privada o en el sector privado.

⁸ Un ejemplo claro es que en la legislación española se creó un tipo penal que sanciona la corrupción en los deportes. Artículo 268 bis .4 del Código penal Español.

⁹ A nuestro entender y para efectos de este trabajo.

II. Delito de corrupción entre privados.

1. Aspectos generales.

Como señalamos en el capítulo anterior, históricamente la corrupción se había entendido como un fenómeno que afectaba o era propia de la administración pública. Así, el funcionario público que acepta una ventaja indebida por realizar una actuación contraria a su deber, con miras a la satisfacción de su interés personal y no del interés de la sociedad, realiza un acto corrupto. Y el Derecho Penal reacciona ante estas actuaciones ilícitas¹⁰ tipificando una serie de delitos que intentan frenar esta desviación de la administración pública.

Sin perjuicio que la principal manifestación de la corrupción –y principal preocupación de los Estados también- siga siendo la corrupción en el sector público, en las últimas décadas ha comenzado a tomar fuerza la idea de que la corrupción no es privativa de ese sector, y que puede aparecer sus efectos nocivos en otros ámbitos de la vida social.

Con la consolidación del libre mercado como sistema económico imperante en el mundo, nació la necesidad de resguardar los principales aspectos de este. En efecto, parte importante del éxito de este sistema económica pasa por salvaguardarlo de los vicios más nocivos. Y un aspecto esencial a salvaguardar es la libre competencia. Y no sólo por lo que implica para los directos involucrados, como podrían ser los dueños de las empresas que participan del mercado, quienes pueden ver afectados sus intereses por prácticas contrarias a la libre competencia; sino porque también afecta al general de la población, quienes principalmente participan del mercado como consumidores.

Es aquí donde la corrupción aparece, en relaciones en que principalmente se ven involucrados particulares, como son los negocios, con sus implicancias negativas tal cual termita en la madera, afectando uno de los pilares de la economía de libre mercado como es la libre competencia; dejando atrás su clásica versión de elemento propio de la Administración Pública.

Es tal el efecto negativo que tiene sobre los negocios privados la corrupción, afectando intereses particulares –e incluso sociales, tomando en cuenta a los consumidores-, que el

¹⁰ E intolerables para el legislador, de manera que es necesaria la reacción penal, como revisamos anteriormente.

Derecho penal ha reaccionado frente a este fenómeno, primero a nivel internacional, como estudiaremos más adelante con instrumentos que el Derecho Internacional –principalmente Europeo- ha puesto para su combate; segundo a nivel de ordenamientos jurídicos, por medio de la tipificación del delito de corrupción entre particulares.

La tipificación de la corrupción entre particulares como delito, al ser relativamente nueva, importa una serie de aspectos donde existe gran discusión. En efecto, no existe consenso en cuál es el bien jurídico protegido por este delito –existiendo distintos ordenamientos que identifican un bien jurídico diverso-; también se discute quiénes –o quienes deben ser- los sujetos intervinientes de este delito; e incluso que tipos de conductas corresponden a actos corruptos según el tipo penal.

En las siguientes páginas analizaremos como se regula el delito de corrupción entre particulares en distintos ordenamientos jurídicos y a nivel internacional, para hacernos cargo de mejor manera de las principales discusiones respecto de este delito; para así poder entrar de mejor manera al análisis del proyecto de ley para tipificar un delito de estas características en nuestra legislación penal.

2. Regulación del delito de corrupción entre particulares.

2.1. Antecedentes en el Derecho Internacional.

Como señalamos en variadas oportunidades, la inquietud por el fenómeno de la corrupción creció en las últimas décadas, apareciendo así también la necesidad de su combate.

En ese sentido, en la década de los 90, aparecieron instrumentos internacionales cuya preocupación era la corrupción en la administración pública.

En cuanto a la corrupción en los negocios particulares o privados, esta ha sido objeto de varias iniciativas que ven la importancia de reducir sus efectos negativos en los mercados, principalmente nacionales, dado sus implicancias negativas tanto para la economía como para la sociedad en general.

En este capítulo estudiaremos las principales reacciones internacionales a este fenómeno: la convención de las Naciones Unidas contra la corrupción del año 2003 y la decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo de Europa, instrumentos que influenciaron la regulación del delito de corrupción entre particulares, principalmente entre los países de Europa.

i. La Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción.

Ya en su prefacio, La Convención de las Naciones Unidas –en adelante “La Convención”- da cuenta de la importancia que tiene la lucha contra la corrupción. Así señala que “La corrupción es una plaga insidiosa que tiene un amplio espectro de consecuencias corrosivas para la sociedad” (2004, p. 3)

En cuanto a las medidas que establece, La Convención señala que se introducen una serie de normas, medidas y reglamentos para reforzar los regímenes jurídicos en la lucha contra la corrupción. “En ella se pide que se adopten medidas preventivas y que se tipifiquen las formas de corrupción más frecuentes tanto en el sector público como en el privado”. (2004, p. 3).

Ya en su artículo 12, La Convención explícitamente sugiere a los Estados que suscriben, el adoptar medidas contra los actos de corrupción. Así, en el punto 1, señala la necesidad de que cada Estado adopte medidas para prevenir la corrupción en el sector privado; haciendo hincapié en prever sanciones civiles, administrativas o penales eficaces¹¹ (ONU, 2004, p. 14). Este punto es uno de los principales fundamentos en virtud de los cuales los Estados han adoptado en sus legislaciones penales delitos relacionados con la corrupción entre particulares.¹²

En los siguientes puntos se establecen medidas aplicables a las empresas privadas para prevenir actuaciones constitutivas de corrupción.

Pero es en el artículo 21 donde se establece una primera aproximación al delito de corrupción entre particulares, denominándose en esta Convención como “Soborno en el sector privado”. Allí se establece que los Estados Partes deben considerar tipificar como delito, cuando estas se cometan intencionalmente en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales, las siguientes actitudes:

“a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio

¹¹ Las que deben ser proporcionadas y disuasivas.

¹² Sin ir más lejos y como tendremos ocasión de revisar más adelante, uno de los antecedentes en los cuales se fundamenta el proyecto de ley que busca tipificar en nuestra legislación un delito de estas características, es el cumplir con los acuerdos internacionales que ha suscrito Chile, en este caso, La Convención.

indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar;

b) La solicitud o aceptación, en forma directa o indirecta, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar.” (2004, p. 20)

En este artículo se aprecia expresamente tanto la corrupción activa, que consiste en el ofrecimiento de un tercero a una persona que dirija una entidad privada de un beneficio indebido, y la corrupción pasiva, que consiste en la aceptación o solicitud del que dirige la entidad privada, del beneficio económico.

Interesante resulta destacar que para la Convención quien recibe el beneficio indebido en la corrupción activa es muy amplio, ya que se trata de una persona que dirija una entidad privada o cumpla cualquier función en ella. Lo mismo ocurre con el sujeto activo en la corrupción pasiva. Esto tendría como consecuencia que desde el directivo hasta un simple empleado podrían realizar el tipo penal –sin perjuicio de lo que se pueda decir del empresario-. Más adelante retomaremos este punto, que es controvertido en la doctrina.

ii. La decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo de Europa.

La principal aproximación al delito de corrupción entre particulares que sucedió en Europa¹³ es la decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo de Europa, en adelante la decisión Marco. Este instrumento normativo aplicable al continente europeo sirvió de base a la reforma del código penal español, en donde se tipificaba el delito de corrupción entre particulares.

En su preámbulo se señala que el avance de la mundialización de la economía convirtió al problema de la corrupción en un problema transnacional siendo más eficaz el combate en conjunto de la Unión Europea, razón que los lleva a la creación de un instrumento que los Estados Parte deben adoptar para mejorar el combate a la corrupción. Junto con esto, se señala los antecedentes que llevaron finalmente a la Decisión.

¹³ Quienes son los principales exponentes de este delito, debido a que muchos países de este continente han adoptado dicho tipo penal.

Cabe destacar lo que señala el preámbulo “Los Estados miembros conceden una importancia especial a la lucha contra la corrupción tanto en el sector público como en el privado, por estimar que en ambos sectores constituye una amenaza para el Estado de Derecho, al tiempo que distorsiona la competencia respecto de la adquisición de bienes o servicios comerciales e impide un desarrollo económico sólido.” (2003, p. 54) Aquí destaca que la Decisión considera que la corrupción distorsiona la competencia; lo que nos puede dar luces de cuál es el bien jurídico protegido por este delito, cuestión por ser conflictiva, abordaremos en un apartado especial, no obstante, es importante mencionar la postura del Consejo.

Ya en el cuerpo de la Decisión, en su artículo 2 denominado “Corrupción activa y pasiva en el sector privado”, se dan luces de las acciones que el Consejo de Europa, recomienda a los Estados Partes tipificar como delito de corrupción entre particulares:

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

b) Pedir o recibir, directamente o a través de un intermediario, una ventaja indebida de cualquier naturaleza, o aceptar la promesa de tal ventaja, para sí mismo o para un tercero, cuando se desempeñen funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado, a cambio de realizar o abstenerse de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones.” (2003, p. 55)

En los mismo términos que el Convenio, la Decisión establece un beneficiario, en la corrupción activa, y un sujeto activo, en la corrupción pasiva; muy amplio. En efecto, aunque en principio se hable de quien desempeñe funciones directivas, inmediatamente después se hace referencia a quienes desempeñan funciones laborales, ampliando el concepto.

