

MINUTA INFORMATIVA

Proyecto de ley que modifica el Código Penal en lo relativo a los delitos de cohecho y soborno, aumentando las penas, tipifica los delitos de soborno entre particulares y de administración desleal; y la ley N° 20.393 (boletín N° 10.739-07)

El proyecto establece 5 grandes innovaciones:

1. Aumentos de penas de diversos delitos funcionarios y modificaciones de algunos de estos tipos penales.
2. Incorpora nuevas penas y reglas especiales para estos ilícitos.
3. Establece nuevos delitos: cohecho en razón del cargo, corrupción entre particulares y administración desleal.
4. Amplía la responsabilidad penal de las personas jurídicas y las penas aplicables.
5. Incorpora nuevas figuras dentro de las hipótesis de lavado de activos.

I. AUMENTOS DE PENAS A FIGURAS DE MALVERSACIÓN, FRAUDE Y COHECHO¹

La iniciativa busca aumentar considerablemente las sanciones aplicables a diversos delitos cometidos por funcionarios públicos, entre ellos, la malversación de caudales públicos, fraude al fisco, negociación incompatible, exacción ilegal, cohecho nacional y transnacional

Particular relevancia tiene el aumento de las penas de los delitos de cohecho y soborno los mínimos de pena que se proponen superan los máximos actuales. Con esto, las figuras delictivas más graves alcanzarán penas por sobre los 5 años de privación de libertad, lo que en práctica se traduce en que adquieren la categoría de crímenes, específicamente las siguientes:

- Exacción ilegal (art. 241)
- Primera figura agravada de cohecho (art. 248 bis)
- Segunda figura agravada de cohecho (art. 249)
- Soborno dado u ofrecido por particular para que funcionario público realice una conducta indebida (art. 250 inciso 4º)
- Soborno dado u ofrecido por particular para que funcionario público cometa un delito (art. 250 inciso final)
- Cohecho a funcionario público extranjero (art. 251 bis)

Hasta ahora ninguno de estos delitos se consideraba crimen. Con esta nueva categorización, se producen los siguientes efectos:

- ✓ Posibilidad real de aplicación de penas privativas de libertad efectivas, considerando el régimen de sustitución de penas de la Ley N°18.216.
- ✓ Aumento de los plazos de prescripción, tanto de la acción penal como de la pena misma, pasando de 5 a 10 años.
- ✓ Permite la utilización de técnicas especiales de investigación, como por ejemplo, interceptaciones telefónicas.

II. NUEVO DELITO DE COHECHO EN RAZÓN DEL CARGO

Con este nuevo ilícito aprobado por la Comisión Mixta, de acuerdo a la propuesta del Ejecutivo, que recogió las sugerencias de los parlamentarios que integraron la instancia, se sanciona al empleado público que en razón de su cargo solicite o aceptare un beneficio económico o de otra naturaleza al que no tiene derecho, para sí o para un tercero. Podría incurrir en este delito, por ejemplo, el parlamentario que recibe un cuadro de altísimo valor por ostentar dicho cargo.

En este nuevo tipo se prescinde de la vinculación entre el beneficio y la realización de un acto propio del cargo. Se trata de un tipo, que ha sido promovido en los últimos proyectos de Código

¹ Para ver en detalle el aumento de penas, revisar Anexo I. Tabla de Penas, que se acompaña.

Penal. Además, ha sido paulatinamente incorporado en el derecho comparado.

III. MODIFICACIÓN DEL COHECHO A FUNCIONARIO PÚBLICO EXTRANJERO

Además de aumentar y equiparar las penas de todas las conductas típicas contempladas en el injusto de la manera precedentemente enunciada, esta norma se modifica en el siguiente sentido:

- Se sanciona al que ofrece, promete, da o consiente en dar a un funcionario público extranjero un beneficio económico o de otra naturaleza, para que “omita o ejecute, o por haber omitido o ejecutado, un acto propio de su cargo o con infracción a los deberes de su cargo”. Esta nueva tipificación implica incluir, dentro de las formas de comisión, casos en que el soborno ha sido dado u ofrecido para inducir a un funcionario para cumplir con su deber, o bien, cuando ha sido dado u ofrecido, por ejemplo, por la empresa mejor calificada o que podría haber obtenido el negocio sin el soborno, los que eventualmente podrían quedar fuera con la redacción actual.
- Se amplía el ámbito de aplicación del delito a “una actividad económica desempeñada en el extranjero”. Esta redacción incluiría casos que típicamente la figura y la Convención buscan sancionar, como la obtención de permisos o autorizaciones, mediante la oferta, promesa, entrega o aceptación de beneficios, para la instalación de capitales nacionales en otro país. Este caso no aparece claro el hacer referencia a las “transacciones internacionales”, que es el lenguaje que actualmente utiliza nuestra legislación penal, y que alude más bien a transacciones dentro del comercio internacional.
- Como consecuencia de la incorporación de la figura de cohecho en razón del cargo (art. 248) y su análogo en el soborno (art. 250), se modifica la figura sancionando también en el cohecho transnacional, el soborno por “una acción en razón de su cargo”. Esta modificación es coherente con la “Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales” de la OCDE.

