

Delimitación del círculo de autores en la modalidad pasiva del delito de corrupción entre particulares en un “modelo de la competencia” y consecuencias asociadas a la exclusión del principal

*Oswaldo Artaza Varela**

RESUMEN

El trabajo examina los problemas relativos al círculo de autores del delito de corrupción entre particulares que son consustanciales a un “modelo de la competencia” y que están asociados al hecho de que se sancione exclusivamente la corrupción de empleados o mandatarios. Así, se analizan las dificultades relativas a la determinación de quiénes pueden ser considerados autores en este delito a partir del objeto de protección y cuáles son las consecuencias legítimas que pueden derivarse, para la valoración del comportamiento de estos, del hecho que se excluya al principal del círculo de autores.

Corrupción entre particulares; empleado; mandatario; exclusión del principal

Demarcation of the circle of perpetrators in the passive modality of the crime of commercial bribery in a “competition model” and consequences associated with the exclusion of the principal

ABSTRACT

The paper examines the problems related to the circle of offenders in the crime of commercial bribery that are inherent to a “competition model” and are associated with the fact that the corruption of employees or agents is exclusively sanctioned. It will be analyzed the problems associated with the determination of those who can be considered perpetrators of this crime. Then, will be resolved the question of the legitimate consequences can be derived from the fact that the principal is excluded from the circle of perpetrators (principal in the first degree) for the assessment of the behavior of the employees or agents.

Commercial bribery; employees; agents; principal exclusion

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Doctor en Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Barcelona, España. Profesor asociado Centro de Estudios de Derecho Penal, Universidad de Talca, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8453-5069>. Correo electrónico: oartaza@utalca.cl.

El presente artículo ha sido desarrollado en el marco del proyecto Fondecyt Regular N° 1210214, titulado: “El delito de corrupción entre particulares como delito económico: una propuesta analítica desde una perspectiva comparada”.

Artículo recibido el 21.4.2022 y aceptado para su publicación el 5.10.2022.

I. INTRODUCCIÓN

Mediante la Ley 21.121 se introdujo en Chile el delito de corrupción entre particulares con la incorporación de los artículos 287 bis y 287 ter, los que regulan la llamada corrupción pasiva y activa, respectivamente. Si bien es cierto que por medio de estas figuras se pretenden erradicar los actos de corrupción de empleados o agentes que se lleven a cabo en el sector privado, se pueden identificar del examen del ámbito comparado fundamentos muy diversos a la hora de explicar las razones por las que se ha criminalizado esta conducta y la forma como se tipifica, esto es, podrían identificarse diversos “modelos regulativos”¹. En términos simples, estos modelos responderían a la definición de qué es lo protegido por tales tipos penales y el alcance de esta protección. En la actualidad, con matices y simplificando el punto, estos modelos pueden ser agrupados en dos grandes categorías². En primer lugar, aquellas legislaciones que ponen el acento en la protección de los intereses del empleador, ya sea recurriendo a la salvaguarda de deberes fiduciarios –“modelo del empleador”– o su patrimonio –“modelo patrimonial”–. Tales modelos se caracterizan, desde el punto de vista de la estructura del tipo penal, por satisfacerse con el solicitar o aceptar³, en su caso, un beneficio económico o de otra naturaleza, al que no se tiene derecho, para llevar a cabo una conducta contraria a los intereses del empleador o “principal”, como podría ser la de vender información confidencial en forma contraria a las obligaciones del cargo⁴ y, en algunos ordenamientos, con la exigencia de perjuicio al principal⁵. Por otra parte, aquellos ordenamientos jurídicos en que se reconoce en estos tipos penales una forma de protección a la competencia leal, es decir, la protección de intereses supraindividuales relativos al funcionamiento del sistema de mercado, por lo que recibe la denominación de “modelo de la competencia”. En este último sentido, se ha señalado, con el propósito de legitimar la criminalización de tales conductas, que la corrupción afectaría la competencia o la falsearía en la medida que alteraría los efectos esperados de esta. Estos efectos serían, al menos en lo que se refiere a la toma de decisiones en determinadas interacciones comerciales, que la obtención de clientes se lleve a cabo en

¹ En detalle, ALDONEY, 2020, p. 816. En detalle, desde un punto de vista comparado, LA ROSA, 2018, pp. 43 y ss.

² ARTAZA, 2021, pp. 292-297. Como se indicó, tal categorización no es más que una simplificación. Para un análisis detallado de tales modelos, ver HEINE, 2003, pp. 10 y ss.

³ Se ocupará acá indistintamente los términos “solicitar” o “aceptar” para simplificar la exposición, con independencia de que no respondan a toda la variedad de verbos rectores utilizados en las legislaciones analizadas.

⁴ En este sentido, el artículo 661.3 del Código Penal de California y el artículo 180 del Código Penal de Nueva York. En ambos se sanciona la infracción de deberes hacia el principal y se exige no haber obrado con su consentimiento.

⁵ Un buen ejemplo de exigencia de perjuicio es la del artículo 2635 del Código Civil italiano, sin perjuicio de que con esto no se está asumiendo que este tipo penal proteja el patrimonio, asunto que es sumamente discutido por la doctrina de ese país –sobre todo por los cambios legislativos que ha tenido tal disposición–, lo que excede al objeto de este trabajo. Al respecto, fundamental, LA ROSA, 2018, pp. 290-323; TRONCONE, 2018, pp. 93-118.

forma de procesos permitidos y legítimos donde primen criterios de mérito económico⁶. Parece evidente que la característica definitoria de este modelo es que se restringe el campo de aplicación de la norma de comportamiento a aquellos sobornos dados en situaciones de competencia, como claramente lo hace el Código Penal chileno, al exigir que el soborno esté conectado al favorecimiento de un oferente por sobre otro.

Ahora, con independencia de las importantes diferencias que puedan identificarse entre tales modelos, lo cierto es que coinciden en un aspecto sumamente relevante: por la delimitación del “círculo de autores”, al menos en lo que respecta a la “modalidad pasiva”⁷, ya que solo resultan jurídico-penalmente relevantes aquellos sobornos donde el eventual destinatario es un “empleado o mandatario”. Esto es, se tratan de “delitos especiales”⁸. En consecuencia, el empleador o principal no puede ser considerado como autor de este delito en el sentido estricto del término⁹, al menos cuando este es el destinatario de un beneficio económico o de otra naturaleza para incidir en su proceso de toma de decisiones.

Tal restricción tiene una explicación bastante evidente respecto del modelo del empleador o el patrimonial. Si lo que se protegen son intereses instrumentales de este, no tendría sentido alguno su consideración como posible autor. Pero, además, parece razonable sostener que cualquier forma de intervención en la conducta del empleado no podrá ser entendida como un supuesto de participación punible, en la medida que tal forma de imputación por colaborar con la conducta delictiva de otro¹⁰ supondrían la afectación de intereses diversos a los del principal. No se debe olvidar que tal exclusión además se ve respaldada por la propia estructura típica en este modelo, en la medida que la modalidad de ataque supone la infracción de deberes fiduciarios, en un caso, o la causación de perjuicio, en el otro, por parte del empleado o agente.

Asimismo, tal restricción también se ha tratado de explicar a propósito del modelo de la competencia, en la medida que la estructura típica y, específicamente, la modalidad de ataque consistiría en un supuesto de “corrupción” dado por la intromisión ilícita por parte del sobornador –por medio del soborno– en la toma de decisiones propias de relaciones de subordinación o representación¹¹. En este sentido, cuando el destinatario del soborno es el propio principal no se satisfaría este elemento de interferencia ilícita en los procesos de toma de decisión propios de relaciones de subordinación o agencia¹². Como señala Krick, a propósito del análisis del tipo penal alemán que responde al

⁶ ENCINAR, 2016, p. 99; DE LA CUESTA y BLANCO, 2002, pp. 282 y ss.; DANNECKER, 2017, rn. 94.