Lo novedoso, y que es importante destacar, de la Decisión, es que esta establece distintas naturalezas de penas que los Estados Partes deberían asignar al momento de tipificar este delito. Así se señala, en el artículo 4 denominado “Sanciones penales y de otro tipo”:

“1. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para asegurar que los actos mencionados en los artículos 2 y 3 sean punibles con sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias.

2. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para asegurar que los actos mencionados en el artículo 2 sean punibles con sanciones privativas de libertad de una duración máxima de al menos de uno a tres años” (UE, 2003, p. 55)

Se señalan entonces, como recomendaciones, establecer sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias, al igual que el Convenio. Pero además, se recomienda adoptar medidas para sancionar los actos corruptos con penas privativas de libertad. Y no sólo eso, sino que el Consejo se aventura a establecer la duración de la privación de libertad, recomendándose una duración entre uno a tres años.

Finalmente cabe destacar que la Decisión recomienda una sanción más, que podría ser considerada accesoria, correspondiente a inhabilitar temporalmente a quien haya sido condenado por el delito de corrupción entre particulares mientras haya ocupado un puesto destacado en la empresa, de poder ejercer dicho puesto o uno similar, cuando existan motivos para que este realice nuevos actos de corrupción.

2.2 El delito de corrupción entre particulares en España.

2.2.1. Antecedentes y Reforma al Código Penal Español.

Relativamente nuevo es en el derecho penal español la figura de la corrupción entre particulares. Como hemos señalado reiteradas ocasiones, el fenómeno de la corrupción se asociaba únicamente al sector público o la administración pública. Inclusive, aun cuando España suscribió el tratado desde el 2006, no existía indicio alguno de dicha figura en el ordenamiento jurídico español. Como señala Adán Nieto, “Salvo error u omisión por mi parte, ni el legislador, ni la doctrina se han hecho eco de la obligación de incluir un delito de estas características. Es más, no resulta exagerado indicar que la voz corrupción privada resulte casi desconocida en el glosario de términos jurídico-penales españoles” (2002, p. 55)

El antecedente directo de la introducción de dicho delito en el código penal español es la decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo de Europa, que analizamos anteriormente. Dicho instrumento importa una estrategia supranacional para el combate del fenómeno de la corrupción entre particulares.

En efecto, la Ley Orgánica 5/2010 del 22 de junio del 2010, que modifica la Ley Orgánica 10/1995 del 23 de noviembre del 1995, esto es, el código penal español, establece que “Otros

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” (2010: p. 54818). Entonces, esta reforma viene a adecuar el ordenamiento penal español con miras a cumplir con la estrategia de combate de la corrupción entre privados que se estaba llevando a cabo a nivel de Consejo de Europa.

El fundamento para la inclusión de este novedoso delito lo señala la Exposición de Motivos de dicha ley que señala que “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. Porque con estos comportamientos, que exceden de la esfera de lo privado, se rompen las reglas de buen funcionamiento del mercado. La importancia del problema es grande si se repara en la repercusión que pueden tener las decisiones empresariales, no solo para sus protagonistas inmediatos, sino para otras muchas personas.” (2010: pp. 54818, 54819)

Posteriormente, mediante la LO 1/2015 de 30 de marzo del 2015, se modificó dicho artículo, quedando consignado bajo el título “De la corrupción en los negocios”.

2.2.2 Tipificación del delito.

La reforma al Código Penal Español estableció una nueva sección en el Capítulo XI del Título XIII del Libro II, la sección 4ª, que se titula “De la corrupción entre particulares”. Es tanta la influencia que comienza a tener la tipificación de este delito, que no sólo se crea un tipo penal determinado, sino que se establece un apartado específico en donde se trata esta materia.

En dicha sección, se establece como artículo único el artículo 286 bis, que establece lo siguiente:

“«1. Quien por sí o por persona interpuesta prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja.

2. Con las mismas penas será castigado el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados con el fin de favorecer frente a terceros a quien le otorga o del que espera el beneficio o ventaja, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales.

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

4. Lo dispuesto en este artículo será aplicable, en sus respectivos casos, a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como a los deportistas, árbitros o jueces, respecto de aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva profesionales.» (2010: pp. 54850, 54851)¹⁴

En este artículo, como podemos observar, se establecen las dos modalidades de ejecución de este delito, en el numeral primero la modalidad activa, que es cometida por aquel particular que promete, ofrece o concede un beneficio de cualquier naturaleza a los sujetos allí señalados; mientras que en el numeral segundo se establece la modalidad pasiva, que es la que cometen aquellos sujetos señalados que aceptan o soliciten dichos beneficios. El numeral tercero presenta un criterio de atenuación de la pena que queda al arbitrio del juez que conoce de la causa. Por su parte, el numeral cuarto excede los objetivos de este trabajo.¹⁵

El tipo penal precedente sufrió una última modificación, mediante la LO 1/2015. Entre las modificaciones que dicha ley realizó destaca el cambio de la denominación de la sección cuarta, pasando de llamarse “De la corrupción entre particulares” a denominarse “De la corrupción en los negocios”. Además, eliminó del tipo penal la mención al “incumplimiento de las obligaciones” que rezaba en el anterior artículo 286 bis, lo que significó un importante avance,

¹⁴ 2010 es la ley 5/2010

¹⁵ Este numeral establece otro novedoso delito del ordenamiento jurídico español: el delito de corrupción en los deportes.

principalmente en la discusión de cuál es el bien jurídico protegido por este delito, cuestión que abordaremos más adelante.

Actualmente, el artículo 286 bis del código penal español reza de la siguiente forma:

“Artículo 286 bis.

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 triple del valor del beneficio o ventaja.

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

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

4. Lo dispuesto en este artículo será aplicable, en sus respectivos casos, a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como a los deportistas, árbitros o jueces, respecto de aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva de especial relevancia económica o deportiva.

A estos efectos, se considerará competición deportiva de especial relevancia económica, aquella en la que la mayor parte de los participantes en la misma perciban cualquier tipo de retribución, compensación o ingreso económico por su participación en la actividad; y

competición deportiva de especial relevancia deportiva, la que sea calificada en el calendario deportivo anual aprobado por la federación deportiva correspondiente como competición oficial de la máxima categoría de la modalidad, especialidad, o disciplina de que se trate.

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

2.2.3. Problemas que apareja la tipificación.

La tipificación del delito de corrupción entre particulares está lejos de ser pacífica entre la doctrina española. En efecto, si bien significa un avance para la adecuación del ordenamiento jurídico español a los mandatos internacionales que emanan de los instrumentos suscritos por el Estado; el ser un delito nuevo ha llevado a la doctrina a problematizar ciertos aspectos en los que aún no hay acuerdo respecto de este tipo penal.

Entre las discusiones doctrinales más importantes se encuentra la determinación del bien jurídico protegido por este delito, debido a que existen diferentes modelos de protección que van desde la protección de las reglas de una competencia justa propia del libre mercado, hasta la protección patrimonial del empresario, pasando por una concepción laboralista de este delito, en el sentido de considerar bien jurídico protegido la lealtad que se debe al empresario por parte del trabajador.

Junto con esta discusión, se plantea también la de determinar los sujetos que pueden participar de este tipo penal, más precisamente si el empresario puede ser considerado como sujeto en las hipótesis de corrupción entre privados.

Estas problemáticas, por su importancia para este trabajo, las desarrollaremos en un apartado especial.

2.3 El delito de corrupción entre particulares en el ordenamiento alemán.

Otros ordenamientos jurídicos europeos han tipificado conductas de corrupción entre particulares en sus ordenamientos.

Alemania es uno de ellos. El código penal alemán en su capítulo 26, denominado “Delitos contra la competencia”, establece en su párrafo 299 el cohecho pasivo y activo en el tráfico comercial, de la siguiente manera:

“(1) Quien como empleado o encargado de un establecimiento comercial exija, permita que le prometan o acepte en el tráfico comercial una ventaja para sí o para un tercero como contraprestación para que prefiera a otro de manera desleal en la adquisición de mercancía o servicios comerciales, será castigado con pena privativa de la libertad hasta tres años o con multa.

(2) De igual manera será castigado quien en el tráfico comercial con fines de competencia ofrezca, prometa o conceda a un empleado o encargado de un establecimiento comercial una ventaja para éste o para un tercero como contraprestación para que prefiera a él u a otro de manera desleal en la adquisición de mercancía o servicios comerciales.” (2007, p. 17)

La legislación alemana ha decidido derechamente tipificar la corrupción entre particulares como un delito contra la competencia, lo que nos da luces de cuál es el bien jurídico protegido. Más adelante volveremos sobre este punto.

