

ASPECTOS penales del Informe

1. *Introducción*

La sociedad chilena asiste atónita a los recientes casos de corrupción, debido en parte a la creencia compartida de ser un país donde las “instituciones funcionan”. Esta representación social entendemos se encuentra avalada por datos empíricos y vivencias personales: la *coima* no supone una conducta generalizada en las relaciones institucionales del ciudadano común. No obstante, esta situación parece que cambia cuando nos enfrentamos a la alta clase política y empresarial. A la vista de nuestro sistema económico y de una concepción idealizada de la probidad pública, la corrupción de nuestro sistema político era solo cuestión de tiempo. Así, por una parte, tenemos un conglomerado de grandes empresas que aglutinan gran parte del poder económico con un Estado que juega un papel subsidiario en la relaciones económicas; y por otra, una regulación del financiamiento de la actividad pública que sustenta una concepción idealizada de la función pública y alejada completamente de la realidad política: una financiación de una campaña política apegada a la ley reduce de manera considerable, sino hace imposible, la posibilidad de un éxito electoral. Así, una economía concentrada en un número reducido de empresas, un Estado débil y una regulación de la financiación política que podemos tildar, hasta cierto punto, de *criminógena*, constituyen a nuestro entender los factores que explican los actuales casos de corrupción.

Esta situación ha llevado a la creación de un Estado paralelo en Chile. Por una parte tenemos a nuestros representantes políticos que interactúan con la ciudadanía mediante las instituciones políticas y administrativas; y por otra, a una red de intereses corporativos que se relacionan con estos por medio del financiamiento de la política y la *recontratación* laboral. Y, para más escarnio, estas empresas aprovechan este financiamiento ilegal para reducir o eludir sus obligaciones tributarias. Es más, podemos afirmar que una empresa de cierta entidad económica debe, o al menos debía hasta hace poco tiempo, incluir en sus costos fijos el financiamiento ilegal de las dos grandes conglomerados políticos.

Ahora bien, esta situación ha tenido un efecto positivo que no suele tenerse en cuenta por la ciudadanía o, al menos, por los medios de comunicación: el correcto funcionamiento de la justicia y, en los casos penales, del Ministerio Público. A pesar de las deficiencias en la objetividad y probidad de estas instituciones, son las únicas que están dando una respuesta adecuada al fenómeno de la corrupción.

La corrupción tiene, por tanto, su mejor explicación en razones de carácter sistémico. La manera en que regulemos nuestras relaciones socioeconómicas y políticas determinará las clases y cuantía de la corrupción punible. Más que otra categoría criminal, la corrupción es un fenómeno que nos acompañará en el futuro y a lo máximo que podemos aspirar es que esta no se torne en una relación social estructural.

La opinión pública chilena, como hemos mencionado, se encuentra perpleja ante los sucesivos casos de corrupción en los que se encuentran implicados políticos y empresarios. No obstante, el incremento de este tipo de criminalidad detectada por parte de las agencias sociales y jurídicas no se debe solo a su aumento en términos absolutos,

sino también a dos situaciones que deben recalcar. La primera es la mayor atención por parte de los organismos del Estado encargados de la investigación y persecución penal, de los medios de comunicación y de la ciudadanía en general por denunciar y castigar este tipo de conductas. La segunda, como consecuencia de una regulación más estricta sobre el financiamiento político y la creación de nuevas figuras penales, como el delito de información privilegiada, hoy nos encontramos con conductas que son perseguidas penalmente y desvaloradas como tales por la sociedad, pero que hace no mucho tiempo constituían usos perfectamente legales e, incluso, adecuados socialmente.

2. *Algunos comentarios sobre las medidas penales del Informe Engel*

El Informe contiene propuestas de naturaleza penal no solo en los apartados dedicados a la “persecución y sanción penal de la corrupción” y a “la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, sino también en el resto de los capítulos del Informe.

Debemos destacar, en primer lugar, el compromiso de la Presidenta de la República de enviar un proyecto de Reforma constitucional que contemple “sanciones, incluso la pérdida del cargo, a aquellos representantes electos que hayan incurrido en delitos sancionados [relacionados con la corrupción] por los Tribunales de Justicia”. No queda claro en este punto si estas sanciones son de carácter administrativo o van a suponer verdaderas penas principales o accesorias, como es el caso de la inhabilitación absoluta para ejercer el cargo. Esta confusión se reproduce a lo largo del Informe.

En materia de probidad de los municipios, se prevé una inhabilitación para ejercer cargos de elección popular a los alcaldes que hayan sido destituidos como consecuencia de la comisión de un delito y falta. A nuestro entender esta inhabilitación solo debe operar en la comisión de delitos relacionados directa o indirectamente con el ejercicio del cargo. Además, en su concreción legislativa debe respetarse el principio de proporcionalidad entre el hecho cometido y la pena o sanción de inhabilitación.