⁷ Esto es, la conducta desplegada por el empleado o mandatario y que está regulada en el artículo 287 bis del Código Penal chileno.

⁸ A diferencia de la modalidad pasiva, la modalidad activa regulada por el artículo 287 ter es un delito común. HERNÁNDEZ, 2019, p. 194, KINDHÄUSER y BOSË, 2021, p. 404. En contra, OTERO, 2019, p. 10.

⁹ Por todos, KRICK, 2019, nm. 20.

¹⁰ O “infracción de deberes secundarios”, de acuerdo con MAÑALICH, 2010, p. 387.

¹¹ TEIXEIRA, 2018, p. 227, y JANSEN, 2020, p. 311 y ss., especialmente p. 322.

¹² KINDHÄUSER y BOSË, 2021, p. 398.

modelo de la competencia¹³, esta modalidad de ataque supondría una “influencia anti-competitiva en la toma de decisiones internas de un participante del mercado”, ya que se prometen o conceden ventajas a los empleados o agentes que están autorizados a tomar decisiones o a influir en ellas¹⁴. Es evidente que esta explicación de la exclusión del principal es meramente formal, esto es, viene dada por el hecho de que no se cumplen exigencias típicas y no da cuenta de su justificación material. Una de las principales diferencias que se presentan con el modelo del empleador es que si bien se reconoce la imposibilidad de que el principal sea considerado autor, no resulta para nada evidente el tratamiento que debe dispensarse a aquellos supuestos en que este más bien interviene en forma accesoria en el acto de corrupción del empleado o agente. Así, por ejemplo, no parece problemática, al menos en Alemania, la posibilidad de sancionar al principal como partícipe, en caso de que se cumplan los requisitos específicos para tales efectos¹⁵. Pero, por otra parte, una de las cuestiones que se siguen debatiendo a propósito de este modelo dice relación con las consecuencias que legítimamente pueden extraerse del comportamiento del principal, especialmente del hecho que autorice o que consienta la recepción de un soborno por parte de un empleado o agente. O, incluso, del hecho que este último actúe con el propósito de beneficiar al principal. Todas estas cuestiones solo resultan problemáticas en el marco del análisis de un “modelo de la competencia” y, no, por el contrario, en el marco del modelo del empleador o uno patrimonial.

Pero, además, pueden identificarse otra clase de desafíos que serían propios del modelo de la competencia y que dicen relación con la cuestión del “círculo de autores”. Así, en el modelo del empleador lo fundamental es que el empleado o agente actúe en forma desleal contra el representado. Por tanto, puede ser autor todo aquel que pueda actuar en su nombre y que esté en condiciones de tomar decisiones de cierta importancia. En el modelo de la competencia es más complejo, ya que, por consiguiente, se requiere además que el poder decisorio del empleado o agente pueda incidir de cierta forma específica en la distorsión de las reglas de la competencia leal. Así, en Chile, que el sujeto activo pueda, en el ejercicio de sus funciones, favorecer la contratación de un oferente por sobre otro. Sin embargo, y tomando en cuenta las diferencias relativas al “sentido literal posible” que pudieran presentarse entre diversas legislaciones tenidas a la vista, se han ofrecido explicaciones muy diversas respecto de la clase de procesos de toma de decisión que pueden ser desvirtuados mediante el soborno de empleados o agentes. Así, por ejemplo, una postura que parece ser mayoritaria en Alemania, sostiene que el sujeto activo solo debe poder influir en procesos de contratación, incluyendo aquellos que llevan a cabo los consumidores. En cambio, una postura que tiene cierto respaldo en España, ha señalado que el tipo se restringe a los procesos de contratación en que el sujeto activo decida directamente en nombre del principal, esto es, que puedan obligar a este último.

¹³ En Alemania, luego de la reforma al STGB de 2015 conviven dos tipos penales distintos en el artículo 299. Uno de estos responde al modelo de la competencia y el otro, introducido en ese año, al modelo del empleador.

¹⁴ KRICK, 2019, nm. 20.

¹⁵ KRICK, 2019, nm. 19. En España, NAVARRO y MELERO, 2011, p. 19.

En suma, este estudio pretende detectar y proponer soluciones a varios problemas que son consustanciales al modelo de la competencia en ámbitos como el chileno, alemán y español y que dicen relación con la decisión del legislador de introducir un delito especial donde solo puede ser autor un empleado o mandatario.

La primera parte de este estudio se aboca a la delimitación del círculo de autores en la modalidad “pasiva” del delito de corrupción entre particulares, para ello se propondrá una definición de “empleado” y “mandatario” que dé cuenta de las propiedades que deben confluir en estos para poder ser considerados como eventuales autores de este delito. Para tales efectos, se resolverá, como cuestión previa, el de la interpretación de tales términos en razón de su “sentido literal posible” y si, para tales efectos, el derecho penal se encuentra obligado o no, a conceptos que provengan de otras áreas del Derecho. A continuación, se propondrán ciertos criterios jurídicos para la delimitación del círculo de autores en un “modelo de la competencia” que digan relación con un aspecto estrictamente material, como es el de la capacidad, al menos potencial, de incidir en el interés tutelado.

En la segunda parte se abordarán aquellas cuestiones que la doctrina ha entendido como consecuencias para la delimitación del tipo penal que se seguirían de la exclusión del principal como autor de este delito, colocando el acento en sus principales diferencias y la explicación de estas. Para tales efectos, se analizará el fundamento de tal exclusión, con el solo propósito de poder establecer las bases para proponer soluciones a las diferencias previamente detectadas en forma coherente con la fundamentación propuesta.

El presente estudio se justifica, especialmente, si se considera que en el ámbito nacional se ha reconocido por la doctrina que el tipo penal chileno encuentra su justificación en la protección de la competencia como interés colectivo o “institucional”¹⁶, por lo que se asumiría que el legislador habría optado por un “modelo de la competencia”. Si bien es cierto parece mayoritaria la consideración de la “competencia leal”¹⁷ como el objeto de protección, también se ha considerado que este tipo penal puede entenderse como un mecanismo de protección de la “libre competencia”¹⁸. Con independencia de lo anterior, tal punto de partida explicaría la relevancia de identificar las diferencias que se han planteado en el ámbito comparado respecto de los problemas detectados y el análisis de las diversas soluciones propuestas para estos, con el objeto de facilitar así la interpretación del tipo penal chileno por medio de la toma de postura respectiva.

¹⁶ Es decir, se protege la competencia en tanto “regla del juego” fundamental para un sistema económico en particular, la que se considera, a su vez, como beneficiosa para el libre desarrollo de la personalidad de sus ciudadanos. Fundamental respecto de la competencia, WALTHER, 2011, pp. 59 y ss.

¹⁷ HERNÁNDEZ, 2019, p. 186; ALDONEY, 2020, p. 824; ARTAZA y ROJAS, 2020, pp. 783-784.

¹⁸ COLLADO, 2020, p. 828.

II. DELIMITACIÓN DEL CÍRCULO DE AUTORES DEL DELITO DE CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES EN SU MODALIDAD PASIVA

1. *La perspectiva de análisis para la definición de empleado o mandatario y sus consecuencias*

La modalidad de corrupción pasiva regulada en el artículo 287 bis del Código Penal es un delito especial. Esto quiere decir que el círculo de autores se ve restringido a determinados sujetos que ostentan cierta calidad exigida por el tipo penal. Solo un empleado o mandatario puede ser autor de este delito. Al menos en el ámbito alemán parece mayoritaria la postura que interpreta estos términos a base de parámetros estrictamente jurídico-penales¹⁹. De acá se desprende que lo medular será determinar los elementos fácticos que debieran verse satisfechos para que un sujeto pueda ser considerado “empleado” o “agente” que legítimamente puedan extraerse del propio tipo penal y su objeto de protección. La principal consecuencia práctica es que no resultaría relevante, según Dannecker, la “calificación del contrato para el derecho laboral o su eficacia para el derecho civil”²⁰, así como tampoco la verificación de un contrato de mandato, ya sea civil o comercial, para satisfacer las exigencias necesarias para ser considerado autor de este delito.