3. Problemas que apareja el delito de corrupción entre particulares.

3.1 Bien jurídico protegido.

Una de las discusiones más importantes que trae aparejada la aparición del tipo penal de corrupción entre particulares, dice relación con cuál es el bien jurídico que se busca darle protección. En efecto, la importancia de esta discusión radica principalmente en la poca claridad o la vaguedad con la que está tipificado este delito. Como señala Otero González “Para delimitar la vaguedad de los términos utilizados para conformar la conducta típica del art. 286 bis CP, ha de acudirse a la interpretación teleológica; es decir, han de relacionarse estas conductas con el bien jurídico protegido” (2012, p. 177)

La discusión se ha dado principalmente en la doctrina española, en donde esta disputa se ha desarrollado a partir de distintos modelos que se desprenden de los distintos instrumentos que se refieren a la corrupción entre particulares, de los motivos que llevaron al legislador español a reformar el Código Penal para tipificar como delito la corrupción entre particulares y de los modelos adoptados por otras legislaciones.

Para efectos de este trabajo, expondremos las principales corrientes y luego expresaremos la opinión que nos parece correcta.

3.1.1 La competencia leal y justa como bien jurídico protegido.

Una primera aproximación al problema del bien jurídico protegido por el delito tratado por este trabajo, está dado por la protección de la competencia leal y justa. Este es el modelo seguido, según la doctrina mayoritaria, por la legislación española en la reforma al código penal que incluyó este delito en ese ordenamiento jurídico; por el legislador alemán al sancionar las conductas correspondientes a corrupción entre particulares; y por el Consejo de Europa, en los instrumentos anteriormente estudiados.

En efecto, la doctrina mayoritaria en España, se decanta por señalar que el bien jurídico protegido en el nuevo delito de corrupción entre privados es la competencia leal y justa. Así lo establece Bolea Bardón, quien establece que “la doctrina mayoritaria en España sostiene que el bien jurídico protegido en el art. 286 bis CP es la leal competencia en la contratación de bienes y servicios como medio para asegurar el normal funcionamiento del mercado.” (2013, p. 10) En

el mismo sentido se encuentran Navarro Frías y Melero Bosch. (Navarro Frías & Melero Bosch, 2011, p. 5)

Quienes siguen esta doctrina utilizan principalmente un argumento de texto. El propio legislador español en la exposición de motivos de la LO 5/2010 establece como fundamento del delito de corrupción entre particulares, “la garantía de una competencia justa y honesta”. Inclusive, el capítulo XI en el que está subsumido el artículo 286 bis, se titula “De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al *mercado y a los consumidores*”¹⁶ Esta situación nos da luces de que efectivamente el bien jurídico protegido es la competencia leal propia de un sistema de libre mercado y no así otros bienes jurídicos como lo plantea otra parte de la doctrina.

Este argumento es recogido por la doctrina, señalando que “De este modo se entiende justificada su ubicación sistemática entre los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores (justo tras los delitos contra el mercado y los consumidores). Si la corrupción se define en términos generales como un fenómeno que altera el normal funcionamiento de las instituciones, la corrupción privada tiende a explicarse como aquella forma de corrupción que viene a alterar el normal funcionamiento de las relaciones comerciales”. (Bolea Bardón, 2013, p. 10)

En Alemania ocurre algo similar. La figura de corrupción privada se encuentra establecida en el capítulo 26 denominado “Delitos contra la competencia”. Esta situación nos da luces en cuanto a que el bien jurídico protegido por el delito de corrupción entre particulares, en la legislación alemana, responde sin lugar a dudas a un modelo de protección pura de la competencia.

Para quienes estiman que el bien jurídico protegido por este delito es la competencia, esta figura se configura como un delito de peligro abstracto, no siendo necesario una efectiva lesión a la competencia; bastando sólo su puesta en peligro.

Cabe hacer mención que dentro de quienes entienden que el bien jurídico protegido es la competencia, existen dos corrientes: quienes creen que el bien jurídico protegido es un modelo puro de competencia, en donde lo que se protege es la libre competencia como elemento esencial de la economía de mercado; y quienes consideran la existencia de un bien jurídico inmediato de

¹⁶ El destacado es nuestro.

carácter individual constituido por los intereses económicos de los empresarios competidores que se ven afectados por actuaciones corruptas y la existencia de un bien jurídico mediato, constituido por la competencia leal.

Entre quienes siguen la primera corriente se encuentra Gil Nobajas, quien señala que “En este trabajo se va a tomar postura a favor de concebir el bien jurídico protegido en la competencia leal o correcto funcionamiento del mercado en términos de igualdad de oportunidades de los competidores de los competidores a la hora de ofrecer, adquirir o contratar productos o servicios en el ámbito de las relaciones comerciales. La libre competencia se configura como un elemento esencial de la economía del mercado y, en consecuencia, implica lógicamente al desarrollo de estrategias que permitan desplazar los productor y/o servicios de los competidores directos. Pero no todo vale en esta lucha por la supervivencia, únicamente cuando se respeta las reglas del juego que garantizan el acceso al mercado para poder competir eficazmente”. (2015, p. 574)

Esta autora, para fundamentar su opinión, esboza tres argumentos en favor de la competencia leal como bien jurídico protegido por el delito de corrupción entre particulares: En primer lugar, un argumento de texto, ya que esta idea es defendida en la Decisión Marco de 22 de Julio de 2003 y en la exposición de motivos de la LO 5/2010, que ya analizamos anteriormente. En segundo lugar, señala que la mención al incumplimiento de las obligaciones a la que hacía el tipo penal, puede corresponder a un modelo puro de defensa de la competencia siempre que se interprete “en clave competencial”. En último lugar, hace mención a que la última reforma prescinde de este incumplimiento de las obligaciones como elemento del tipo, lo que reafirmaría la idea de que el bien jurídico protegido es la competencia leal. (Gil Nobajas, 2015, pp. 574, 575, 576) Respecto a estos dos puntos volveremos a propósito de las críticas a esta idea.

Respecto a los que siguen la idea de la existencia de un bien jurídico mediato e inmediato se encuentra Faraldo Cabana, quien señala que “se tutelan los intereses económicos 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 ya al ponerse en peligro abstracto el bien jurídico individual”. (2001, p. 72)

Agrega esta autora que “Por tanto, el orden económico en sentido amplio concebido como la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios, se configura como un bien jurídico mediato que se sitúa detrás del bien jurídico individual inmediatamente protegido, los intereses económicos legítimos de los empresarios competidores” (Faraldo Cabana, 2001, p. 73)

Por lo tanto, aun cuando reconocen la existencia de dos bienes jurídicos, uno de carácter individual e inmediato referente a los intereses económicos de los empresarios competidores afectados por el acto corrupto; y otro de carácter supraindividual y mediato constituido por la competencia leal; los que siguen esta teoría se enmarcan dentro de quienes ven a la competencia leal como bien jurídico protegido, porque la protección de los intereses económicos de los empresarios competidores se debe orientar a la protección de las reglas de la competencia leal. En efecto, como señala la misma autora, “Para asegurar la existencia de una competencia suficiente, libre y no falseada es preciso que la lucha concurrencial se desarrolle de acuerdo a ciertos principios, entre los que se destaca el principio de competencia por propio esfuerzo y no por interferencia en la actividad de otros competidores.” (Faraldo Cabana, 2001, p. 72)

Este modelo es criticado por quienes no creen que el bien jurídico protegido pueda ser la competencia leal, principalmente, por dos aspectos:

En primer lugar, se critica la amplitud que tendría dicho bien jurídico. En efecto, Bolea Bardón señala que “El problema de entender que en el delito de corrupción entre particulares lo que se protege es única y exclusivamente la libre y leal competencia es que gran parte de las relaciones comerciales que se producen a diario encajarían en el tipo porque afectan de un modo u otro a la competencia. La mera alusión a la competencia libre y justa no tiene la virtualidad de servir de guía de interpretación del tipo, ni permite una clara delimitación entre injusto penal e ilícito civil o mercantil.” (2013, pp. 11, 12)

Junto con eso agrega que “la afectación o vulneración de las reglas de la competencia no contiene por sí sola un grado de lesividad suficiente para legitimar la intervención penal” (Bolea Bardón, 2013, p. 12) Se hablaría entonces, de una especie de expansión del derecho penal, alejándose de su carácter de última ratio.

Con respecto a esto, creemos que esta crítica no es del todo aceptable, por cuanto existen mecanismos para limitar la amplitud del bien jurídico protegido. En efecto, la delimitación se

puede realizar, por ejemplo, excluyendo aquellas actuaciones que están aceptadas socialmente, como es el caso de un regalo a un directivo de una empresa importante por su cumpleaños, o guiándonos por el mismo bien jurídico protegido para calificar que actos constituyen corrupción entre particulares. Cabe recordar el carácter de última ratio del derecho penal que debe rodear la calificación de estos hechos. Como señala Pilar Otero González “Para delimitar la vaguedad de los términos utilizados para conformar la conducta típica en el tipo del art. 286 bis CP, ha de acudir a la interpretación teleológica; es decir: han de relacionarse estas conductas con el bien jurídico protegido, la competencia leal, lo que permite excluir de la sanción penal las conductas que no afectan a las reglas de la competencia por no existir competencia efectiva en un determinado contexto o por estar amparados por los usos sociales” (2012, p. 177) En este punto dicha autora nos da un ejemplo: el caso del cliente de una empresa al encargado para conseguir determinados servicios, como una mejor mesa en un restaurante o la reserva de habitaciones en un hotel o de localidades en un espectáculo. Estos ejemplos no podrían constituirse como casos de corrupción privada, por no existir competencia efectiva en este contexto.