Como hemos mencionado, el Informe dedica dos capítulos especiales dedicados a las medidas penales. El primero, relativo a la persecución y sanción penal de la corrupción. Entre las medidas propuestas debemos destacar el aumento de las penas, el endurecimiento de los requisitos de la prescripción y la creación de una fiscalía especial en materia de delitos de alta complejidad.

Respecto del aumento de las penas privativas de libertad, debemos hacernos cargo de las críticas de parte de la doctrina penal y asumida también por parte de la clase política, que consideran este tipo de medidas como una manifestación de la denominada expansión ilegítima del derecho penal. Así, mantienen que estas se han demostrado ineficaces y que, por el contrario, existen otros medios de control social (formal o informal) más idóneos.

Esta concepción, a nuestro juicio, idealizada de la eficacia del derecho sancionador resulta cuestionada cuando comprobamos su aplicación práctica, al menos en nuestro país. Además, se tiende a olvidar porque en los casos de la delincuencia común (de pobres) la cárcel es un medio más eficaz contra este tipo de delincuencia, cuando tenemos unas tasas de reincidencia entre 40% y 50%. Y, por último, desde las concepciones de la criminología neoclásica (tolerancia cero) existe una menor de asimetría de información en este tipo de delincuencia, y por tanto, una mayor prevención tanto general como

especial en la tipificación y aplicación de las penas. En otras palabras, los políticos y empresarios valoran más la pérdida de libertad y, por tanto, adecuan su conducta a lo prescrito por el injusto penal que el “común delincuente”.

El segundo capítulo se ocupa de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Algunas de las medidas propuestas toman como referencia las recomendaciones de la OCDE. Debemos de destacar, en este sentido, la obligatoriedad de implantar sistemas de prevención de delitos a personas jurídicas de cierta entidad. Además, la Comisión recomienda la pertinencia de estudiar el resto de las recomendaciones propuestas por la OCDE que no se mencionan expresamente en el Informe, como, por ejemplo, la inclusión de los delitos de cohecho de un funcionario nacional y extranjero como “delitos predicados” del lavado de dinero. No obstante, la falencia más importante de que adolece la Ley 20.393 y que no se menciona en el Informe es su reducido ámbito de aplicación. Si partimos del hecho de que el fenómeno de la corrupción política se encuentra estrechamente relacionado con los de la delincuencia económica o empresarial y el crimen organizado, entonces los delitos previos de la citada ley deben dar cuenta de esta relación¹.

En cuanto a las medidas a fiscalizar la financiación ilegal de los partidos políticos y las campañas políticas, solo se hacen una mención general a un aumento “de las penas para las faltas y delitos en materia de regulación de la política y financiamiento”. Debemos, señalar que la Ley 19.884 sobre Transparencia, Límite y Control del Gasto Electoral no contempla ninguna figura penal, salvo a aquellas conexas a ellas, como los delitos de falsificación o tributarios. Aquí se pueden seguir dos caminos: uno tipificar como delito los casos especialmente graves de gastos electorales indebidos y el otro es incluir un agravante aplicable a los delitos conexos, por ejemplo, la comisión de un delito tributario que tenga como antecedente un financiamiento ilegal.

En cuanto a la prescripción, deben modificarse los artículos 153 A de la Ley 18.700, Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios y 54 de la Ley 18.603, Orgánica Constitucional de los Partidos Políticos que establecen un plazo de prescripción que asegura de facto la impunidad penal: un año, tanto para los delitos contemplados en estas leyes, como los conexos a ellos.

En el capítulo dedicado a la “confianza de los mercados” llama la atención la ausencia de propuestas penales, salvo el aumento de las penas y la incorporación de medidas aplicadas a la delincuencia organizada como la cooperación eficaz o la protección de informantes.

Respecto de las propuestas presentadas por las organizaciones sociales que participaron en el presente Informe debemos destacar: la tipificación penal de la diferentes aristas de la financiación ilegal de la política², la aplicación de la pena de inhabilitación perpetua en los delitos de cohecho, tráfico de influencias y financiación ilegal de partidos políticos³; la instauración de penas privativas de libertad que permita su aplicación

¹ Esta falencia es denunciada por algunas de las organizaciones que participaron en las audiencias públicas, como por ejemplo la empresa. *Consejo Asesor Presidencial contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción. Informe Final*, Santiago de Chile, 2015, p. 165 (Deloitte).

² *Consejo Asesor*, cit., p. 157 (Centro Democracia y Comunidad).