En este sentido, y en lo que respecta al sentido del término “empleado”, se puede observar que la doctrina especializada alemana lo entiende como quien presta servicios a otro y está sujeto a sus instrucciones. Por tanto, lo esencial es que se verifique una relación de subordinación valorada desde parámetros estrictamente fácticos²¹. Asimismo, mandatario es quien en virtud de su cargo está facultado u obligado a actuar en nombre de otro, ya sea en forma permanente u ocasional²², no siendo necesaria la constitución de un mandato civil o comercial²³. Por lo mismo, resulta absolutamente irrelevante la fuente de tal posición y deben ser considerados como mandatarios quienes ya sea por ley

¹⁹ Se recurrió preferentemente al análisis del ámbito alemán por las similitudes que presenta con el tipo penal chileno, en la medida que limita el círculo de autores al empleado (*Angestellter*) y al “agente” (*Beauftragter*). LACKNER y KÜHL, 2018, nm. 2. El tipo penal español presenta ciertas diferencias, ya que utiliza vocablos como el de “director”, “administradores”, “empleados” y “colaboradores”, términos que podrían ser reconducidos a las categorías de “empleado” o “agente” si son interpretadas en un sentido amplio.

²⁰ DANNECKER, 2017, nm. 29.

²¹ DANNECKER, 2017, nm. 29; WALTHER, 2011, p. 68; NÖCKEL, 2013, p. 51. En España, el tratamiento propuesto por la doctrina que aborda el problema es diverso, ya que por un lado se ha entendido empleado como aquel que tiene una “relación laboral con la empresa” pero se ha propuesto que esta puede verse definida por cuestiones fácticas como el hecho de que se desempeñe un “trabajo por cuenta ajena remunerado”. Ver al respecto, ENCINAR, 2016, p. 296. Para otro sector, se exigiría que el sujeto se halle “vinculado al principal (...) a través de un contrato laboral”, GILI, 2017, p. 131. En Alemania, como expone adecuadamente GORIUS, 2015, p. 170, incluso se considera irrelevante la naturaleza remunerada de la relación laboral.

²² DANNECKER, 2017, nm. 34; WALTHER, 2011, p. 68; KINDHÄUSER y BOSÉ, 2021, p. 401.

²³ KRICK, 2019, nm. 32; NÖCKEL, 2013, p. 52. En Chile HERNÁNDEZ, 2019, p. 188, sostiene que: “La calidad de mandatario no supone la representación de otro”.

o por resolución judicial deban actuar en interés de otros²⁴. Según Dannecker, el concepto “agente” pretende recoger todos los casos de representación “fáctica”²⁵. Esta es la postura que sigue en Chile Hernández, para quien con estos conceptos se ha pretendido “abarcar todas las formas de desempeño laboral o profesional para otro a cuyos intereses se está subordinado”²⁶. Por lo mismo, no resulta problemática la consideración como posibles autores de profesionales liberales –consultores, arquitectos o constructores– en la medida que la relación jurídica respectiva los ponga en posición de actuar en interés del contratante y no a riesgo propio.

En forma coherente con tal punto de partida, un sector de la doctrina admitiría como autores a quienes sin poder “representar” a la sociedad por sí solos puedan influir significativamente en la toma de decisiones comerciales. Piénsese, por ejemplo, en un director de una sociedad anónima abierta²⁷. Obviamente, tal posibilidad se verá limitada a los supuestos en que al menos *de facto* a tal sujeto se le hayan encomendado funciones relevantes desde el punto de vista del objeto de protección del tipo penal, aspecto que se deberá resolver no solo en atención a las posibilidades de administración que el marco jurídico respectivo de cada tipo de sociedad admita, sino que también a base de consideraciones de hecho relativas a la función que cumple un sujeto²⁸. Además, se considera fundamental que un sujeto solo deba representar los intereses de una de las partes de una operación, por lo que en aquellos negocios donde se deba velar indistintamente por los intereses de ambas partes no estaría permitido considerarlos como eventuales autores, como en ciertos supuestos de intermediación²⁹.

Ahora, y como resulta evidente, tanto en el caso del empleado como el mandatario es necesario que esta calidad se dé al momento de la verificación del soborno y que al menos se espere que continúe al momento futuro del favorecimiento por sobre otros oferentes³⁰.

Esta perspectiva fáctica debe ser considerada desde parámetros interpretativos como esencialmente correcta, en la medida que el derecho penal debe ser interpretado, como señala García Caveró, en forma autónoma, definiendo “(...) los elementos típicos en un sentido estrictamente fáctico, es decir, con independencia de su significación en el derecho civil, comercial o administrativo”³¹, salvo para el caso en que la regulación primaria efectivamente incida en la “configuración del objeto de protección penal”. En este sentido, y vinculando este problema con el modelo regulativo escogido por el legislador, quedaría más o menos clara la irrelevancia de las valoraciones que pudieran

²⁴ Así, por ejemplo, el veedor respecto de los acreedores, de acuerdo con el artículo 2 n° 40 de la Ley 20.720.

²⁵ DANNECKER, 2017, nm. 35.

²⁶ HERNÁNDEZ, 2019, p. 188).

²⁷ En detalle, KRICK, 2019, nm. 38- 40.

²⁸ Ver, para el ámbito chileno, VÁSQUEZ, 2013, p. 600.

²⁹ KRICK, 2019, nm. 35.

³⁰ DANNECKER, 2017, nm. 29; GORIUS, 2015, p. 170.

³¹ GARCÍA CAVERO, 2019, p. 288.

provenir del derecho del trabajo o del Derecho civil para efectos de la asignación de sentido a los términos en cuestión.

Para entender esta irrelevancia en el objeto de protección se puede efectuar una comparación con el delito de colusión –art. 62 DL 211– mediante el cual se sancionan penalmente ciertos “acuerdos anticompetitivos” especialmente graves. Al tratarse de una protección accesoria de la libre competencia, en el entendido que el propio DL 211 deja en manos del sistema administrativo sancionador el grueso de la protección de esta institución, la definición de conceptos que evidentemente provienen del derecho de la competencia como “acuerdo para fijar precios de venta” se debe llevar a cabo en forma armónica con este último³². Como advierte García Caveró, en “muchos casos, el tipo penal tipifica una conducta que tiene lugar en un contexto jurídicamente regulado y, por tanto, esa particular circunstancia debe ser necesariamente tenida en cuenta al momento de determinar lo que es objeto de represión penal”³³.

En este sentido, los resultados a los que arriba esta postura “fáctica” para el ámbito de la corrupción entre particulares resultan adecuados si se evalúan desde el objeto de protección, en la medida que el fin del legislador es evitar conductas que puedan distorsionar la competencia leal mediante la intromisión ilícita en procesos de decisiones dados en el marco de relaciones de subordinación o agencia. Para tales efectos, como ya se señaló, lo único relevante, como se podrá apreciar más adelante, es que quien actúe lo haga en posición de poder decidir o incidir de manera relevante en la toma de decisiones en nombre del principal.