En cuanto a la posible expansión del derecho penal, creemos que los hechos que constituyen corrupción entre particulares si tienen la suficiente lesividad para ser objeto de tutela por el derecho penal; principalmente en el sentido de que las normas establecidas en otras áreas del ordenamiento jurídico no tienen la suficiente eficacia para evitar la afectación a la competencia leal y por tanto al correcto funcionamiento del mercado, lo cual tiene efectos nocivos no sólo para los empresarios competidores, sino también para la sociedad entera. Como señala Otero González, “La segunda cuestión: ¿esta opción implica expansión del Derecho penal? Las propias exposiciones de Motivos de la Ley de competencia desleal y de la Ley de Defensa de la Competencia reconocen la ineficacia de las normas precedentes en este ámbito. Es decir, si las demás instancias jurisdiccionales se han mostrado insuficientes para atajar estas conductas colusorias, el Derecho penal tendrá, al menos, un valioso efecto preventivo que, sometido al principio de fragmentariedad, sancionará las conductas que distorsionen gravemente las condiciones de competencia del mercado, y siempre que no haya medios menos lesivos pero eficaces para solucionar estas prácticas” (2012, p. 180). Como se puede observar, en ningún caso se intenta incriminar penalmente toda actuación que sea constitutiva de lesión a la competencia leal, sino más bien que las herramientas que el derecho penal entrega sólo entrarían en juego de no ser posible sancionar y resguardar el correcto funcionamiento de la competencia mediante

otros medios menos lesivos, como podría ser las herramientas que entrega el derecho civil, o las mismas normas especiales que reglan el ámbito de la competencia.

En segundo lugar, se critica también la defensa de un modelo puro de competencia por la inclusión en el tipo penal de la frase “incumpliendo sus obligaciones”¹⁷. No obstante como mencionamos anteriormente, se puede interpretar el incumplimiento de las obligaciones en clave competencial, es decir, orientando su interpretación en torno a la competencia leal, lo que nos llevaría a concluir que aquellas obligaciones a las que se refiere el tipo penal, no son otras que las que se espera de aquellos sujetos que participan del mercado, es decir el respeto por aquellas reglas que velan por el correcto funcionamiento del mercado. Con todo, hay que recordar que la última reforma del tipo penal en la legislación española llevó a eliminar del tipo penal la referencia al incumplimiento de las obligaciones, lo que refuerza esta tesis.¹⁸

Finalmente, estas críticas, si bien creemos que no son totalmente correctas, dan luces de que la instauración de este delito en las legislaciones no ha sido totalmente pacífica. Si bien es entendible que la aplicación de un nuevo delito no puede estar exenta de imperfecciones, han de tomarse en cuenta para poder hacer más concreto este nuevo tipo penal.¹⁹

3.1.2 Perspectiva patrimonial mediante las figuras de administración desleal.

La segunda posición doctrinaria con mayor fuerza, respecto a la cuestión de cuál es el bien jurídico que protege la tipificación del delito de corrupción entre particulares, está dada por aquellos que creen que se deben proteger los intereses económicos del empresario afectado por la actuación de uno de sus empleados, a través de figuras de administración desleal.

En ese sentido Nieto Martín señala que “La aproximación al fenómeno de la corrupción privada no estaría completa si no se hiciera mención a una última perspectiva: la patrimonial. Los fondos que salen de una empresa para sobornar a un empleado público o privado suponen un menoscabo patrimonial desde el punto de vista económico que sólo si se admite como contraprestación económica la expectativa patrimonial que supone la promesa del funcionario

¹⁷ En el proyecto de ley que busca instaurar este delito en nuestro Código penal se refiere a “infracción de sus deberes u obligaciones”

¹⁸ Con todo, en nuestro país sigue aquella referencia en el proyecto de ley, lo que analizaremos en las páginas siguientes.

¹⁹ En ese sentido Gil Nobajas, María (2015): “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.” en “Estudios penales y criminológicos”, Volumen XXX, pp, 567 a 624.

público o privado pueden entenderse compensado. Igualmente, y desde el otro lado, en la empresa cuyo representante recibe el soborno, al menos existe un peligro de administración desleal por parte del administrador sobornado, que al encontrarse en una situación de conflicto de intereses, puede posponer la salvaguarda de los intereses patrimoniales de su sociedad.” (2002, p. 58) Es decir, se produciría un menoscabo patrimonial para el empresario, además de existir una deslealtad por parte del empleado, quien privilegia su posición aceptando el soborno, por sobre los intereses de la empresa.

Para quienes siguen esta posición, establecen que existen elementos que permiten deducir que el bien jurídico protegido son los intereses económicos del empresario afectado por la actuación de su empleado: en primer lugar, que el propio empresario haya sido excluido de los sujetos activos de dicho delito; y en segundo lugar, que en el tipo penal se haya incluido una referencia al incumplimiento de las obligaciones por parte del sujeto que realiza el acto corrupto. Así lo señala Gil Nobajas, quien asevera que “La manzana de la discordia en esta discusión ha sido, por un lado, el requisito típico en la versión del art. 268 bis dada por la LO 5/2010 de que el sujeto activo lleve a cabo la conducta típica “incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales”; deber de comportamiento leal que según los autores que defienden un modelo exclusivo o mixto de deslealtad sólo puede mediar entre el titular de la empresa y su dependiente. Y por otro lado, derivado de lo anterior, el hecho de que no se incluyera entre los sujetos activos de la modalidad pasiva del art. 286 bis al titular de la empresa, lo que reforzaría la tesis anterior.” (2015, pp. 573, 574)

No obstante, esta posición es criticada:

En efecto, respecto al incumplimiento de las obligaciones como parte del tipo penal, autores señalan que esto no necesariamente dice relación con las obligaciones que el sujeto activo tiene para con su empleador. Pensar de esa forma significaría, en primer lugar, una nula delimitación con el delito de administración desleal, que en España está tipificado de manera distinta del de corrupción entre privado²⁰; y segundo lugar, dejaría en la completa atipicidad,

²⁰ En la actualidad, el delito de administración desleal está ubicado en el capítulo correspondiente a las defraudaciones, rezando de la siguiente manera: Artículo 252.

1. Serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado.

aquellas conductas que no signifiquen un perjuicio patrimonial para el empresario, aun cuando signifique un grave atentado contra la libre competencia, lo cual nos parece incorrecto. Así lo señala Otero González quien afirma que “La lógica parecería indicar, a priori, que el tipo se refiere a las obligaciones que tales sujetos tienen con la entidad de la que son directivos, administradores, empleados o colaboradores; sin embargo, esta solución aboca una difícil, por no decir imposible, delimitación con las correspondientes conductas previstas en el delito de administración desleal (art. 295 CP), cuando se ocasiona con estas conductas un perjuicio patrimonial a la sociedad. Pero, frecuentemente sucede que “quien ofrece la ventaja para la consecución de un contrato, lo hace en beneficio de la propia empresa y en perjuicio de la competencia, de modo que ninguna obligación para con su propia empresa está incumpliendo”, lo que siguiendo este argumento, implicaría la atipicidad de estas conductas.” (2012, pp. 177, 178). Cabe hacer mención a la ubicación del delito de corrupción privada, en el capítulo “De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores”; lo que guardaría relación alguna con un delito que eventualmente protegería intereses patrimoniales del empresario.

Con respecto a la no inclusión de la figura del empresario como sujeto activo del delito de corrupción entre privados, no obstante desarrollaremos este tema de manera más extensa en los párrafos que siguen, cabe señalar que hay quienes consideran que esto se debe más que nada a un olvido por parte del legislador al momento de plasmar este nuevo tipo penal.

3.1.3 Posición intermedia: La competencia y la administración desleal como bien jurídico protegido.

Existe una posición doctrinaria intermedia entre la protección de la competencia y la protección de los intereses económicos del empresario que pudiesen verse afectados por una actuación desleal de sus administrados. Esta posición intermedia establece que lo que se intenta proteger “es la competencia *ad extra y ad intra*”, protegiendo el interés de los competidores en el mercado, quienes con una actuación corrupta pueden ser perjudicados prefiriendo una oferta menos atractiva, pero que vienen acompañadas de incentivos; pero también protegiendo el interés del propio empresario, que puede ser perjudicado al tomar la oferta que no constituye la más conveniente en el mercado. (Bolea Bardón, 2013, p. 13). Como señala Bolea Bardón “Lo

2. Si la cuantía del perjuicio patrimonial no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses.

que se protege en el delito de corrupción privada no es la competencia en sí misma, tal como se interpreta en Alemania, ni siquiera entendida como confianza en la existencia de una competencia leal (competencia en igualdad de condiciones). Tampoco se puede afirmar que el buen funcionamiento del mercado (estableciendo un paralelismo con el cohecho) es sin más el interés protegido en este delito. Más acertado resulta entender que la protección penal sólo opera (o debiera operar) cuando se altera el buen funcionamiento de las relaciones comerciales (afectación de la competencia) a través de la vulneración del deber (negativo) de no perjudicar el patrimonio de la empresa por parte del administrador, empleado o colaborador. Deber que se extiende al *extraneus* en la medida que favorece o induce al *intraneus* a infringir sus obligaciones “en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales” (2013, p. 14)

Con respecto a esta opinión, se hacen extensivas las críticas señaladas anteriormente, en cuanto a que el incumplimiento de las obligaciones a los que se refería el tipo penal, no implicaba un acto de deslealtad para con el empresario; sino más bien se debe interpretar en orden a entender que tal incumplimiento se refiere a aquellas normas extrapenales que regulan la competencia leal. A mayor abundamiento, el mismo ordenamiento jurídico español eliminó del tipo penal de corrupción entre particulares toda referencia al incumplimiento de las obligaciones, perdiendo fuerza así estas posiciones.

