

PROYECTO QUE MODIFICA DIVERSOS CUERPOS LEGALES CON EL OBJETO DE AGRAVAR LAS PENAS EN MATERIA DE DELITOS ECONÓMICOS Y DELITOS DE FINANCIAMIENTO IRREGULAR DE LA POLÍTICA; ELIMINAR LA REGLA DE PRESCRIPCIÓN ESPECIAL EN EL CASO DE ESTOS ÚLTIMOS DELITOS; SEÑALAR EXPRESAMENTE QUE LOS PARLAMENTARIOS ESTÁN OBLIGADOS A DENUNCIAR HECHOS CONSTITUTIVOS DE DELITO Y ESTABLECER PROHIBICIONES PARA MAYOR PROBIDAD EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

FUNDAMENTOS Y ANTECEDENTES

(1) Existe una clara diferencia entre la reacción penal ante los ilícitos comunes y la reacción penal ante la delincuencia económica, delincuencia “de cuello blanco” o delincuencia “de poder”.

Desde hace ya muchos años, al ser analizado el fenómeno de la delincuencia económica o también denominada delincuencia “de cuello blanco”, se ha reparado en la clara diferencia que existe entre el tratamiento que la misma recibe en nuestra legislación criminal y entre el tratamiento o la reacción penal que se dispone ante la delincuencia común o delincuencia “callejera”. Esta diferencia apunta a que, mientras la delincuencia común está sujeta a una reacción penal severa, con altas penas, la delincuencia “de cuello blanco” es tratada de manera más laxa, diluyéndose la impresión de rechazo que el injusto que engloba esta clase de delitos debiese generar.

Distintas causas confluyen para que exista esta disparidad, las que, pudiendo ser fenomenológicamente atendibles, no superan un estándar de análisis punitivo que justifique aquella diferencia.

La primera gran causa es la larguísima data de nuestro Código Penal vigente. En efecto, este cuerpo legal entró en rigor en marzo de 1875, por lo que su impronta, los tipos penales que incluye y la sistematización que en sí mismo logra, no dan cuenta del fenómeno criminal moderno, ni de su variante económica o “de poder”. Claro está, esta antigua ley posee casi un siglo y medio de atraso ante los actuales deslindes del mercado o de la actividad de funcionarios públicos, por ejemplo, lo que explica de manera clara cómo es que el Código Penal prácticamente no da un tratamiento relevante a la clase de delitos que aquí se comenta, remitiéndose en general a la estafa como delito económico-patrimonial principal¹ y a los delitos cometidos por funcionarios del Estado como herramienta anticorrupción.

La segunda causa se extrae en función de lo señalado en el párrafo anterior. La introducción de tipos penales que se hagan cargo de la delincuencia económica y de la corrupción, se ha concretado más en función de leyes especiales y sectoriales, que en virtud de reformas al Código Penal. Así, por ejemplo y sin que sea taxativo, existe una ley de defensa de la libre competencia, una ley sobre mercado de capitales, una ley sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas y una nueva ley sobre corrupción entre

¹ Mayer Lux, Laura (2013): “La Estafa como delito económico”, En: Revista de Derecho y Criminología Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° XLI.



privados, todas las cuales han abordado los distintos ilícitos que significan un “abuso de poder”, pero que se distribuyen como leyes inconexas según el sector que regulan, existiendo ajenas al núcleo del Código Penal.

Esta dispersión normativa es un desajuste que ha permitido que la discusión en torno al propio Código Penal -que es la principal en materia criminal- se centre casi exclusivamente en aquello que se ha venido en llamar como los “delitos de alta connotación social”, que incluyen a los delitos violentos, delitos contra la indemnidad sexual y delitos contra la propiedad. Así, han existido al menos tres procesos legislativos de “agenda corta” que han buscado agravar las penas aplicables a los delitos de alta connotación, introducir mecanismos que tienden a la aplicación de penas de cumplimiento efectivo (cárcel) o que al menos obstentan a la aplicación de salidas o penas alternativas y a introducir herramientas procesales de carácter policial que buscan hacer frente a esta clase de delincuencia. Dichos procesos legislativos “de agenda corta” concluyeron con las leyes 20.074 (2005), 20.253 (2008) y 20.931 (2016)

En paralelo, la dispersión impide un contraste entre la manera en que se ve la criminalidad común y la manera en que se ve la delincuencia “de poder”. Salvo excepciones, como la compleja legislación penal del mercado de valores o la reposición de la sanción penal en materia de colusión, se han establecido delitos en el ámbito económico o vinculados a la probidad de manera más residual y asociándolos al impacto que pueden tener en el seno de la actividad a que se circunscriben (algo así como un *enforcement* de ciertas necesidades cuya vulneración o incumplimiento lleva aparejada una sanción eminentemente administrativa, a la que se suma la penal para reforzarla), pero la punibilidad de la mayoría de esta clase de ilícitos está en gran medida ajena al real impacto o connotación social que producen, ya que no son sancionados en base a cómo socavan la institucionalidad y los bienes colectivos que permiten el ejercicio de la individualidad, como pueden ser, muy a groso modo, el mercado o la libre competencia.