Desde ya conviene detenerse en una de las principales consecuencias que se extraerían desde esta perspectiva fáctica y está dada por el tratamiento que se debiera dispensar a quienes pese a ser formalmente mandatarios o empleados debieran ser “tratados” como “principal de facto”³⁴ y, por ende, excluirlos del círculo de autores idóneos del tipo penal³⁵. Al menos en la discusión alemana se han planteado supuestos bastante evidentes, cuyas conclusiones podrían trasladarse sin problema al ámbito nacional, como los del único socio que administra una sociedad “por acciones” o el del administrador de una “empresa individual de responsabilidad limitada”. En ambos casos no están sujetos a instrucción o subordinación alguna y en definitiva actúan representando únicamente sus propios intereses³⁶. Al respecto, resulta especialmente relevante lo señalado en Alemania por Goriús, de acuerdo con este, debe entenderse por “principal” en quien confluyan la capacidad de dirección del negocio, formación de la voluntad y supervisión, por lo que actúan a base de su exclusiva libertad de contratación³⁷. De otro modo, y como acertadamente

³² Al respecto, ARTAZA y ROJAS, 2020, p. 790.

³³ GARCÍA CAVERO, 2019, p. 290.

³⁴ DANNECKER, 2017, nm. 31.

³⁵ Tal posibilidad solo se plantea si se asume como correcta la exclusión del principal del círculo de autores. Al respecto, GIL, 2015, pp. 580 y ss., para incorporar al principal dentro del círculo de autores vía interpretativa.

³⁶ JARA, 2004, p. 69.

³⁷ GORIUS, 2015, p. 208.

advierte la autora, la sanción a tales sujetos dependería, sin más, de la forma jurídica que opte para el desarrollo de su negocio, esto es, si se ha constituido o no como persona jurídica³⁸. Como resulta evidente, las reflexiones que se acaban de efectuar a propósito de sociedades unipersonales no podrían ser trasladables, por ejemplo, a supuestos muy diversos como el de la administración de sociedades colectivas por uno de sus socios³⁹ o la administración llevada a cabo por uno de los copropietarios⁴⁰. En ambos supuestos sería posible su consideración como mandatarios o agentes en sentido amplio.

2. *La incidencia del empleado o mandatario en la toma de decisiones relevantes para la competencia leal*

Con independencia de la cuestión “conceptual” y de la perspectiva que se siga para su resolución, abordar el problema del círculo de autores de este delito en el ordenamiento jurídico penal chileno supone varios pasos, ya que el tipo penal no solo lo restringe en atención a la calidad de empleado y mandatario, sino que también —en forma tácita— en atención a las competencias de estos, ya que del sentido literal del precepto se extrae que estos deben poder influir, en el marco de sus labores, en la contratación de un oferente⁴¹. En un “modelo de la competencia” parece fundamental delimitar adecuadamente el círculo de autores en atención a esta capacidad de incidir o afectar las condiciones de acceso equitativas de los competidores a la lucha por los clientes⁴². En suma, resulta consustancial al “autor” de este delito la facultad de poder tomar decisiones o influir en la contratación de oferentes actuando en nombre de otro. Como se señaló más arriba, las diferencias que se presentan en el “modelo de la competencia” están asociadas al “tipo de poder” que se exige en el empleado o mandatario respecto del favorecimiento en la contratación de oferentes. Al menos en Chile, esta cuestión está asociada a la comprensión correcta del “favorecer en el ejercicio de sus labores la contratación de un oferente por sobre otro” y si de acá se sigue que este favorecimiento necesariamente debe consistir en una eventual contratación entre el principal —por medio de su empleado o mandatario— y el sobornador, o si este favorecimiento puede consistir en haber incidido en que otro, por ejemplo, un consumidor, perfeccione un contrato con el propio sobornado que pueda favorecer al sobornador. Piénsese, por ejemplo, en los casos donde un distribuidor soborne a vendedores para ofrecer con especial énfasis sus productos en desmedro de los productos de otro oferente. Por consiguiente, acá el empleado o mandatario no obliga al principal con su decisión mediada por el soborno, ya que tal decisión no consiste en “contratar” directamente, sino que aprovechar su posición para favorecer a un oferente por sobre otro.

³⁸ GORIUS, 2015, pp. 209-2010.

³⁹ VÁSQUEZ, 2019, p. 402.

⁴⁰ KRICK, 2019, nm. 39.

⁴¹ En España, incluso se le otorga más relevancia a esta cuestión que a la “definición” propiamente tal. Por ejemplo, ENCINAR, 2016, p. 289.

⁴² NÖCKEL, 2013, p. 51.

Al respecto, conviene detenerse brevemente en el ámbito comparado donde inmediatamente, y nuevamente resguardando las diferencias dadas por el sentido literal posible, se pueden detectar importantes diferencias. Así, por ejemplo, parece resultar mayoritaria la posición en Alemania que, de acuerdo con Dannecker, supone en el empleado poder decisorio o que al menos pueda influir en la toma de decisiones relativas a la adquisición de bienes o servicios en el tráfico comercial⁴³. Por el contrario, se excluyen los supuestos donde el poder de influir viene dado por razones ajenas a las funciones que desempeña como empleado o mandatario como, por ejemplo, cuando son vínculos familiares o personales los que les permite convencer a otro respecto de la contratación de bienes o servicios. De acá se desprende también en forma pacífica, que no pueden ser autores de este delito quienes ocupan posiciones absolutamente subordinadas sin ninguna clase de incidencia en la toma de decisiones comerciales que puedan influir en la competencia⁴⁴.

Del tipo penal, que supone que un empleado o agente en el ejercicio de sus funciones acepte u solicite un soborno como contraprestación para favorecer a otro en la adquisición de bienes o servicios en forma desleal en la competencia, se extraería que la única exigencia significativa es que “las labores” del sujeto lo pongan en posición de poder influir en la toma de decisión respecto de la contratación de un oferente, lo que evidentemente sucede cuando es este el que toma la decisión definitiva respecto de quién contratar, pero también cuando tiene poder sobre quién decide, ya sea por su posición jerárquica o porque su posición lo permite, como en el caso donde el empleado convence a un consumidor para elegir a un distribuidor por sobre otro⁴⁵. Así, paradigmáticamente, los incentivos ocultos a vendedores para que ofrezcan con especial énfasis ciertas marcas en desmedro de otras o, incluso, los casos en que médicos empleados favorezcan a ciertas farmacéuticas por sobre otras, recetando sus medicamentos debido al pago de un soborno⁴⁶. En ambos supuestos se cumplirían las exigencias del tipo penal.

En el ámbito español se pueden identificar inmediatamente ciertas diferencias. Al menos si se analiza la doctrina más reciente que se pronuncia expresamente acerca del tema, se constata que pese a las similitudes relativas al tenor literal posible del tipo penal —en comparación con el alemán y chileno— en el sentido de que exige únicamente que el sujeto activo solicite o acepte el soborno 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”, un sector pretende restringir el círculo de autores a quienes “puedan obligar a la empresa en el tráfico mercantil, esto es, en el ámbito de la adquisición o venta de mercaderías, en la contratación de servicios, o de

⁴³ DANNECKER, 2017, nm. 29, también KRICK, 2019, nm. 23.

⁴⁴ WALTHER, 2011, p. 68. También se ha advertido que el mero hecho de figurar como empleado o mandatario no serán suficientes para ser considerado como autor —como en el caso del uso de testaferros—. A su vez, debe ser tratado con especial cuidado el uso de intermediarios para la recepción de sobornos, casos en los que el autor será quien está detrás del uso de tal técnica y ostente la calidad exigida por el tipo penal, DANNECKER, 2017, nm. 30.

⁴⁵ Así también en Chile, HERNÁNDEZ, 2019, p. 192.

⁴⁶ En detalle, GORIUS, 2015, pp. 171 y ss.

cualquier otra relación comercial”⁴⁷, por lo que se excluirían a quienes no tengan tal capacidad para vincularla comercialmente. Encinar ha sostenido, en este sentido, que el sujeto activo debe tener capacidad “para, precisamente, contratar el producto o servicio determinado al que se refiere la conducta de corrupción”⁴⁸.