3.1.4 Deber de fidelidad del trabajador.

Otra postura, que ya se encuentra mayormente superada, daba cuenta de que lo que protegía este delito es aquél deber de fidelidad que le sigue al empleado trabajador respecto de su empleador. Esta postura, como da cuenta Otero González se daba en Francia en donde “hasta 2005, incriminaba la corrupción de empleados en el marco de las relaciones laborales protegiendo el deber de fidelidad del trabajador respecto del empresario (Code du travail L-152.6).

En ese mismo sentido Nieto Martín consigna que “En Francia (art. L 152.6 del Código de trabajo) y Holanda (art. 328 ter CP) la corrupción entre privados es abordada desde la óptica del derecho del trabajo. El soborno de empleados constituye una conducta que atenta contra el principio de lealtad en las relaciones laborales.” (2002, p. 56)

Este razonamiento implicaría problemas que, creemos, hacen imposible su adopción. En primer lugar, implicaría que solo serían sujetos activos los empleados que se encuentren en una relación de subordinación respecto del empresario empleador, convirtiendo en atípicas las actuaciones corruptas del empleador. Además de ser atípicas aquellas actuaciones que cuenten con el consentimiento del empresario.

3.2 Sujetos activos de este delito.

Respecto a los sujetos que pueden cumplir el tipo penal, nos interesa para esta discusión la hipótesis de corrupción pasiva, que consiste en “el directivo, administrador, empleado o colaborador que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja no justificada de cualquier naturaleza”, “para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales”; por cuanto la corrupción activa, que realiza quien ofrece o promete dichos beneficios, implica un sujeto indeterminado.

En la legislación española, los sujetos activos del delito de corrupción pasiva entre particulares son los siguientes: “El directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad”; estableciéndose sujetos activos similares en el proyecto de ley que busca tipificar este delito en nuestro ordenamiento. En efecto, dicho proyecto de ley establece como sujeto activos a “El director, gerente, administrador o ejecutivo principal de una empresa o entidad”²¹.

Respecto de este tema, la gran discusión gira entorno a la figura del empresario como posible sujeto activo de este delito. Este problema, como pudimos observar en párrafos anteriores, tiene una importancia en la discusión de cuál es el bien jurídico protegido por esta figura. Así lo consigna Navarro Frías y Melero Bosch al señalar que “La verificación de que el empresario no puede ser sujeto activo del delito de corrupción entre particulares en su modalidad pasiva hace surgir las primeras dudas acerca del fin perseguido por el tipo delictivo” (2011, p. 12)

A partir de la ausencia del empleador como sujeto activo del delito, se han dado diversas respuestas a esta omisión, de las cuales analizaremos brevemente las dos más importantes:

²¹ Como se puede observar, el proyecto de ley que descansa en nuestro Senado prescinde de la figura del empleado como sujeto activo del delito, siendo similares los demases sujetos activos.

aquellos que sostienen que la omisión del empleador como sujeto activo del delito de corrupción entre particulares es la principal razón para sostener que el bien jurídico protegido no sería la competencia leal; versus aquellos que creen que esta omisión se debe a un error del legislador, que debe ser subsanado.

Como señalamos anteriormente, hay quienes creen que la omisión del empresario dentro de los sujetos activos de este delito, es una de las razones para sostener que el bien jurídico protegido no sería la competencia leal o justa. En efecto, no sería posible considerar que se esté protegiendo un bien jurídico tal como es la competencia, cuando las actuaciones que atenten contra esta sólo serán castigadas si es realizada por un empleado, administrador o directivo; mientras que serían actuaciones atípicas cuando son realizadas por el empresario. Desde este punto de vista, no tendría asidero considerar a la competencia como objeto de protección, cuando las actuaciones del empresario, aun cuando afecten gravemente a esta, no serían punibles. De allí en más que quienes consideran que el bien jurídico protegido es el patrimonio del empresario que se ve afectado por actuaciones desleales de sus subordinados, o quienes consideran que el bien jurídico protegido es el deber de lealtad en la relación empresario-empleado, ven en esta situación uno de los fundamentos principales de su idea. En este orden de ideas, Navarro Frías y Melero Bosch señalan que “En todo caso, y siguiendo con la exclusión del empresario del círculo de sujetos activos de la corrupción entre particulares en su modalidad pasiva, cabría plantearse si quizás habría que operar al contrario, es decir, deduciendo de esta exclusión, e independientemente de las declaraciones que haya podido hacer el legislador en la Exposición de Motivos, que tal vez la competencia como tal no sea realmente el bien jurídico protegido por el art. 286 bis CP, sino una de las razones (*ratio legis*) de esta previsión, pero no la única y ni siquiera la fundamental. Si a esto le sumamos la presencia en el tipo de un elemento hasta ahora desconocido en un modelo puro de protección de la competencia, como es el elemento del incumplimiento de sus obligaciones por parte del empleado, que se interpreta como incumplimiento de las obligaciones que éste tiene frente a su principal, deberíamos preguntarnos si sólo se trata de excluir al empresario del círculo de sujetos activos o si, más allá de eso, debemos considerarlo también objeto de la protección. La cuestión es entonces si no habría que desplazar el foco de la protección desde la competencia hasta el propio empresario (alejándonos, por tanto, de un modelo puro de la competencia como el modelo alemán), de manera que el bien jurídico protegido no sería entonces (o no sería sólo) la competencia sino el principio de lealtad y

confianza que debe presidir las relaciones entre el empresario y sus empleados (modelo francés), o incluso la lealtad patrimonial que éstos deben a aquél (modelo austriaco)” (2011, p. 15)

Por otro lado, hay quienes ven en esta exclusión del empresario de la esfera de quienes pueden cumplir el tipo penal, una omisión por parte del legislador. Quienes se decantan por esta idea, señalan que el bien jurídico protegido es la competencia leal y justa, y que los actos que realiza el empresario, que atenten contra esta última, si configuran el delito de corrupción entre particulares; de modo que la ausencia del empleador entre quienes pueden constituirse como sujetos activos se deben a un error del legislador, que debe salvarse en futuras reformas. En ese sentido opinan Navarro Frías y Melero Bosch, quienes señalan que “Por último, en tercer lugar, y esta es la posición que se mantiene en este trabajo, la exclusión del empresario como sujeto activo de este delito podría tratarse de un olvido injustificable del legislador (aunque en este caso sería imputable no sólo al legislador español sino al europeo, puesto que la restricción se contenía ya en la Decisión Marco de la que el art. 286 bis CP trae causa) cuya subsanación habría que reclamar de lege ferenda y que no impediría entonces, pues no habría razones materiales que se opusieran a ello, exigir, en su caso, responsabilidad penal al empresario por la vía de la participación.”

Finalmente, cabe hacer mención a quienes sostienen que, a pesar de la expresa omisión del titular de la empresa o empresario, se puede considerar que este, mediante determinadas acciones, cumpla con el tipo penal mediante la interpretación de aquellos sujetos activos que se señalan expresamente. Es favorable de esta opinión María Gil Nobajas, quien señala que interpretando de manera amplia aquellos sujetos activos señalados expresamente por la norma, en especial la figura del administrador, es posible entender incluido al administrador de hecho²². Y a partir de esta figura, siguiendo con una interpretación amplia, se podría considerar englobado al titular de la empresa. (Gil Nobajas, 2015, pp. 592 - 595)

Creemos que, si bien resulta coherente considerar al empresario o titular de la empresa como sujeto que puede lesionar el bien jurídico protegido constituido por la competencia leal y

²² Respecto a la figura del administrador de hecho, se señala que “La doctrina define a los administradores de hecho como “aquellas personas que, sin ocupar o controlar formalmente el órgano de la sociedad, ejercen, por cualquier vía, una influencia decisiva que determina la decisión o las decisiones que ocasionan el daño a la sociedad””. Jequier, Eduardo (2014), “Premisas para el tratamiento de los grupos empresariales y administradores de hecho en el Derecho Chileno”, en Revista chilena de Derecho, Santiago, Volumen 41, Número 1, páginas 121-152.

justa, y que por lo tanto sus acciones pueden ser punibles bajo el delito de corrupción entre particulares; el hecho de sustentar esta idea en una interpretación amplia de los sujetos activos no es el camino correcto. Más importante resulta, por un tema de certeza jurídica, que esta omisión sea salvada por el legislador, mediante la inclusión expresa del empresario como sujeto activo de este delito, de manera de despejar toda duda respecto a aquellas actuaciones que sean constitutivas del delito de corrupción entre particulares, y que sean cometidas por el empresario o titular de la empresa. Con todo, ante esta ausencia, resulta más apropiado, a nuestro entender, encausar las acciones del empresario utilizando las diversas figuras de la participación²³, permitiendo así que acciones dañinas a la competencia no queden sin sanción.