Una última causa importante de reflejar es la concepción moral en relación con el delito “de cuello blanco”. Tal como ha ocurrido en distintas partes del mundo y en otros sistemas jurídicos, la delincuencia económica ha estado marcada por una aceptación inicial, lo que significa que tales ilícitos se entendieron como simples faltas o “errores” asociados al ejercicio de una actividad influyente, como puede ser la de tipo económica o de negocios. Luego, de la misma manera en que ocurrió en Chile tras los casos de colusión en el mercado de medicamentos, de producción avícola, transporte y papelería, la impresión moral en torno a estos ilícitos se ha tornado más rígida, apuntando hacia una condena más cabal y a exigir sanciones de mayor intensidad, ya que fueron identificados como verdaderos abusos por parte de quienes detentaban posiciones de poder

Algo de la situación planteada con antelación ha sido recogida ya en nuestro derecho. Efectivamente, la reposición de la sanción penal ante la colusión y el establecimiento de sanciones también de naturaleza penal en el caso de obtención fraudulenta o irregular de financiamiento para la actividad política (tras los también bullados casos de fraude tributario detectados en 2014 y hacia adelante) arrojan una reacción legislativa rápida y de relativa contundencia ante esta clase de delincuencia. Con todo, quienes proponemos esta iniciativa legislativa somos de la idea de sostener que aquello no se verifica como regla

general y en un contexto orgánico de combate contra la corrupción y la delincuencia de los poderosos, en donde aún se verifican vacíos de impunidad.

(2) El dispar tratamiento de la delincuencia económica o “de poder” produce una “sensación” de impunidad.

Centrar las modificaciones practicadas al Código Penal en la delincuencia común y, al contrario, permitir una dispersión normativa en materia de delincuencia “de poder”, en un contexto en el cual la matriz de la legislación penal no logra abordar los nuevos fenómenos delictivos, arroja una clara diferenciación entre ambas clases de criminalidad, generándose la irradiación simbólica de una especie de impunidad o de “mejor suerte” para aquél que delinque vistiendo cuello y corbata. Es desde allí que surgen relevantes hechos y conclusiones al analizar la cuestión planteada, mencionándose como una alegoría aclaratoria de este texto, lo referido ya en 2005 por el abogado y académico experto Héctor Hernández Basualto, quien planteaba que nuestro Derecho Penal Económico es *“una norma temible, pero sin aplicación”*²

Asumiéndose entonces que la legislación penal se ha centrado en el tratamiento y en la reacción que recibe la delincuencia de alta connotación, sin que en dicha clase de delincuencia se incluya a los abusos de poder, el acento que ha puesto la reacción penal -la más gravosa reacción posible desde el Estado ante un ilícito- redundando en espacios de impunidad y en una inequidad también punitiva.

Un reciente estudio de 2017, señaló que alrededor de un 50% de los reos de las cárceles chilenas estuvo bajo protección del SENAME³, mientras que otros análisis indican que sólo un 14% de los presos concluyó la escolaridad media, un 7,3% es analfabeto, un 45% de la población penal nunca trabajó y el porcentaje que sí lo hizo promediaba poco más de \$70.000.- como remuneración⁴.

Lo cierto es que a nuestras cárceles son conducidas las capas más vulnerables, excluidas y marginadas de la población, existiendo fundadas dudas acerca de por qué en tales cifras ni siquiera figuran los índices de delincuencia cuyo origen es la que hemos señalado como “de cuello blanco”. Efectivamente, ni las estadísticas penitenciarias, ni las cifras de “victimización” sondeadas por la autoridad administrativa dan cuenta de esta última clase de delincuencia. Con todo, el Ministerio Público reportó que en 2018 se conocieron al menos 130.000 casos de delitos económicos, tributarios y funcionarios⁵.

Tal como refleja la parte expositiva del proyecto que dio origen a la ley N° 21.121 que sanciona la corrupción entre privados y tipifica el delito de administración desleal⁶ (la última gran reforma en esta

² Hernández Basualto, Laura (2005): *“Perspectivas del Derecho Penal Económico en Chile”*, En: Revista Persona y Sociedad, N° XIX, pp. 25 y ss.