Conviene detenerse brevemente en los argumentos que se han esgrimido para tal restricción. Todo parece indicar que tal postura no se basaría en cuestiones relativas a la literalidad del precepto, sino que más bien en atención al fin de protección. Por lo mismo, parece especialmente relevante para el objeto de estudio evaluar si tal consecuencia resulta o no correcta. De acuerdo con lo señalado recientemente por Berenguer, sin “poder decisorio no puede generarse un peligro *ex ante* necesario para poder entender consumado el delito, dado que sin este sería imposible poner en riesgo el bien jurídico protegido de la competencia”⁴⁹, en la medida que no se estaría en posición de poder favorecer indebidamente a un competidor. Sin embargo, se debe advertir desde ya que tal argumento puede ser inmediatamente contradicho si se considera que el “poder decisorio” por tanto es un asunto *de facto*, por lo que no resultan decisivas cuestiones meramente formales como el de figurar como responsable de la toma de decisiones comerciales. El problema de esta postura es que dejaría fuera supuestos como el de los sobornos para incidir en los consumidores, los que, en principio, pueden ser sumamente relevantes desde el punto de vista del objeto de protección. Se debe recordar que desde parámetros relativos a la protección de la competencia, la lucha por los clientes se efectúa frecuentemente mediante la intermediación de comerciantes y que, en ocasiones, tal capacidad de incidencia puede ser de tal tenor que sea considerada idónea para afectar la lealtad en la competencia. Si bien es cierto este en un problema que no se puede abordar en detalle, por exceder en demasía el objeto del estudio, se puede resumir en los siguientes términos: desde parámetros propios de la competencia leal, en ocasiones se considera que la influencia que pueda hacer un sujeto –por ejemplo, un vendedor– sobre un tercero –por ejemplo, un consumidor– aunque esté mediada por un incentivo otorgado por un competidor, sería irrelevante para la calificación del acto como “desleal”, en la medida que se asume que el “consumidor informado”, no espera del vendedor una actitud imparcial respecto del ofrecimiento o consejo que le está haciendo. En el fondo, el consumidor operaría sobre la base de que el vendedor no representa los intereses del consumidor, sino que sus propios intereses o los de su empresa. Pero, por el contrario, se reconocería impacto en la competencia leal en aquellas ocasiones en que el consumidor sí pueda esperar tal imparcialidad respecto del vendedor⁵⁰.

Por lo mismo, y respecto de los resguardos que se deben tomar a la hora de interpretar el tipo penal chileno, si se tiene en cuenta que el tipo penal solo exige que el

⁴⁷ Con más referencias, BERENGUER, 2020, p. 222.

⁴⁸ ENCINAR, 2016, p. 289. En contra, OTERO, 2019, p. 12 y en forma expresa GARCÍA ALBERO, 2015, p. 572.

⁴⁹ BERENGUER, 2020, p. 223.

⁵⁰ Respecto de la discusión que se ha planteado en Alemania, RHEINLÄNDER, 2014, pp. 145-146; WACKERNAGEL y GSCHOSMANN, 2021, pp. 53-55.

autor, en sus labores, pueda favorecer la contratación de un oferente por sobre otro, y que los supuestos en que el empleado o mandatario recurren a su capacidad de incidir en las decisiones de otros, pueden igualmente distorsionar las condiciones de acceso de los competidores a la clientela, resulta poco plausible restringir el círculo de autores a aquellos que tengan la capacidad de obligar al principal y, por tanto, a los supuestos donde el empleado o mandatario sean quien contrate un bien o servicio en nombre de otro.

III. EXCLUSIÓN DEL PRINCIPAL O DUEÑO DEL NEGOCIO DEL CÍRCULO DE AUTORES: FUNDAMENTOS, Y CONSECUENCIAS RELATIVAS A LA VALORACIÓN DE LA CONDUCTA DEL EMPLEADO O MANDATARIO

1. *Fundamentos y alcance de la exclusión*

Como ya se indicó, un sector significativo de la doctrina especializada, tanto en Alemania como España, sostienen que del tipo penal se desprende indudablemente que no puede ser autor de la modalidad pasiva el principal o dueño del negocio o empresario, esto es, quien “ejercita una actividad empresarial en nombre propio”⁵¹ así, por ejemplo, resultarían atípicas indudablemente las decisiones mediadas por un soborno que pueda tomar un empresario individual, pero también aquellas que tomen ciertos, “principales *de facto*” o las adoptadas por órganos de una sociedad en la medida que el propio ordenamiento jurídico las entienda como “principal” de la persona jurídica⁵². Respecto del alcance de tal exclusión, se debe partir de la base que lo que estaría vedado es su consideración como autor en sentido estricto —es decir, autor directo, mediato o coautor—, ya sea por su intervención activa en esta conducta, como por no haber prevenido este delito.

Por lo mismo, un análisis riguroso de las consecuencias de la delimitación del círculo de autores en el modelo de la competencia obliga a considerar este aspecto al menos en forma preliminar, sobre todo en lo que respecta a las consecuencias que se han extraído de esta decisión del legislador en el ámbito comparado y que podrían tener impacto en la valoración del comportamiento de empleados y agentes.

Lo primero que se debe advertir, es que esta decisión del legislador ha sido sumamente criticada, e incluso se ha considerado, por un sector de la doctrina española, como un “olvido injustificable del legislador”⁵³ o que podría ser resuelto vía interpretación del tipo penal⁵⁴. Al respecto, el motivo sustancial que se ha esgrimido para criticar tal exclusión es la asunción de que el soborno al dueño del negocio también afectaría la competencia leal y que, por tanto, una protección efectiva de tal institución supondría, al menos de

⁵¹ BERENGUER, 2020, p. 241.

⁵² Ver la exposición en detalle de GORIUS, pp. 211 y ss.

⁵³ NAVARRO y MELERO, 2011, p. 19.

⁵⁴ GIL, 2015, p. 569 y ss., respecto de la posibilidad de incluirlo en la figura del “administrador de hecho”.

lege ferenda, incluir a estos sujetos⁵⁵. Sin perjuicio de esta cuestión, que también puede ponerse en duda en la medida que en estos supuestos el soborno ha sido comprendido como un mejoramiento de la oferta⁵⁶, lo fundamental no es la mera constatación de la posibilidad de que el principal esté en condiciones o no de afectar el bien tutelado, sino, más bien, si pueden esgrimirse buenas razones para que, pese a tal posibilidad, se haya optado por reducir el campo de aplicación a determinadas modalidades de ataque, a saber, el de la corrupción de empleados o mandatarios.

Del análisis de la dogmática especializada se extrae que la única razón que podría estar detrás de tal restricción es que el legislador habría preferido evitar introducir un tipo penal para la protección de la competencia leal a costa incluso de la afectación de la libertad económica y de contratación del principal⁵⁷. En principio, tal fundamentación puede ser reforzada a base de consideraciones sistemáticas: incluirlo dentro del círculo de autores sin ninguna excepción y, por tanto, criminalizar sus decisiones económicas –aunque estén influidas por el ofrecimiento de sobornos– supondría equiparar completamente el delito ahora analizado con el delito de cohecho, suponiendo así erróneamente que el Estado protege sin límite alguno expectativas de imparcialidad en los negocios y que obliga a que los privados decidan exclusivamente a base del mérito económico de los competidores⁵⁸. Desde un punto de vista exclusivamente “material”, se podría explicar tal exclusión como una decisión coyuntural del legislador que asumiría, en atención al principio de fragmentariedad, que la modalidad de ataque intolerable contra el interés tutelado sería únicamente la corrupción de quienes actúan en su nombre.

Asimismo, y como se indicó con anterioridad, tal exclusión del titular no implicaría su “impunidad” del principal a todo evento, en la medida que también se ha reconocido que, si bien la exclusión del círculo de autores parece evidente, de acá no se desprende que no pueda responder como partícipe en caso de que se cumplan las exigencias para tal forma de imputación.