²³ Como podría ser la figura del autor mediato del artículo 15 número 2 del código penal chileno.

III. Análisis del proyecto de Ley que tipifica el delito de corrupción entre particulares en el Derecho Penal Chileno.

1. Antecedentes generales.

En nuestra legislación, la gran preocupación histórica ha sido relativa a la lucha contra la corrupción en el sector público, hacia donde apuntan las grandes reformas en materia de corrupción en las últimas décadas, principalmente en lo relativo al cohecho de funcionarios públicos.

El primer antecedente que se puede señalar relativo al delito de corrupción entre particulares en nuestro país está dado por la ratificación de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción que revisamos páginas atrás.

Dicho instrumento internacional fue firmado por Chile el 11 de diciembre del 2003, siendo ratificado el 13 de septiembre del 2006, siendo promulgado en nuestro país por medio del Decreto 305, publicado el 30 de enero del año 2007. La ratificación y publicación de esta convención generó la obligación para el Estado de Chile, de asumir la lucha contra la corrupción ya no sólo en el ámbito público, sino también en el sector privado.

Producto de diversos escándalos que ya escapaban al sector público, y en donde estaban involucradas derechamente empresas del sector privado, es que se pone en boga la necesidad de regular ciertos comportamientos entre privados que pudieran ser perjudiciales para toda la sociedad.

Es en respuesta a esta necesidad, y buscando reestablecer la confianza de la sociedad tanto en las instituciones públicas, como en el mercado y sus participantes, es que en el año 2015 se crea un Consejo Asesor Presidencial denominado “Consejo Asesor Presidencial contra los conflictos de interés, el tráfico de influencias y la corrupción”²⁴.

La comisión Engel fue creada por medio del Decreto N° 002 del Ministerio Secretaría General de la República. Esta comisión fue creada, en palabras de la Presidenta de la República Michelle Bachelet, “Los casos que hemos venido conociendo desde hace ya un buen tiempo en el ámbito de los negocios o de la política así como de la relación entre ellos, han generado una

²⁴ En adelante “Comisión Engel”, denominada de esta forma por su presidente Eduardo Engel.

fundada preocupación y sobre todo malestar en la ciudadanía. Y tengo que decirlo, han sido dolorosos para aquellos que anhelamos un país equitativo y sin privilegios.

Son casos que se han llevado al margen de la ética o de la prudencia, y en algunos casos derechamente al margen de la ley. En ellos se han visto involucrados empresas, partidos políticos, dirigentes y también servidores públicos.” (2015: p. 13)

Ya en sus considerandos, el Decreto 002 deja claro que la misión de la comisión es buscar adecuar la legislación chilena para castigar aquellos hechos que hacen perder la confianza de la ciudadanía en determinadas instituciones.

Así, en el considerando 1º, se señala que “Los conflictos de interés, el tráfico de influencias y la corrupción son graves problemas que afectan a los negocios, a la política, al servicio público y a la relación entre éstos tanto a nivel internacional como en nuestro país” (2015: p.20). Por su parte, el considerando 2º establece que “Los conflictos éticos afectan el comportamiento de los mercados y la rectitud de los negocios” (2015: p.20). En ese sentido, se da cuenta de que los actos corruptos ya no sólo entran en conflicto con la función pública, afectando la correcta administración; sino que también importan otras áreas, como el mercado o los negocios, lo que genera una clara afectación para la sociedad.

En su considerando 4º, se establece la misión de la comisión Engel, señalando que “En consecuencia, resulta necesario revisar el régimen jurídico vigente en nuestro país y proponer medidas concretas de orden legal y reglamentario, para el cumplimiento efectivo de los principios éticos, de integridad y transparencia, y el eficaz control del tráfico de influencias, la corrupción y los conflictos de interés” (2015: pp. 20-21).

En cuanto al trabajo de la comisión Engel, ésta producto de sus sesiones evacuó un informe final, en el que dan cuenta de los principales problemas relacionados con la corrupción²⁵, entregando una serie de medidas para mejorar dichas falencias.

En cuanto a la sanción penal de la corrupción, la comisión Engel determinó que en nuestra legislación además de existir problemas en cuanto a la regulación de determinados delitos, en específico en el sector público; también existe un vacío en cuanto a la inexistencia de determinados tipos penales, que en otras legislaciones, si existen. En efecto, el informe señala

²⁵ En lo que nos importa para este trabajo.

“En el mismo sentido, se mantienen vacíos legales en la tipificación de algunos delitos reconocidos como tales en otros países y en la UNCAC, como por ejemplo el abuso de funciones, la corrupción entre privados²⁶ y el tráfico de influencias de un particular.” (2015: p. 45) El informe da cuenta de una falencia en nuestro país, que es la falta de un tipo penal que sancione la corrupción entre privados. Para salvar dicha omisión, la comisión Engel propone “Revisar la tipificación, penas y prescripciones respecto a delitos de corrupción, de acuerdo a estándares y recomendaciones de organismos internacionales” (20015: p. 46).

Cabe recordar en este punto lo mencionado párrafos atrás, en cuanto a que Chile se encuentra obligado por la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, la cual prevé expresamente el delito de corrupción entre particulares.

2. Análisis del proyecto de Ley.

El día 17 de junio de 2015, la Presidenta Michelle Bachelet envió a la cámara de diputados un proyecto de ley relativo a la tipificación en nuestra legislación del delito de corrupción entre privados.

2.1 Antecedentes generales.

El mensaje N° 500-363, de la “Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de ley que tipifica el delito de corrupción entre particulares y modifica disposiciones del código penal” establece, en los antecedentes generales del proyecto, que dicha iniciativa responde a un compromiso adoptado en el discurso del 21 de mayo del 2015 “consistente en impedir el tráfico de influencias, los conflictos de intereses y la corrupción en la política y en los negocios”. Además da cuenta de que el proyecto de Ley tiene como antecedentes directos, tal como mencionamos, el trabajo de la comisión Engel.

2.2 Objetivos del proyecto.

En cuanto a los objetivos del proyecto de Ley, el mensaje establece que el objetivo principal es contribuir a reestablecer la confianza en las instituciones públicas y privadas y mejorar el entorno en que se desarrollan las relaciones comerciales entre los privados “pues las

²⁶ El destacado es nuestro.

relaciones entre la actividad pública y los negocios exigen hoy mayores estándares de probidad, transparencia y fe pública.”

Entre lo que respecta a este trabajo, se señala como objetivo la incorporación a nuestra legislación del delito de corrupción entre particulares. A este respecto, el mensaje señala: “En el ámbito de las relaciones privadas y siguiendo las recomendaciones de los organismos internacionales y las tendencias más modernas del derecho comparado, se incorpora por primera vez en nuestra legislación el delito de corrupción entre particulares”.

2.3 Contenido del proyecto.

En cuanto al proyecto, este cuenta con un artículo único, el cual introduce modificaciones al código penal en base a cinco puntos. Nos interesa, para efectos de este trabajo, el punto cinco, denominado “Incorporación del delito de corrupción entre particulares” que señala lo siguiente:

“No sólo en el sector público hay corrupción sino que también entre particulares, lo que genera desconfianza en las relaciones comerciales y efectos indeseados en el sistema económico y en el funcionamiento de los mercados.

A través de la incorporación de este tipo penal se salva un vacío legal del que daba cuenta el Informe Engel (p. 45) en relación a las sugerencias de la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción (UNCAC, por sus siglas en inglés).

El delito de corrupción entre particulares que se crea sanciona al director, gerente, administrador o ejecutivo principal de una empresa o entidad que, por sí o a través de otra persona, solicita o acepta recibir un beneficio económico en interés o provecho propio o de un tercero, para favorecer o por haber favorecido a otro, con infracción de sus deberes u obligaciones, en la contratación de bienes o servicios o en las relaciones comerciales.

También se sanciona a quien por sí o a través de otra persona, ofrece o consiente en dar o entregar a un director, gerente, administrador o ejecutivo principal de una empresa o entidad, o a quien estos señalen, un beneficio económico en interés o provecho propio o de un tercero, para que le favorezca o por haber favorecido, con infracción de sus deberes u obligaciones, a él o a un tercero en los casos de contratación de bienes o servicios o en las relaciones comerciales.

La incorporación del director, gerente, administrador o ejecutivo principal de una empresa o entidad en la redacción de los artículos 287 bis y 287 ter obedece a dar armonía con la Ley de Mercados y Valores N° 18.045”.

2.4 El proyecto de Ley.

El proyecto de Ley presentado reza de la siguiente forma:

“Artículo único.- Introdúcense las siguientes modificaciones al Código Penal²⁷:

7) Intercálase en el Libro segundo, Título VI, el siguiente párrafo 7 bis, nuevo:

“§ 7 bis. De la Corrupción entre particulares.