IV. NUEVAS NORMAS COMUNES PARA DELITOS FUNCIONARIOS

a) Nueva pena de inhabilitación prevista en el nuevo art. 251 quáter

La Comisión Mixta ha aprobado una nueva pena accesoria aplicable a los delitos de cohecho doméstico y transnacional, a partir de la cual se inhabilita al condenado para ejercer cargos en empresas que provean al Estado o que suministren bienes o servicios de utilidad pública.

Con esto se busca profundizar el efecto disuasivo que pueda tener la pena en los delitos así llamados de cuello y corbata. En efecto, la evidencia indica que en estos delitos la sola amenaza de la pena privativa de libertad es insuficiente para disuadir.

b) Calificador para altos cargos (nuevo art. 251 quinquies)

Durante la Comisión Mixta, se ha propuesto incorporar una norma de determinación legal de la pena de cohecho que busca cubrir los hechos más graves de corrupción, conocidos como los casos de “Gran Corrupción”. En concreto, se agrega un nuevo artículo 251 quinquies al Código Penal, mediante el cual se excluye el mínimo o el grado mínimo de la pena, de manera tal que para las hipótesis más graves de cohecho se impondrá una pena privativa de libertad de crimen, que se extenderá desde los 5 años y un día a los 10 años.

Esta norma sería aplicable a las más altas autoridades políticas, cuales son: aquellas que desempeñen un cargo de elección popular, de exclusiva confianza de éstos, de alta dirección pública del primer nivel jerárquico o por un fiscal del Ministerio Público o por cualquiera que, perteneciendo o no al orden judicial, ejerza jurisdicción, o los Comandantes de las Fuerzas Armadas y los Generales Directores de Carabineros y la PDI.

c) Nueva norma de suspensión de la prescripción (nuevo art. 260 bis)

Se establece una regla de suspensión de la prescripción aplicable para los delitos de malversaciones, fraudes, cohecho y soborno. Esta norma es necesaria, en la medida que viene a reforzar la persecución penal de los delitos de que trata el proyecto, evitando, además, que el ejercicio del cargo actual o de otro posterior con autoridad sea una forma de lograr la impunidad del funcionario.

d) Agravante especial por cometer el delito formando parte de una agrupación u organización (nuevo art. 260 ter)

Se aprobó una agravante “por organización”, es decir, considerar la circunstancia de haber actuado formando parte de una red de personas que hayan cometido delitos de malversaciones, fraudes, cohecho y soborno, sin necesidad de tener que acreditar que se trata de una asociación ilícita.

e) Cooperación eficaz para los delitos de malversación, fraudes, exacciones, cohecho y soborno (nuevo art. 260 quáter)

Se establece una herramienta que permite mejorar la persecución de estos delitos. En otras palabras, tratándose de ilícitos complejos -como lo son los delitos de malversación, fraude, cohecho y soborno-, se considera que un sistema de estímulos para que los sujetos involucrados cooperen con el persecutor penal es una técnica útil para lograr una mayor eficacia en su represión.

En atención a lo anterior, el Gobierno, recogiendo las propuestas de los distintos parlamentarios que integran la Comisión Mixta, incluyó como circunstancia atenuante de responsabilidad penal de los delitos señalados, la cooperación eficaz que conduzca al esclarecimiento de los hechos investigados o permita la identificación de sus responsables, o sirva para prevenir o impedir la perpetración o consumación de estos delitos, o facilite el comiso de los bienes, instrumentos, efectos o productos del delito. En estos casos, el tribunal podrá reducir la pena hasta en dos grados. Además, se incluyen criterios que orientan al juez sobre cuando se configura la atenuante, estableciéndose que para ello la persona debe suministrar datos o informaciones precisos, verídicos y comprobables, que contribuyan necesariamente a los fines señalados.

Esta norma no sería aplicable en el caso de altas autoridades políticas².