Especial mención merece el supuesto en que el empleado o mandatario actúen en nombre de un principal “persona jurídica”, ya que la Ley 20.393 permite expresamente la sanción a esta para la hipótesis en que ciertos integrantes cometan el delito regulado en el artículo 287 bis en interés directo e inmediato de la persona jurídica, cuando esta haya infringido sus deberes de dirección y supervisión en forma tal que se haya favorecido o posibilitado este delito⁵⁹. Si bien es cierto es indudable que el ordenamiento jurídico penal chileno admite la sanción penal a la persona jurídica por su responsabilidad en esta modalidad del delito, esto no significa necesariamente que se trate de una verdadera excepción a la “exclusión del principal” del “círculo de autores”, en la medida que no resulta para nada obvio que la Ley 20.393 regule la sanción de la persona jurídica en

⁵⁵ BLANCO, 2015, p. 543; NAVARRO y MELERO, 2011, p. 19.

⁵⁶ HERNÁNDEZ, 2019, p. 190.

⁵⁷ GILI, 2017, p. 175; ESTRADA, 2020, p. 555. Con matices, reconociendo que tal libertad puede verse limitada, NAVARRO y MELERO, 2011, p. 12.

⁵⁸ Ver, al respecto, ARTAZA, 2019, p. 30.

⁵⁹ ALDONEY, 2020, p. 812.

“calidad de autora” del delito respectivo, sino que más bien se podría entender perfectamente como una admisión expresa de un supuesto de responsabilidad “accesoria” al delito de corrupción entre particulares cometido por uno de sus integrantes⁶⁰. Tal forma de entender la responsabilidad penal de las personas jurídicas por el delito de corrupción entre particulares tiene respaldo en nuestro país, en la medida que se ha sostenido por un sector de la doctrina que la Ley 20.393 regularía, precisamente, un supuesto específico de “intervención delictiva”⁶¹ que incluso se ha equiparado expresamente a los casos de “intervención delictiva” para personas naturales⁶². El fundamento de tal responsabilidad estaría dado, justamente, por la propia contribución omisiva de la persona jurídica en tanto no ha desplegado los esfuerzos exigibles para la prevención de esta clase de delitos o, en palabras de la propia ley, ha infringido sus deberes de dirección y supervisión. Solo se quiere decir con esto que existe al menos una opción de interpretación alternativa a la de entender la responsabilidad penal de personas jurídicas como una “excepción” a la exclusión del principal del círculo de autores que presentaría la ventaja de evitar contradicciones sistemáticas, y podría ser considerada, además, como punto de apoyo argumentativo para la postura que sostiene que si bien es cierto el principal no podría responder en calidad de autor, sí podría hacerlo en calidad de partícipe.

Con independencia de este problema, que resulta imposible de abordar acá en profundidad, se debe atender a aquello que realmente presenta impacto práctico, esto es, el de las consecuencias de la exclusión del principal del “círculo de autores” para la delimitación del tipo penal.

2. *Consecuencias que legítimamente pueden derivarse de la exclusión del principal. Aproximación preliminar*

Como se podrá abordar a continuación, de esta exclusión se han derivado varias consecuencias que deben ser analizadas con especial cuidado. Así, y solo a modo de ejemplo, se ha sostenido –al menos en el ámbito español– que de esta se extraería que el tipo penal también protegería intereses del principal –de distinto orden–⁶³. A partir de lo anterior, se colegiría que debieran ser considerados atípicos ciertos sobornos por el hecho de haber sido autorizados o consentidos por el principal o porque se hayan solicitado o recibido para beneficiar a este⁶⁴. Por lo general, tales consecuencias vendrían aparejadas a la circunstancia de no haberse puesto en peligro tales intereses del principal. Si se lee la literatura española que aboga por tal postura parece reflejarse cierta resistencia a la comprensión de este tipo penal como un mecanismo de protección de la competencia

⁶⁰ Solo interesa, por ahora, problematizar aquella opinión que ve en la sanción a la persona jurídica por el delito de corrupción entre particulares, una “excepción” a la exclusión del titular del círculo de “autores”.

⁶¹ Ver, HERNÁNDEZ, 2010, p. 218; ARTAZA, 2021b), pp. 80-85.

⁶² Así, SCHÜRMAN, 2020, p. 740.

⁶³ BOLEA, 2018, p. 31, considerando la competencia solo como un bien jurídico “mediato”.

⁶⁴ Ver GILI, 2017, pp. 96-104, exigiendo un “componente de deslealtad interna” por parte del sujeto activo.

leal, por lo que se pretende restringir su campo de aplicación mediante la detección de otros intereses que podrían verse comprometidos⁶⁵. Sin embargo, tal aproximación, si bien pudo haber tenido cierto respaldo con anterioridad a la modificación del tipo penal respectivo el año 2015, debido a la exigencia de infracción de deberes por parte del sujeto activo, habría dejado de tenerlo –al menos por la literalidad del precepto– al haberse eliminado tal exigencia del tipo penal⁶⁶. Es importante considerar que tales argumentos, basados principalmente en la desconfianza con el objeto de protección, pueden deberse a la escasa tradición jurídica de ese país en lo que respecta a la protección de la competencia por medio del derecho penal⁶⁷. A diferencia del ámbito español, en Chile sí existen ejemplos claros –aunque recientes– de protección penal de la competencia debido a la tipificación de los “carteles duros” –artículo 62 D.L 211–, por lo que no parece problemático reconocer que el legislador ha otorgado categoría de bien jurídico penal a instituciones del sistema económico asociadas a la competencia. Por último, se debe tener en cuenta el siguiente argumento: del hecho que se excluya al principal no puede colegirse inequívocamente que se protejan sus intereses, ya que la otra explicación posible es la de la delimitación de la modalidad de ataque en razón del reconocimiento de su libertad de contratación.

Por lo mismo, a continuación, se propondrán dos criterios para la resolución de los problemas planteados: a) las consecuencias que válidamente se asuman como derivadas de la exclusión del principal deben tener asidero en valoraciones coherentes con el modelo de la competencia y no en la exigencia de afectación de intereses del principal y, b) de la decisión del legislador de excluir al principal solo se desprende legítimamente la irrelevancia jurídico-penal de aquellos supuestos en que indudablemente es este mismo el que incorpora objetivamente el beneficio ofrecido u solicitado a su proceso de toma de decisiones económicas como ejercicio de su libertad de contratación.

Así, en primer lugar, se puede analizar el problema planteado a propósito del tratamiento del favorecimiento de la mejor oferta en los casos en que esta se refuerza con el pago de un soborno⁶⁸. Para quienes asumen que de la exclusión del principal se deriva necesariamente la exigencia de un comportamiento desleal por parte del agente se asume, como obvio, que el favorecimiento de la mejor oferta –esto es, la más eficiente para el principal– resulta atípico. Sin embargo, resulta sumamente dudoso que se pueda extraer legítimamente de la exclusión del principal la atipicidad de estos supuestos, en la medida que, en primer lugar, resultaría desaconsejable desde parámetros relativos al objeto de protección del tipo penal⁶⁹: tales supuestos resultan idóneos para afectar el interés protegido, en la medida que igualmente desvirtúan las condiciones de acceso de

⁶⁵ Ver, por ejemplo, ESTRADA, 2020, pp. 554-555, en relación con los “intereses patrimoniales de los competidores”. Respecto de la protección de intereses del principal, ver BOLEA, 2018, p. 31; GARCÍA ALBERO, 2015, p. 569.

⁶⁶ BLANCO, 2015, p. 542.

⁶⁷ Expresamente, FERNÁNDEZ, 2017, p. 213

⁶⁸ Para el ámbito español, GILI, 2017, p. 96

⁶⁹ Así, ARTAZA, 2021, p. 303-304.

los competidores al cliente poniendo en duda los mecanismos de elección de proveedores en razón del mérito económico. Pero, además, se debe recordar que del fundamento de la exclusión solo se seguía la atipicidad de aquellos supuestos en que es el principal quien decide incorporar el pago de un beneficio a la oferta que se le está haciendo. En tales casos de soborno para reforzar la mejor oferta igualmente se satisface el elemento de corrupción del tipo penal, generado por la intromisión ilegítima en los procesos de toma de decisión entre agente y principal.