Art. 287 bis. El director, gerente, administrador o ejecutivo principal de una empresa o entidad que, por sí o a través de otra persona, solicitare o aceptare recibir un beneficio económico en interés o provecho propio o de un tercero, para favorecer, o por haber favorecido, con infracción de sus deberes u obligaciones, a otro en la contratación de bienes o servicios o en las relaciones comerciales, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado medio a máximo y multa del tanto al cuádruple del beneficio solicitado o aceptado.

Art. 287 ter. Con las mismas penas señaladas en el artículo anterior será sancionado el que, por sí o a través de otra persona, ofreciere o consintiere en dar o entregar a un director, gerente, administrador o ejecutivo principal de una empresa o entidad, o a quien estos señalen, un beneficio económico en interés o provecho propio o de un tercero, para que le favorezca, o por haber favorecido, a él o a un tercero frente a otros en la contratación de bienes o servicios o en las relaciones comerciales.”.

3. Discusión del proyecto de Ley.

El proyecto de Ley presentado fue base de un intenso debate parlamentario, en donde a partir de la discusión, se presentaron diversas modificaciones a la iniciativa original.

Se presentó el proyecto señalando que el código penal chileno, originario del año 1874, ha sufrido una serie de reformas hasta la actualidad, en específico en materia de probidad en el sector público, pero que esta no había alcanzado al sector privado, que también sufre los embates

²⁷ Para efectos de este trabajo, sólo copiaremos la parte del proyecto de Ley relativo al delito de corrupción entre particulares.

de la corrupción. Así “Lamentablemente la modificación a la legislación en comento se centró prioritariamente en el sector público, olvidando en parte que también en el sector privado existe corrupción (detrás de un delito de corrupción frecuentemente existe una complicidad-autoría privada) aun cuando históricamente los particulares que incurren en estas conductas no habían generado mayor descontento social.

Actualmente en cambio, los delitos de corrupción asociados al ámbito privado efectivamente pueden causar cierta alarma pública ya que llegan a afectar intereses que hoy en día se consideran socialmente relevantes como por ejemplo la libre competencia.”²⁸

En el primer trámite legislativo, esto es, su estudio por la comisión de comisión de constitución, legislación, justicia y reglamento, y producto de la discusión, cuyos puntos más importantes analizaremos en las próximas líneas cuando entreguemos algunas apreciaciones respecto a este tipo penal, se aprobó la siguiente indicación²⁹, quedando tipificado el delito de corrupción entre particulares de la siguiente forma:

“§7 bis. De la Corrupción entre particulares.

Artículo 287 bis.- El empleado o mandatario que solicitare o aceptare recibir un beneficio económico, 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 a máximo y multa del tanto al cuádruple del beneficio solicitado o aceptado.

Artículo 287 ter.- Con las mismas penas señaladas en el artículo anterior será sancionado el que, ofreciere o aceptare dar a un empleado o mandatario un beneficio económico, para sí o un tercero, para que favorezca, o por haber favorecido la contratación con un oferente por sobre otro.”

²⁸ Informe de la comisión de constitución, legislación, justicia y reglamento, recaído en el proyecto de Ley que tipifica el delito de corrupción entre particulares y modifica disposiciones del código penal relativas a delitos funcionarios, p.3. Disponible en <https://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=18621&prmTIPO=INFORMEPLEY> Última revisión: 18 de octubre del 2016.

²⁹ Aprobada por la unanimidad de los parlamentarios miembros de la comisión presentes.

De esta forma fue finalmente aprobada por la cámara de diputados³⁰, siendo enviada para su revisión al Senado.

4. Consideraciones finales respecto al proyecto de Ley.

El proyecto de Ley analizado anteriormente significa un avance importante, no sólo en cuanto a que coloca a la legislación chilena conforme a los estándares internacionales, permitiendo dar cumplimiento a las obligaciones internacionales que el Estado chileno ha adquirido, si no también que viene a llenar un vacío que cada vez más preocupa no sólo a Chile, sino que a muchas otras legislaciones en el mundo³¹, permitiendo sancionar conductas que afectan gravemente a la competencia, incluso generando perjuicios y desconfianza de la ciudadanía hacia el sector privado, entendiendo que las decisiones empresariales importan a la sociedad, principalmente estos en cuanto consumidores.

No obstante esto, es importante dar cuenta de algunos aspectos, que a juicio nuestro consideramos importante analizar, entregando nuestra posición en cada uno de ellos.

4.1 Respeto del bien jurídico protegido.

En este punto, cabe hacer mención que de todos los modelos analizados en el capítulo anterior, existió consenso en nuestro país en cuanto a que el bien jurídico que intenta proteger es la competencia leal y justa, es decir, que los actos de aquellos sujetos del sector privado no infrinjan las obligaciones que las reglas de la libre competencia les impone.

Esto quedó demostrado en las intervenciones realizadas en la discusión tanto en la comisión de constitución, legislación, justicia y reglamento como en la cámara de diputados; además de quedar plasmado en el proyecto enviado al Senado, principalmente en la frase “la contratación con un oferente sobre otro”.

Desde nuestro punto de vista es correcta la determinación que han tomado nuestro legisladores, por cuanto creemos que la opción de decantarse por la competencia leal como bien

³⁰ Aprobado por la unanimidad de los diputados presentes en la sesión del día 02 de junio del año 2016, obteniendo 85 votos favorables, ninguno en contra y ninguna abstención. Para más detalles: Legislatura 364, Sesión 28 en jueves 02 de junio de 2016, redacción de sesiones, publicación oficial. Disponible en: <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=11827%20&prmTIPO=TEXTOSESION> Última revisión: 19 de octubre de 2016.

³¹ Siendo incluso una especie de pioneros en América Latina.

jurídico protegido es acertada, por cuanto consideramos que la competencia leal debe ser lo que busca proteger este tipo penal, por cuanto consideramos que el patrimonio del empresario está protegida por otras figuras penales, además que respecto del deber de fidelidad esta se aleja de la necesidad de tutela penal. Pero es más acertado que esto quede plasmado en el artículo propuesto, por medio de la frase “la contratación con un oferente sobre otro”, disipando toda duda respecto a cuál es el bien jurídico protegido.

Además, cabe señalar que en Chile se omitió, de manera correcta a nuestro entender, la frase “incumpliendo sus obligaciones” que generó mucho debate principalmente en España y en base a la cual se generaron distintas posturas respecto a cuál es el bien jurídico protegido. Esta omisión nos da claridad en cuanto a que es la competencia leal el objeto tutelado.

Esta claridad permite interpretar ciertas situaciones, aceptadas socialmente, que no podrían configurar este delito toda vez que no existiría un atentado a la competencia justa, como aquél directivo que envía un regalo por navidad a un empleado de otra empresa.

4.2 Respecto de los sujetos activos.

En este punto creemos importante dar cuenta que el proyecto de Ley no deja claridad respecto a quienes pueden cometer el delito de corrupción entre particulares. En un principio se había establecido como sujeto activo al “director, gerente, administrador o ejecutivo principal de una empresa o entidad”, para darle armonía con la Ley de Mercados y Valores, siendo un concepto amplio y similar al concepto utilizado en el derecho comparado; pero finalmente producto de la indicación estudiada, el sujeto activo quedó determinado por “el empleado o mandatario”. Quedan serias dudas respecto a quienes incluye el concepto de “mandatario”; pero creemos que aún más es necesario determinar si este concepto incluye al empresario como posible sujeto activo.

Es de nuestra opinión que un delito que atenta contra un bien tal como lo es la competencia, el empresario, el titular de la empresa puede ser considerado como sujeto activo, toda vez que de sus actuaciones pueden ser contrarias a las reglas de una competencia justa y leal; pero esto no queda claro en el precepto objeto de este estudio. Urge una aclaración a este respecto, que permita evitar la atipicidad de ciertas conductas que puedan ser nocivas para el bien jurídico protegido que es la competencia leal.

4.3 Respetto del “beneficio económico”

En este punto, tanto el proyecto de Ley original, como la indicación realizada y aprobada en la comisión de constitución, legislación, justicia y reglamento y posteriormente en la cámara de diputados incluyen como elemento del tipo un beneficio económico. En efecto, el texto aprobado por la cámara señala que “El empleado o mandatario que solicitare o aceptare recibir **un beneficio económico**³², para sí o un tercero”.

Respetto a este punto creemos erróneo delimitar el beneficio que obtiene quien realiza conductas corruptas, o que ofrece quien quiere que un tercero realice conductas corruptas, sólo al beneficio pecuniario, dejando de lado otro tipo de ventajas.

En ese sentido compartimos con Navarro Frías y Melero Bosch quienes señalan lo siguiente: “Por lo que se refiere al elemento de la ventaja injustificada, lo importante es que se quiera conseguir un beneficio extraposicional, independientemente de que la naturaleza de tal ventaja sea económica o de otro tipo (“beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados”), quedando en todo caso excluidas las ventajas insignificantes o adecuadas socialmente. (2011, p. 19).

4.4 Relación con el delito de administración desleal y colusión de precios.

Uno de los aspectos más discutidos por parte de la comisión de constitución, legislación, justicia y reglamento, fue la relación entre la corrupción entre particulares y la administración desleal.