³ Nota de prensa disponible en: <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2017/03/20/850222/Uno-de-cada-dos-reos-paso-su-infancia-o-adolescencia-en-un-centro-del-Sename.html>

⁴ *“Sistema carcelario en Chile: propuestas para avanzar hacia una mayor efectividad y reinserción”*, Estudio del Centro de Políticas Públicas de la Universidad Católica, 2017, pp. 6-7.

⁵ Boletín Estadístico Anual del Ministerio Público, año 2018.

⁶ Boletín 10.739-07 (Senado)

materia), la penalidad asociada a delitos de corrupción, económicos y de similar naturaleza no refleja la gravedad y la connotación social que estos hechos producen, máxime si se compara con la penalidad que se asocia a otra naturaleza de hechos como el robo o la receptación. Por otro lado, muy pocos de estos delitos presentan una penalidad de naturaleza de crimen, es decir, pena superior a 5 años, lo que redundaría en un plazo de prescripción menor y en una impunidad más accesible, toda vez que el descubrimiento, investigación y esclarecimiento de esta clase de delitos es muy dificultosa. Al mismo tiempo, la constante aplicación de circunstancias atenuantes en estas investigaciones, tales como la de contar con irreprochable conducta anterior y colaborar sustancialmente con el esclarecimiento del hecho (elemento esencial para que el Ministerio Público logre descifrar en cierta medida las enmarañadas tramas de los delitos económicos) terminan por permitir la aplicación de una pena de muy baja intensidad que, ante la recepción social y en comparación con la gravedad de los hechos, no da cuenta de su magnitud y no significa un reproche severo.

En conclusión, los vacíos de impunidad se ven finalmente reflejados en bajas penas, que permiten con facilidad la obtención de salidas alternativas o penas “remitidas” (en libertad), así como de mecanismos procesales que facilitan aquella (plazos de prescripción más breves). El contraste de esta situación con el tratamiento que recibe la delincuencia cuyo protagonismo es asumido por la marginalidad, denota una falta de preocupación integral por el fenómeno delictivo, así como la necesidad de establecer y reafirmar allí donde exista, estándares de drasticidad contra graves hechos e ilícitos que, finalmente, socaban la convivencia social en democracia.

(3) Contenido de la propuesta: una “agenda corta” contra los abusos de poder y la corrupción

Planteamos que, así como se han verificado procesos legislativos de transversal aceptación para emanar normas de combate contra la delincuencia común, violenta o contra la propiedad, es posible realizar aquello en relación con el combate contra la delincuencia económica y “de cuello blanco”. De tal manera, se proponen lineamientos que inicien una agenda profunda en materia de reafirmar un carácter positivamente ético en los negocios o en la actividad política, por ejemplo, buscando así apaciguar aquella sensación acerca de que el delincuente poderoso resulta siempre impune.

Una serie de medidas iniciales, que se exponen a continuación, propuestas en esta iniciativa legislativa apuntan hacia aquello y conforman esta “agenda corta contra los abusos y la corrupción”, la que puede ser tratada armónicamente junto a otras iniciativas legales o complementarse de cara a, por ejemplo, una actualización del Código Penal.

El contenido de la propuesta es:

i. Agravar la penalidad asociada al delito de colusión: tomando en cuenta la lesividad y el reproche social que este ilícito engloba, se propone introducir una agravante constituida por haberse efectuado el acuerdo colusorio en mercados de relevancia social, tales como el de medicamentos, de atención o servicios en

salud, de servicios básicos, alimentación o transporte. La actual pena asociada al delito de colusión es de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo (de 3 años y 1 día a 10 años) y la determinación de dicha pena se ciñe a las reglas especiales del artículo 62 del Decreto Ley N° 211 de 1973, la verificación de esta agravante conllevará la aplicación de la pena en su grado máximo (de 5 a 10 años) según disponen los números 2 y 4 de la norma.

ii. Agravar la penalidad asociada a los delitos bursátiles más lesivos: los delitos que se pueden verificar en el contexto del mercado de valores, entre los que se ubican la manipulación bursátil y el uso indebido de información privilegiada, pueden llegar a socavar gravemente este mercado, en el cual se invierte un gran porcentaje de los ahorros previsionales de todos los chilenos. Los casos que se han conocido por estos hechos y en los cuales ha emanado una sentencia condenatoria son realmente muy escasos, toda vez que la penalidad asociada es también baja, prefiriéndose en consecuencia las salidas alternativas.