Un problema similar sucede con los casos en que se acepta un soborno en beneficio del propio principal. Como el tipo penal alemán, español y chileno admiten que el beneficio solicitado o aceptado por el sujeto activo sea para sí mismo o un tercero, se ha problematizado la posibilidad de que este último sea justamente el principal⁷⁰. Al respecto, se debe advertir que este problema no se presenta cuando el beneficio conseguido por el empleado es de aquellos que se esperan debido a su propia función y que son parte de una competencia permitida como, por ejemplo, la obtención de descuentos o patrocinios en favor del empleador, porque en tales casos es evidente que no se podría estar hablando de soborno⁷¹. Estos supuestos deben ser considerados como un mejoramiento lícito de la oferta⁷². De acá se extrae que el problema de la exclusión de supuestos donde el beneficiario sea el principal solo se daría en aquellos casos en que, en primer lugar, se asuma que se solicitó o aceptó un beneficio indebido como mecanismo para captar al cliente desde valoraciones propias de la competencia leal.

La atipicidad de tales supuestos se extraería, para sus defensores, de la exclusión del principal del círculo de autores, en la medida que él mismo podría procurarse tales beneficios en forma impune⁷³. Con todo, este argumento debe ser matizado. Que el principal pueda procurarse tales beneficios no supone que el empleado o mandatario puedan actuar con total impunidad solicitando o aceptando cualquier clase de beneficios. Su función, aunque esté dirigida a beneficiar al principal, puede entenderse limitada en virtud de la ley. Pero, además, tales supuestos pueden considerarse típicos, en la medida que la actuación indebida en beneficio del principal no podría ser asimilada sin más a una decisión de este en ejercicio de su libertad de contratación. Por lo que, nuevamente, se satisfaría el componente de “corrupción” propio de este tipo penal. Por último, al menos en Chile debe considerarse lo dispuesto por la Ley 20.393, la que admite la responsabilidad penal de las personas jurídicas en caso de que ciertos empleados o mandatarios cometan este delito en interés directo o inmediato de la primera. En tales circunstancias, el legislador chileno estaría reconociendo expresamente la relevancia jurídico-penal de los sobornos en beneficio del principal, al menos para el grupo de casos más importantes. Una solución contraria podría dejar sin aplicación alguna lo dispuesto por el legislador respecto de la responsabilidad penal de una persona jurídica por la

⁷⁰ Al respecto, RHEINLÄNDER, 2014, p. 144; en contra, expresamente, SCHÖNKE, *et al*, 2019, nm. 17-20.

⁷¹ RHEINLÄNDER, 2014, p. 144.

⁷² HERNÁNDEZ, 2019, p. 190.

⁷³ Con más referencias, SCHÖNKE, *et al*, 2019, nm. 19.

comisión del delito regulado en el artículo 287 bis, ya que es difícil de imaginar otros supuestos de la modalidad pasiva en que este sea cometido “en interés” de la empresa, que aquellos en donde se termina aceptando beneficios no permitidos para favorecer a un oferente por sobre otro dentro de dinámicas de competencia leal.

Por último, y simplificando el punto, se ha discutido arduamente respecto del tratamiento que debiese asignarse tanto a la autorización previa como al consentimiento posterior al soborno por parte del principal. Nuevamente se debe advertir que un sector de la doctrina española aduciría la atipicidad de los supuestos de autorización y el efecto justificante del consentimiento en consecuencia a su exigencia de un elemento de deslealtad interna⁷⁴. Por el contrario, en el ámbito alemán primaría al menos la postura que niega la eficacia justificante del consentimiento posterior, en atención a la naturaleza supraindividual de los intereses tutelados y a la incapacidad del principal para consentir respecto de tal afectación⁷⁵.

Un “modelo de la competencia” debiera establecer los criterios mínimos con los cuales operar frente a tales supuestos. De acá se extraerían importantes diferencias entre ambos. Así, la atipicidad no resultaría problemática para los casos de autorización del principal para que sus empleados reciban beneficios por parte de los competidores por medio de él mismo y que se efectúen en forma transparente en el mercado respectivo. Así, por ejemplo, premios e incentivos a la venta que se ofrecen por los competidores al principal⁷⁶. Tales prácticas, al ser consideradas parte de las reglas del juego para la competencia leal, no pueden ser entendidas, a su vez, como ilícitas para el derecho penal⁷⁷. Además, tales supuestos pueden comprenderse, sin problema alguno, como manifestaciones expresas de la voluntad del principal y, por tanto, protegidas por su libertad de contratación. Así, se excluirían los supuestos en que el beneficio se otorga por un distribuidor a los vendedores de una empresa por intermedio del principal, entendiéndolo como parte de las políticas de incentivos o incluso de remuneraciones de los empleados de este último⁷⁸.

No sucedería lo mismo con el “consentimiento” posterior del principal, ya que, en este caso, no se cumpliría ninguno de los requisitos para sostener la atipicidad. En primer lugar, se habría verificado, al momento del soborno, el componente de corrupción del tipo –como intromisión ilícita entre agente y principal– y, en segundo, se cumpliría el componente de “deslealtad” hacia los competidores y, por tanto, estaríamos frente a conductas idóneas para afectar expectativas normativas de acceso no distorsionadas a la competencia por los clientes por parte de los competidores. Es decir, también recurriendo

⁷⁴ Ver GILI, 2017, pp. 112-121.

⁷⁵ Por todos, KRICK, 2019, nm. 120; DANNECKER, 2017, nm. 130. En Chile HERNÁNDEZ, 2019, p.190; ALDONEY, 2020, p. 803.

⁷⁶ Ver, GARCÍA ALBERO, 2015, p. 567.

⁷⁷ En detalle, ALDONEY, 2020, p. 824, respecto de los casos de “soborno al descubierto” y las condiciones para su tipicidad. Ver, al respecto, DANNECKER, 2017, nm. 131, respecto del argumento relativo a la “sustitución” que haría el principal con el empleado en los casos de autorización, por lo que se entendería actuando él mismo.

⁷⁸ HERNÁNDEZ, 2019, p. 190.

al objeto de protección se refuerza la ilicitud del soborno cuando este es consentido por el principal del negocio. En este sentido, resulta correcto negar la eficacia justificante del consentimiento si los intereses en juego escapan a lo que resulta disponible para el principal.