³ *Consejo Asesor*, cit., p. 111 (Amplitud/Red/Liberal/Fuerza Pública).

afectiva (penas superiores a 5 años y la exclusión expresa de la circunstancia atenuante de la irreprochable conducta anterior⁴); el establecimiento de penas de inhabilitación para el ejercicio profesional en el ámbito empresarial de funcionarios y autoridades públicas condenadas por delitos que afecten a la probidad pública⁵; la ampliación del delito de malversación de caudales públicos a los partidos políticos⁶; y la incorporación de un tipo especial de fraude mediante engaño en la rendición de cuentas de gastos electorales⁷.

3. *Propuestas sobre la corrupción política*

A nuestro juicio, una reforma penal que trate de manera integral el fenómeno de la corrupción debería abordar nuevas aristas, así como profundizar o matizar algunas de las propuestas señaladas en el Informe⁸.

En primer lugar, además de revisar la protección penal relacionada directamente con el fenómeno de la corrupción, debe abordarse también la reforma de dos tipos de delincuencia relacionados directamente con este: el crimen organizado y la delincuencia económica o empresarial. La corrupción no puede entenderse ni abordarse sin tener presente estos dos fenómenos criminales. La prevaricación, cohecho o tráfico de influencias suelen ser medios utilizados para lograr sus objetivos económicos y de poder. Por tanto, una adecuada regulación y persecución de la corrupción repercutirá en unas menores tasas de delincuencia empresarial y crimen organizado. Nuestro legislador ha adecuado el Derecho penal positivo a los compromisos internacionales en materia de crimen organizado, incluido el terrorismo, pero carece de una regulación sistematizada relativa a la delincuencia económica y empresarial. Solo a modo de ejemplo, no contamos con un delito de administración fraudulenta de sociedades, ni con una adecuada protección penal del medio ambiente, teniendo presente que estos delitos suelen ser cometidos por empresas que suelen requerir el *auxilio* de la Administración pública. Esto nos lleva, en último término, a la necesidad de contar con un nuevo Código penal que regule de manera sistematizada y coherente estos fenómenos criminales.

En segundo lugar, abogamos por una reforma del delito de enriquecimiento ilícito (art. 241 bis CP). A juicio de parte de la doctrina –como consecuencia de las enmiendas introducidas durante la discusión parlamentaria, la cuales tuvieron como propósito evitar una vulneración de la presunción de inocencia– entiende que esta figura penal resulta inútil a su inicial finalidad: castigar aquellos incrementos injustificados de patrimonio

⁴ Esta propuesta parte de las penas impuestas en los delitos contra la Administración Pública, como por ejemplo, en los delitos de cohecho de los arts. 248 y ss. CP, donde la pena más grave es la reclusión menor en su grado medio. Consejo Asesor, cit., pp. 121 (Consejo Asesor Ciudadano de Valparaíso), 180 (Juventudes Sociales de Concepción) y 205 (Universidad Alberto Hurtado). <http://ConsejoAsesoranticorrupcion.cl/Informe/> [Visitado 10-08-2015].

⁵ Consejo Asesor, cit., p. 148 (Fundación Multitud).

⁶ Consejo Asesor, cit., p. 205 (Universidad Alberto Hurtado).

⁷ Consejo Asesor, cit., p. 205 (Universidad Alberto Hurtado).

⁸ Varias de estas propuestas se encuentran mencionadas en Rodríguez Colla, Luis y Ossandón Widow, María Magdalena, *Delitos contra la Función Pública* (2° ed.), Editorial Jurídica de Chile, 2008. De hecho, resulta, cuando menos extraño, que la Comisión que redactó el Informe no contara con la participación de los citados profesores.

de funcionario y autoridades públicas durante el desempeño de sus cargos⁹. Para superar este conflicto entre eficacia y presunción de inocencia entendemos que debería incluirse expresamente en la redacción del precepto los casos en que se justifica la aplicación de esta figura delictiva que, por cierto, se encuentran relacionados con cuestiones de prueba. Nos referimos a los casos en que los obstáculos probatorios para determinar la procedencia del patrimonio supuestamente injustificado hayan sido creados o permitidos por los propios funcionarios públicos. Por tanto, el artículo 241 *bis* CP requería como estándar probatorio mínimo que el Ministerio Público haya demostrado que un incremento desmedido de patrimonio de acuerdo con la capacidad económica del imputado y que este haya creado o permitido un sistema de dominio o posesión de este patrimonio que hace imposible determinar su procedencia. Este sería el caso, por ejemplo, en que el patrimonio se encuentra en paraísos fiscales. En todo caso, para evitar los problemas de constitucionalidad de esta figura, otra opción sería prohibir penalmente aquellas conductas que se han mostrado especialmente peligrosas, como por ejemplo, la tipificación expresa de cualquier transacción o negocio jurídico de funcionarios públicos en paraísos fiscales. Además, debería establecerse expresamente la conducta típica de esta figura, para que de esta manera superar los problemas de constitucionalidad en relación con el principio de tipicidad¹⁰, que debería estructurarse como un delito de emprendimiento.