En los artículos 59, 60 y 61 se ubican, con una compleja técnica legislativa, distintos delitos a los cuales se asocia también una pena distinta. En dicha sistematización, los delitos más graves y que pueden ocasionar efectos especialmente perniciosos, son el delito de manipulación bursátil (artículo 59 letra e), el cual lleva aparejada una pena de presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo (de 541 días a 10 años) y el delito de uso indebido de información privilegiada (artículo 60 letras e, g y h), el cual lleva aparejada una pena de presidio menor en cualquiera de sus grados (de 61 días a 5 años)

Se propone homologar el quantum de la pena en estos delitos al de colusión, tomando como base la proposición legal que ya se efectuó en el contexto de la ley que volvió a introducir la sanción penal contra los acuerdos colusorios. Así, la pena para la manipulación bursátil y para el uso indebido de información privilegiada será de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo (de 3 años 1 día a 10 años)

iii. Agravar la penalidad asociada a los delitos de financiamiento irregular de la actividad política y eliminar el plazo especial de prescripción de dos años que a su respecto fue establecido: con ocasión de los conocidos casos de financiamiento irregular de la política, en 2016 se modificó la ley sobre control, transparencia y límite del gasto en procesos electorales, buscándose sancionar a aquellos que obtuvieron aportes por un mayor monto del permitido en la ley o bien obtuvieron aportes prohibidos, tales como los provenientes de una persona jurídica.

En dicho contexto, se estableció una pena que para estos hechos es de presidio menor en sus grados mínimo a medio (de 61 días a 3 años), lo que engloba una disparidad punitiva relevante, ya que, salvo el caso de mediar reincidencia o circunstancias agravantes específicas, la pena jamás conduciría a un cumplimiento efectivo o a una sanción determinante. Se propone, para estos delitos, aplicar el grado mayor de la pena de presidio menor (de 3 años y 1 día a 5 años), lo que perfilará una sanción más drástica en caso de mediar circunstancias agravantes tales como la reincidencia en hechos de corrupción.

Al mismo tiempo, la modificación mencionada introdujo un especial plazo de prescripción para estos delitos, equivalente a dos años, bajo el argumento de que este plazo menor permitiría la certeza de que las

imputaciones penales posibles de ser concretadas a raíz de los ilícitos electorales no alterarían la actividad política de aquellos que resultaron electos y detentan cargos públicos. Con todo, no existe un fundamento plausible que explique la distinción entre esta regla especial y las reglas generales de prescripción contempladas en el Código Penal para casi la totalidad de los crímenes y delitos, mientras que las mismas reglas benefician a quienes no resultaron electos, siendo inaplicable allí el argumento de certeza jurídica e inviolabilidad del cargo. A mayor aditamento, la ley confiere facultad exclusiva para iniciar la persecución penal de estos delitos al Servicio Electoral, atribución que ya permite al órgano especializado sopesar la seriedad de las imputaciones y dar paso a un procedimiento penal que puede alterar el ejercicio del cargo electo, así como también desestimar aquello.

Por lo dicho, se propone eliminar esta regla especial y someter los delitos electorales a las reglas generales de prescripción que contempla el Código Penal, que para estos casos sería de 5 años.

iv. Establecer expresamente que tanto senadores, como diputados están obligados a denunciar aquellos hechos constitutivos de delito sobre los cuales hubieren tomado conocimiento: el artículo 175 del Código Procesal Penal y el artículo 13 de la Ley N° 20.000, obligan a los empleados o funcionarios públicos a denunciar hechos constitutivos de delito y sobre los cuales hubieren tomado conocimiento en el ejercicio de su cargo. En el contexto de dichas normas, se discute si los parlamentarios (diputados y senadores) están o no incluidos en el carácter de empleado o funcionario público, por lo que resultaría del todo acertado clarificar aquello e incluir a los parlamentarios en la obligación de denunciar, considerando que con ello se supervigilaría la actividad partidaria en la cual los representantes elegidos se encuentran insertos.

v. Imponer la prohibición de que empresas que tengan en sus cargos directivos, gerenciales, de decisión o administración a personas que hayan sido condenadas por delitos de corrupción u otra clase, no puedan contratar con el Estado: la Ley N° 21.121, la última gran modificación en materia de delitos económicos, cohecho y otros, creó la pena de inhabilitación absoluta perpetua o temporal, para trabajar en empresas que contraten con el Estado o bien vinculadas con organismos de éste. Asimismo, la Ley N° 20.393 sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas, contempla como sanción la de prohibición de contratar con el Estado u obtener concesiones de este.