V. NUEVOS DELITOS

a) Corrupción entre particulares (nuevos arts. 287 bis y 287 ter)

Con la incorporación de este tipo penal se salva un vacío legal en relación a los deberes de tipificación que impone la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, el cual fue relevado en el denominado “Informe Engel”, en el que se sugiere la tipificación de esta conducta. En efecto, en relación a este punto, se señala en el informe que: “Algunos de los problemas identificados son la existencia de penas relativamente bajas para delitos contra la probidad, tanto en comparación con otros países como en lo que respecta a otros delitos en Chile. En el mismo sentido, se mantienen vacíos legales en la tipificación de algunos delitos reconocidos como tales en otros países y en la UNCAC, como por ejemplo el abuso de funciones, la corrupción entre privados y el tráfico de influencias de un particular”³.

² Aquellas que desempeñen un cargo de elección popular, de exclusiva confianza de éstos, de alta dirección pública del primer nivel jerárquico o por un fiscal del Ministerio Público o por cualquiera que, perteneciendo o no al orden judicial, ejerza jurisdicción, o los Comandantes de las Fuerzas Armadas y los Generales Directores de Carabineros y la PDI.

³ Disponible en: http://consejoanticorrupcion.cl/wp-content/uploads/2015/06/2015.06.05-consejo_anticorrupcion.pdf. p.45.

De acuerdo a este delito corrompe “quien infringe un deber que le corresponde conforme a su posición a cambio de la obtención de un beneficio de cualquier tipo al que no tiene derecho”. Esta tipificación de la corrupción entre privados, opta por un modelo que busca tutelar la competencia leal en los mercados.

b) Administración desleal (art. 470 N°11)

A nivel comparado, se trata de un tipo penal presente en la mayoría de las legislaciones modernas, erigiéndose como un pilar fundamental en la protección penal del patrimonio. Se trata de un delito que sanciona atentados "desde adentro", esto es, de quienes reciben el encargo de gestionar un patrimonio ajeno.

Junto con la apropiación indebida ésta es la figura básica de los delitos contra el orden socioeconómico. La administración desleal del patrimonio ajeno constituye la posición intermedia entre los delitos de estafa y apropiación indebida de un lado y, del otro, la responsabilidad civil extracontractual o la de los administradores de la sociedad anónima.

La necesidad de tipificar este delito es porque existen dificultades para castigar como apropiación indebida, hurto o estafa, casos como los siguientes: a) El representante que en nombre de la sociedad celebra contratos con precios excesivos recibiendo una comisión o retribución por la operación; b) el autopréstamo: concesión de créditos por parte de la sociedad al administrador o a un directivo para la compra de las acciones de aquéllo; o a sociedades controladas por aquéllos que sólo benefician al prestatario; c) el uso de fondos de la sociedad con la pretensión de devolverlos; d) supuestos de malversación del patrimonio social, superando el riesgo permitido y con violación del deber de fidelidad.

Este nuevo tipo penal sanciona al que, encargado de la gestión o salvaguardia de un patrimonio ajeno, mediante una extralimitación de sus funciones o realizando acciones u omisiones manifiestamente contrarias al interés del titular de dicho patrimonio, le irrogare perjuicio a éste.

Además, el texto aprobado regula dos hipótesis agravadas. La primera, cuando la administración desleal se refiere al patrimonio de ciertas personas respecto de las cuales los deberes de protección son mayores, a saber: guardador, tutor o curador, o de una persona incapaz que el sujeto tuviera a su cargo en alguna otra calidad. La segunda, se refiere a la administración desleal del patrimonio de sociedades anónimas abiertas o especiales, y cuyo fundamento es proteger un patrimonio que en general puede estar compuesto por intereses muchas veces no representados en el órgano de administración (socios minoritarios), sobre todo pensando en aquellas sociedades que cuentan con cotizaciones obligatorias (como las AFP).

VI. MODIFICACIONES A LA LEY N° 20.393, SOBRE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS (PENDIENTE)

a) Nuevos delitos por los cuales pueden ser penalmente responsables las personas jurídicas

Mediante el proyecto se incorporan nuevos delitos por los cuales se puede perseguir y sancionar a las personas jurídicas. En este sentido se incluyen los delitos de apropiación indebida, negociación incompatible, y los nuevos delitos de corrupción entre particulares y administración desleal. Estos ilícitos se suman a los que actualmente ya están contemplados en la ley, cuales son: lavado de activos, financiamiento del terrorismo, soborno, cohecho a funcionario público extranjero y receptación.

b) Aumentos de las sanciones a las personas jurídicas

Con el proyecto se amplía la posibilidad de aplicar la disolución a todos los simples delitos, esto es soborno, cohecho a funcionario público extranjero, negociación incompatible, corrupción entre particulares, administración desleal, apropiación indebida y financiamiento al terrorismo, siempre que exista reincidencia específica. Actualmente sólo es posible en caso de reincidencia del delito de receptación.