En tercer lugar, en cuanto a las nuevas figuras penales que deberían incluirse *ex novo*, destacamos las siguientes:

1. El delito de Administración desleal en el ámbito de la administración pública. Estamos ante un delito similar al establecido en el derecho comparado para los casos de administraciones desleales en el sector privado, que comprendería, entre otras conductas, a aquellos Administradores públicos que contraten contra los intereses de los administrados o simplemente deliberadamente arruinen un ente público para facilitar su privatización o cierre¹¹.
2. El delito financiación ilegal de los partidos. Esta figura penal solo deberá incluir los casos más graves de financiación, para cumplir no solo con el principio penal de mínima intervención, sino también para evitar que, en la práctica, se aplique a los más vulnerables. La normativa extrapenal de complemento de esta figura penal (ley penal en blanco) deberá excluir las donaciones por parte de personas jurídicas y cualquier donación anónima, además, la prohibición expresa de condonación o restructuración de deudas por parte de entidades de crédito y del Servicio de Impuestos Internos.
3. El delito de corrupción privada o entre particulares. Esta figura penal podría calificarse como un cohecho en el ámbito privado, que perseguiría garantizar

⁹ Véase un comentario crítico de este delito en: Hernández Basulto, Héctor, "El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el derecho penal chileno", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXVII, 2006, pp. 183-222.

¹⁰ Por todos, Rodríguez Collao, Luis y Magdalena Ossandón, *Delitos contra la Función pública*, cit., pp. 435 y ss.

¹¹ Ahora bien, debemos recordar que Chile no cuenta ni siquiera con una figura penal que castigue la administración ilegal de sociedades.

una competencia justa y honesta¹². Este delito debería comprender tanto una modalidad activa como pasiva. Esta última castigaría comportamientos realizados por titulares de una empresa o por sus empleados o directivos que, infringiendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales, reciben, solicitan o aceptan una ventaja indebida con el fin de favorecer al otorgante de tal ventaja frente a terceros. Por otro lado, en su modalidad activa, se sancionaría la conducta del que promete, ofrece o concede a estos empleados tales ventajas. La tipificación penal de estas conductas requiere una adecuada armonización, tanto procesal, como sustantiva con el Tribunal de Defensa de la Competencia. Además, tanto su descripción típica como su aplicación deberán resguardar la libertad de empresa protegida constitucionalmente.

En cuarto lugar, como consecuencia de la necesidad de contar con funcionarios especializados en la lucha contra la delincuencia de alta complejidad y, en consonancia con la propuesta del Informe de crear una Fiscalía especializada en esta materia, sería conveniente discutir la creación de un tribunal especializado con jurisdicción en todo el territorio nacional en delincuencia económica, crimen organizado y corrupción.

En quinto y último lugar, en cuanto a la regulación penal de las denuncias anónimas, debido a las similitudes con el crimen organizado, puede incluirse una atenuante calificada similar a la establecida en el artículo 45 de Ley 20.000 sobre drogas, una regulación especial en la Ley 18.216 que impidiera el ingreso en prisión del denunciante o, incluso, una excusa absolutoria. En todo caso, ninguna de estas medidas podrá eliminar completamente las penas de inhabilitación y suspensión para cargos públicos.

José Ángel Fernández Cruz
Prof. de Derecho Penal

UNA BREVE REFERENCIA A LOS ASPECTOS TRIBUTARIOS DEL INFORME

1. *Introducción: financiamiento ilegal y fraude tributario en Chile*

Debemos destacar, en primer lugar, que, a pesar de que la mayor parte de los escándalos relacionados con el financiamiento político irregular que han motivado la elaboración del Informe aparecen diversos elementos tributarios, sin embargo, este no contiene ninguna propuesta relevante relacionado con estas materias. Efectivamente, la crisis y escándalos que originan la formación del Consejo Asesor se relacionan especialmente con el financiamiento irregular de partidos y campañas políticas por parte de ciertas empresas. Estas empresas ocultaron este financiamiento irregular por medio de boletas y facturas ideológicamente falsas, obteniendo, además, con ello beneficios tributarios.

¹² En el Informe existe una mención genérica a la adecuación del Derecho penal chileno a los tratados internacionales destinados a la lucha contra la corrupción en el ámbito de la actividad privada. *Consejo Asesor*, cit., p. 205 (Universidad Alberto Hurtado). El Gobierno ha presentado un proyecto de ley sobre esta materia. Proyecto de ley (núm. 10155-07), de 18 de junio de 2015, *que tipifica el delito de corrupción entre particulares y modifica disposiciones del Código penal*. Disponible en: https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=10565&prmBL=710155-07.