BIBLIOGRAFÍA

- ALDONEY, Rodrigo, 2020: "El cohecho entre particulares y la incidencia del empleador en su comisión", en Nicolás Acevedo, Rafael Collado y Juan Pablo Mañalich (Coordinadores), *La justicia como legalidad. Estudios en homenaje a Luis Ortiz Quiroga*, Santiago, Thomson Reuters, pp. 801-826.
- ARTAZA, Osvaldo, 2019: "Corrupción entre particulares: lesividad de la conducta y consecuencias en sede de tipificación de acuerdo al análisis comparado", en *Revista de Derecho (Coquimbo. En línea)*, Vol. 26, pp. 1-35. <http://dx.doi.org/10.22199/issn.0718-9753-2019-0006>
- ARTAZA, Osvaldo, 2021a: "El delito de corrupción entre particulares. Problemas fundamentales relativos a la conducta prohibida y detección de eventuales problemas concursales", en Raúl Carnevali y Osvaldo Artaza (editores), *Los delitos de corrupción. Perspectiva pública y privada*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 291-331.
- ARTAZA, Osvaldo, 2021b: *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Santiago, DER Ediciones.
- ARTAZA, Osvaldo y ROJAS, Luciano, 2020: "La protección penal accesoria de la competencia a propósito de los delitos de colusión y corrupción entre particulares", en Nicolás Acevedo, Rafael Collado y Juan Pablo Mañalich (Coordinadores), *La justicia como legalidad. Estudios en homenaje a Luis Ortiz Quiroga*, Santiago: Thomson Reuters, pp. 775-800.
- BERENGUER, Sergio, 2020: *El delito de corrupción en los negocios*, Madrid, Boletín Oficial del Estado.
- BLANCO, Isidoro, 2015: "Artículo 286 bis", en Manuel Gómez Tomillo (director), *Comentarios Prácticos al Código Penal. Delitos contra el patrimonio y socioeconómicos*. Artículos 234-318 bis, Tomo III, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, pp. 539-547.
- BOLEA, Carolina, 2018: "El delito de corrupción privada tras la reforma del Código Penal español operada por LO 1/2015, de 30 de marzo", en Víctor Gómez, Juan Pablo Montiel y Helmut Satzger (editores), *Estrategias penales y procesales de lucha contra la corrupción*, Madrid, Marcial Pons, pp. 25-34.
- COLLADO, Rafael, 2020: "¿Qué se protege en el delito de corrupción entre particulares?", en Nicolás Acevedo, Rafael Collado y Juan Pablo Mañalich (Coordinadores), *La justicia como legalidad. Estudios en homenaje a Luis Ortiz Quiroga*, Santiago, Thomson Reuters, pp. 827-852.
- DANNECKER, Gerhard, 2017: "StGB § 299 Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr", en Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann y Hans-Ullrich Paeffgen (editores), *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch* (5. Auflage), Nomos, edición digital, Rn. 1-157.
- DE LA CUESTA, José y BLANCO, Isidoro, 2002, La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿Asignatura pendiente en el derecho penal español?, en José Luis Díez (coordinador), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: Libro homenaje al profesor doctor José Cerezo Mir*, Madrid, Editorial Tecnos, pp. 257-290.
- ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel, 2016: *El delito de corrupción privada en el ámbito de los negocios*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- ESTRADA, Albert, 2020: "Tema 16. Protección de la propiedad intelectual e industrial, del mercado y de los consumidores", en Jesús Silva (director), *Lecciones de derecho penal económico y de la empresa*, Barcelona: Atelier, pp. 495-570.

- FERNÁNDEZ, Silvia, 2017: "El delito de corrupción entre particulares (Art. 286 bis CP): Una interpretación restrictiva", en Joan Queralt y Dulce Santana (directores), *Corrupción pública y privada en el Estado de Derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 211-238.
- GARCÍA ALBERO, Ramón, 2015: "Corrupción en los negocios y modificación del cohecho", En Gonzalo Quintero Olivares (director), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, pp. 553-576.
- GARCÍA CAVERO, Percy, 2019: *Derecho Penal Parte General*, (3^o edición), Lima, Editorial Ideas.
- GIL, María Soledad, 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", *Estudios penales y criminológicos*, Vol. XXV, pp. 567-624.
- GILI, Antoni, 2017: *El delito de corrupción en el sector privado*, Madrid, Marcial Pons.
- GORIUS, Michaela, 2015: *Die Strafbarkeit des Prinzipals im Lichte des § 299 StGB*, Frankfurt am Main: Peter Lang GmbH.
- HERNÁNDEZ, Héctor, 2010: "La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile", en *Política Criminal*, vol. 5, N° 9, pp. 207-236.
- HERNÁNDEZ, Héctor, 2019: "Artículos 287 bis y 287 ter", en Jaime Couso y Héctor Hernández (directores) *Código Penal Comentado. Parte Especial. Libro Segundo. Título VI (Arts. 261 a 341). Doctrina y jurisprudencia*", Santiago: Thomson Reuters, pp. 182-195.
- HEINE, Günther, 2003: "Comparative analysis", en Günther Heine, Barbara Huber y Thomas Rose (Eds.), *Private commercial bribery. A comparison of national and supranational legal structures*, Friburgo, Edition Iuscrim.
- JANSEN, Scarlett, 2020: *Der Schutz des Wettbewerbs im Strafrecht*, Baden-Baden, Nomos.
- JARA, Rony, 2004: "Administración de la empresa individual de responsabilidad limitada", en Hernán Corral y José Díaz (editores), *Las empresas individuales de responsabilidad limitada. Nuevo régimen legal de organización empresarial*, Santiago, Universidad de los Andes.
- KINDHÄUSER, Urs y BOSË, Martin, 2021: *Strafrecht Besonder Teil II*, (11. Auflage), Baden-Baden, Nomos.
- KRICK, Carsten, 2019, "StGB § 299 Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr", En Volker Erb y Jürgen Schäfer (editores), *Münchener Kommentar zum StGB*, Band 5 (3. Auflage), edición digital, München, C.H. Beck, Rn. 1-240.
- LA ROSA, Emanuelle, 2018: *Corruzione privata e diritto penale. Uno studio sulla concorrenza come bene giuridico*, Torino, G. Giappichelli Editore.
- LACKNER, Karl y KÜHL, Kristian, 2018: "26. Abschnitt. Straftaten gegen den Wettbewerb", en Karl Lackner, Kristian Kühl y Martin Heger (editores), *Strafgesetzbuch Kommentar* (29. Auflage), München, C.H. Beck, edición digital, Rn. 1-9.
- MAÑALICH, Juan Pablo, 2010: "La estructura de la autoría mediata", en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXXIV, N° 1, pp. 385-414.
- NAVARRO, Irene y MELERO, Lourdes, 2011: "Corrupción entre particulares y tutela del mercado", *Indret*, N° 4, pp. 1-40.
- NÖCKEL, Anja, 2013: "Grundprobleme zu § 299 StGB. Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr", *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 1, pp. 50-56.
- OTERO, Pilar, 2019: "La progresiva ampliación del ámbito típico del delito de corrupción privada", *Indret*, 4, pp. 1- 41.
- RHEINLÄNDER, Markus, 2014: "Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr, § 299 StGB – Gedanken zur Bestimmung der Grenzen des Anwendungsbereichs der Norm", *WiJ*, N° 3, pp. 143-150.

- SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst y EISELE, Jörg, 2019: "Sechszwanzigster Abschnitt. Straftaten gegen den Wettbewerb", en Schönke/Schröder (editores), *Strafgesetzbuch Kommentar*, (30. Auflage), edición digital, München, C.H Beck.
- SCHURMANN, Miguel, 2020: "La persona jurídica como un nuevo partícipe en el delito económico", en Acevedo, Nicolás; Collado, Rafael y Mañalich, Juan Pablo (coord.), *La justicia como legalidad. Estudios en homenaje a Luis Ortiz Quiroga*, Santiago, Thompson Reuters.
- TEIXEIRA, Adriano, 2018: *Das Unrecht der privaten Korruption im geschäftlichen Verkehr*, Baden-Baden, Nomos.
- TRONCONE, Pasquale, 2018: "Il nuovo delitto di corruzione tra privati -Adeguamenti eurounitari e riflussi del passato", *L'Indice Penale*, IV, N°1, pp. 93-118.
- VÁSQUEZ, María Fernanda, 2019: *Sociedades. Comerciantes, empresas, grupos de empresas, joint venture y otros sujetos del derecho comercial* (3° edición), Santiago, Thomson Reuters.
- WACKERNAGEL, Udo y GSCHOSSMANN, Anna-Maria, 2021: "Von der 'Korkengeld-Entscheidung' des Reichsgerichts und dem modernen Verbraucherbild: Der Paradigmenwechsel bei der Bewertung von 'Verkäuferprämien' als Bestechung im geschäftlichen Verkehr (§ 299 StGB)", *NZWIS*, 51, pp. 51-56.
- WALTHER, Felix, 2011: *Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr. Internationales Vorgaben und deutsches Strafrecht*, Freiburg, Centaurus Verlag & Media UG.