Asimismo, a través de la iniciativa, se aumentan considerablemente las penas de multas aplicables a las personas jurídicas. Actualmente estas penas van desde las 200 UTM (\$9.507.600) hasta las 20.000 UTM (\$950.760.000). Mediante el proyecto estas se elevarán desde las 400 UTM (19.015.200) hasta las 300.000 UTM (\$14.261.400.000).

c) Nuevas penas accesorias para las personas jurídicas

El proyecto agrega dos nuevas penas accesorias para las personas jurídicas penalmente responsables. En este sentido se incorpora:

- 1) **Comiso por equivalencia:** el cual permite que, cuando por cualquier circunstancia no sea posible decomisar el producto del delito y demás bienes, efectos, objetos, documentos, instrumentos, dineros o valores del mismo, se podrá aplicar el comiso a una suma de dinero equivalente a su valor.
- 2) **Comiso de las ganancias que se derivan del ilícito:** a partir de este figura se permite decomisar, además, y en todos los casos, los activos patrimoniales cuyo valor corresponda a la cuantía de las ganancias obtenidas a través de la perpetración del delito.

VII. MODIFICACIONES QUE PERMITIRAN RESOLVER ALGUNAS DE LAS RECOMENDACIONES DE LA OCDE

La aprobación de esta iniciativa permitirá dar cumplimiento a varias de las recomendaciones que el Grupo de Trabajo sobre Cohecho de la OCDE ha hecho a nuestro país para dar cumplimiento a la Convención para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales y que aún tenemos pendientes. Estas son:

- Se elimina la distinción de penas entre quienes ofrecen, prometen o dan soborno a funcionarios públicos extranjeros, de aquellos que consienten en darlo, sancionando todas estas conductas con igual pena.
- Se modifica el Código Penal, asegurando la equivalencia de penas para cohecho doméstico como para el transnacional.
- Se aseguran sanciones proporcionales y disuasivas para las personas naturales responsables de cohecho a funcionario público extranjero. En este sentido, se elevan las penas privativas de libertad, de multa e inhabilidades correspondientes a este delito. Además, se establece claramente la aplicación de la pena de comiso a los bienes recibidos por el empleado público. También, se incorpora un nuevo artículo 251 quáter, aplicable a este delito y que establece una pena accesoria de inhabilitación absoluta, temporal o perpetua, para ejercer cargos en empresas que contraten con órganos del Estado o con empresas en que éste tenga una participación mayoritaria; o en empresas que participen en concesiones otorgadas por el Estado o cuyo objeto sea la provisión de servicios de utilidad pública.
Además, a fin de asegurar la efectividad de la pena, pero respetando su proporcionalidad, en los casos más graves, en que la pena se determine en su tramo más elevado, no serían aplicables las penas sustitutivas, puesto que, de acuerdo al texto aprobado por la Comisión Mixta, en su grado más alto esta figura alcanzaría penas de crímenes.
- Se incrementa el monto máximo de las multas con que se puede sancionar a las personas jurídicas.

- Se establecen penas accesorias de comiso por equivalencia y de comiso de las ganancias obtenidas del ilícito, aplicables a las personas jurídicas responsables penalmente⁴.
- Finalmente, se incorpora una regla de suspensión de la prescripción aplicable al delito de cohecho a funcionario público extranjero y a otros delitos funcionarios (nuevo art. 260 bis). Esta regla se relaciona directamente con recomendación de la OCDE de no aplicar el artículo 103 del CP, que regula la denominada media prescripción, en los casos de cohecho transnacional. Considerando que no existe una razón de fondo para dejar de aplicar esta institución sólo a este ilícito, en lugar de seguir este camino, la iniciativa establece esta solución.

⁴ La OCDE solicita asegurar la pena de comiso por equivalencia, tanto para personas naturales como jurídicas. Sin embargo, el proyecto propone incorporar esta pena sólo para las personas jurídicas, puesto que su inclusión en el Código Penal habría significado una reforma estructural que excedía los objetivos de esta iniciativa, ya que tendría que haberse regulado como una pena de aplicación general y no sólo para el cohecho a funcionario público extranjero, puesto que no hay razones de fondo para excluirla de otros ilícitos. Dado lo anterior, en este punto, se entiende que el proyecto permitiría dar cumplimiento parcial a la recomendación de la OCDE.