En un principio, no se entendía la delimitación entre el delito de corrupción entre particulares y el delito de administración desleal, toda vez que no existía en Chile una tipificación expresa de este último, de manera que se intentaba encuadrar las acciones que correspondían a la segunda, en el primer tipo penal.

No obstante, producto de la discusión y de los correctos aportes de algunos intervinientes, en especial del profesor Héctor Hernández, se concluye que ambos son tipos penales distintos. Y esta distinción, principalmente, apunta a que cada tipo penal protege distintos bienes jurídicos. Así, Hernández señala que:

³² El destacado es nuestro.

“Lo que justificaría un tipo de corrupción entre privados sería la protección de la competencia, no se protege al dueño de la empresa, pues el afectado será el mercado pues se está beneficiando a alguien por razones ajenas a las reglas del mercado.

Lo otro es administración desleal por "infracción a sus deberes y obligaciones". Esto es complicado porque no es claro cuál es el ámbito de acciones. Así, lo que pasa es que acá se configura un delito de administración desleal, y si se quiere tener un delito de administración desleal, que se diga derechamente, y no de un modo casual, o curioso, como a propósito de la colusión entre particulares.”³³

A este respecto, creemos que no cabe confundir corrupción entre particulares con administración desleal, porque, además de proteger bienes jurídicos distintos, la administración desleal implica elementos del tipo distintos al de la corrupción entre privados.

En efecto, sin profundizar demasiado en la cuestión, ya que escapa a los objetivos de este trabajo, creemos necesario señalar que la administración desleal corresponden a aquellos actos donde “el agente cuenta con un poder legítimo de disposición sobre patrimonio ajeno, poder que, sin embargo, ejerce de modo irregular y contra los intereses del mismo” (Hernandez., 2005, p. 202); como las del “administrador de una sociedad que vende los bienes de la misma a precios irrisorios” (Hernandez., 2005, p. 202)

La doctrina ha estimado como elementos de la administración desleal la existencia de una infracción al deber de lealtad de parte del empleado respecto de su empleador; junto con la existencia de un perjuicio patrimonial efectivo (Gomez-Jara, 2008, p. 237). De esos elementos, ninguno se presenta en el delito de corrupción entre particulares, que, como señalamos anteriormente, se basta con una puesta en peligro de la competencia leal y justa.

Es por esta razón que compartimos la opinión del catedrático Carlos Gómez-Jara Diez, quien señala que “No obstante, la opción de la propuesta de reforma del año 2006 de vincular la competencia desleal a la administración desleal no parece acertada en tanto en cuanto introduce un elemento – la infracción de deberes por parte del representante para con su

³³ Informe de la comisión de constitución, legislación, justicia y reglamento, recaído en el proyecto de Ley que tipifica el delito de corrupción entre particulares y modifica disposiciones del código penal relativas a delitos funcionarios, pp.24-25. Disponible en <https://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=18621&prmTIPO=INFORMELEY> Última revisión: 18 de octubre del 2016.

representado – que, en numerosas ocasiones, va a ser extremadamente difícil de constatar. Por tanto, resulta aconsejable ceñir la corrupción privada estrictamente a la competencia desleal y relegar dicha infracción de deberes a la constatación de si existe (o no) un delito de administración desleal subyacente.” (2008, p. 225)

En cuanto a la colusión, primero debemos entender esta, sin intentar dar una definición exhaustiva ya que escapa al objeto de este trabajo, como “la conducta de oferentes de bienes y servicios al público que secretamente se ponen de acuerdo entre sí sobre los precios que cobrarán por tales bienes o servicios, dando lugar de este modo a un precio distinto del que hubiera resultado de no haber mediado dicho acuerdo, esto es, si hubieran competido entre sí también respecto de la variable precio” (Hernández, 2012)³⁴. Un acto constitutivo de colusión se relacionaría con la corrupción entre particulares, cuando por ejemplo, una empresa ofrece un beneficio económico a su competidora para fijar los precios de sus productos.

En este caso, creemos que es importante no confundir las distintas hipótesis, como por ejemplo encausar a través de la corrupción entre particulares actos que constituyen administración desleal; sino más bien cabe tener presente que constituyen dos conductas distintas, al igual que en el ejemplo de la colusión; de manera que correspondería aplicar las figuras de los concursos, más específicamente la figura del concurso ideal. Como señaló el profesor Hernández en el debate legislativo “Si en función del cohecho se cometen otros delitos, eso es un concurso, quizás ideal de delitos. Si se recibe un beneficio económico para organizar una colusión de precios, será sancionado por los dos delitos.”³⁵

³⁴ Conforme a la última modificación del Decreto Ley 211 que regla la libre competencia, la colusión se definiría de la siguiente forma: “Los acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí, y que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación, así como los acuerdos o prácticas concertadas que, confiriéndoles poder de mercado a los competidores, consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores.”

³⁵ Informe de la comisión de constitución, legislación, justicia y reglamento, recaído en el proyecto de Ley que tipifica el delito de corrupción entre particulares y modifica disposiciones del código penal relativas a delitos funcionarios, pp.28. Disponible en <https://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=18621&prmTIPO=INFORMELEY> Última revisión: 22 de octubre del 2016.

Conclusiones.

La implementación del delito de corrupción entre particulares en nuestra legislación significa un gran avance en el cumplimiento de las obligaciones internacionales que el Estado chileno ha adquirido, y significa también una adecuación de nuestro sistema punitivo, sancionando conductas que antes no se contemplaban, pero que irrogan un daño tanto a la institucionalidad como a la sociedad misma.

Con todo, y como dimos cuenta a lo largo de este trabajo, al ser un tipo penal relativamente reciente y novedoso, el debate en cuanto a algunos elementos de este no se ha cerrado, existiendo disparidad de opiniones en cuanto al bien jurídico protegido, en cuanto a los sujetos activos principalmente respecto a si el titular de la empresa puede cumplir el tipo penal, entre otros.

Creemos que la tipificación propuesta en Chile ha tenido aciertos, tal como cerrar el debate en cuanto al bien jurídico protegido, decantándose por la idea de que lo que se protege es la competencia leal y justa; alejándose de otros modelos más cercanos a la protección patrimonial del empresario, la cual esta suficientemente resguardada mediante otros tipos penales.

Sin embargo creemos que no se ha tratado correctamente otros tópicos principalmente la ausencia del titular de la empresa como posible sujeto activo del delito; pero más grave aún es que no queda claridad de quienes pueden ser sujetos activos, toda vez que la fórmula utilizada, “empleado o mandatario” no permite claridad en cuanto a quienes estarían considerados en dichos conceptos. Además, el beneficio económico como única forma de ventaja en el delito de corrupción entre particulares, podría dejar un importante abanico de conductas en la más completa atipicidad.

Sin duda, estas consideraciones estimamos que deben ser consideradas en futuros debates o reformas a este delito, el cual sin embargo creemos que es un importante avance en la recuperación de la confianza de la sociedad en la institucionalidad y en este caso, en el correcto funcionamiento del mercado.

Bibliografía.

Bolea Bardón, Carolina (2013): “El delito de corrupción privada”, en *Indret. Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, N°2, pp. 1-29.

Faraldo Cabana, Patricia (2001): “Hacia un delito de corrupción en el sector privado” en *Estudios penales y criminológicos*, volumen XXIII, pp. 60-98.

Gil Nobajas, María (2015): “El delito de corrupción en los negocios (Art. 286 bis)”, en *Estudios penales y criminológicos*, volumen XXXV, pp. 567-624.

Gomez- Jara, Carlos (2008): “Corrupcion en el sector privado: ¿Competencia desleal y/o administración desleal?”, en *ICADE. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y empresariales*, N° 74, pp. 225-243.

Hernández, Hector (2005): “La administración desleal en el derecho penal chileno” en *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 26, pp. 201-258.

Hernández, Héctor (2012): “La punibilidad de la colusión (secreta) de precios en el derecho chileno” en *Política criminal*, N°7, Volumen 13, pp. 147-167.

Kindhäuser, Urs (2007): “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad” en *Revista de Política criminal*, N°3 , pp. 1-18.

Navarro Frías, Irene & Melero Bosch, Lourdes (2011): “Corrupción entre particulares y tutela del mercado” en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, N°4, pp. 1-40.

Nieto, Adán (2002): “La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado)” en *Revista Penal*, N°10, pp. 55-69.

Organización de las Naciones Unidas (2004): Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, disponible en https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf Fecha última consulta: 20 de octubre de 2016.

Otero González, Pilar (2012): “Corrupcion entre particulares (Delito de)” en *Eunomía. Revista en cultura de la legalidad*, N°3, pp. 174-183.

Rodríguez Collao, Luis (2004): “Delimitación del concepto penal de corrupción” en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad católica de Valparaíso*, Valparaíso, N°25, pp. 339-359.

Rodríguez Collao, Luis & Ossandón María (2008): *“Delitos contra la función pública”*, Segunda edición, Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile.

Unión Europea (2003): “Decisión Marco 2003/568/JAI, Legislación 192, en *Diario Oficial del 31 de Julio*.