Con todo, estas penas son aplicadas tras la comisión delictual y directamente a la persona condenada, ya sea esta persona natural o bien jurídica, pero no presentan un aspecto preventivo, en el sentido de impedir que empresas que poseen en sus altos cargos a personas condenadas por corrupción se vean impedidas de contratar con el Estado. Se propone en consecuencia adoptar dicha prohibición, lo que conminará a las empresas a contar con trabajadores sin condenas vigentes en sus más altos cargos de dirección.

IDEA MATRIZ

El presente proyecto modifica diversos cuerpos legales con el objeto de agravar las penas en materia de delitos económicos y delitos de financiamiento irregular de la política; eliminar la regla de prescripción especial en el caso de estos últimos delitos; señalar expresamente que los parlamentarios están obligados a denunciar hechos constitutivos de delito y establecer prohibiciones para mayor probidad en materia de contratación pública.

NORMATIVA LEGAL VIGENTE AFECTADA POR EL PROYECTO

Decreto Ley N° 211 de 1973 sobre Libre Competencia
Ley 18.045 sobre Mercado de Valores
Ley 19.884 sobre transparencia, límite y control del gasto electoral
Código Procesal Penal
Ley 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas
Ley 19.886

PROYECTO DE LEY

ARTÍCULO PRIMERO: Efectúense las siguientes modificaciones al Decreto Ley N° 211 de 1973:

1. Agréguese un nuevo artículo 62 *bis*, del siguiente tenor: *“Se considerará como circunstancia agravante del delito contemplado en el artículo anterior, que el acuerdo concertado haya afectado mercados de bienes esenciales, entre los que se incluyen, sin que la siguiente enumeración sea taxativa, el mercado farmacéutico, el de atención y prestaciones en salud, el de la alimentación, el del transporte o los de servicios públicos tales como agua, luz, gas o telecomunicaciones.”*

2. Agréguese, en el número 4 del artículo 62, inmediatamente después del punto aparte, la siguiente frase: *“Se entenderá que el delito ha producido un mal especialmente extenso y grave, cuando el acuerdo concertado haya afectado mercados de bienes esenciales, entre los que se incluyen, sin que la siguiente enumeración sea taxativa, el mercado farmacéutico, el de atención y prestaciones en salud, el de la alimentación, el del transporte o los de servicios públicos tales como agua, luz, gas o telecomunicaciones.”*

ARTÍCULO SEGUNDO: Efectúense las siguientes modificaciones a la Ley N° 18.045:

1. Elimínese la letra e) del artículo 59.
2. Elimínese las letras e), g) y h) del artículo 60.
3. Agréguese un nuevo artículo 58 *bis*, del siguiente tenor:

“Sufrirán la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo:

- a) *Las personas que infrinjan las prohibiciones consignadas en los artículos 52, 53 e inciso primero del artículo 85;*
- b) *Las personas a que se refiere el artículo 166 que, al efectuar transacciones u operaciones de valores de oferta pública, de cualquier naturaleza en el mercado de valores o en negociaciones privadas, para sí o para terceros, directa o indirectamente, usaren deliberadamente información privilegiada;*
- c) *El que valiéndose de información privilegiada ejecute un acto, por sí o por intermedio de otras personas, con objeto de obtener un beneficio pecuniario o evitar una pérdida, tanto para sí como para terceros, mediante cualquier tipo de operaciones o transacciones con valores de oferta pública;*
- d) *El que revele información privilegiada, con objeto de obtener un beneficio pecuniario o evitar una pérdida, tanto para sí como para terceros, en operaciones o transacciones con valores de oferta pública;”*

4. Agréguese en el artículo 61 *bis*, inmediatamente después del vocablo “artículos” e inmediatamente antes del número “58” el vocablo “58 *bis*,”.

NO ESTÁ

ARTÍCULO TERCERO: Efectúense las siguientes modificaciones a la Ley N° 19.884:

1. Reemplácese, en el párrafo primero del artículo ³⁰27 *bis*, la expresión “*presidio menor en sus grados mínimo a medio*” por la expresión “*presidio menor en su grado máximo*”.

Texto refundido
DFL 3/2017

2. Elimínese el inciso segundo del artículo ⁶⁰54.

ARTÍCULO CUARTO: Agréguese una nueva letra f) al artículo 175 del Código Penal, del siguiente tenor: f) *Los senadores y diputados en ejercicio, respecto de los delitos de que tomaren conocimiento en el ejercicio de sus funciones,*

Proceal

ARTÍCULO QUINTO: Agréguese un nuevo inciso segundo al artículo 13 de la Ley N° 20.000, del siguiente tenor: “*Se incluye en la obligación señalada en el inciso anterior a los senadores y diputados en ejercicio.*”

ARTÍCULO SEXTO: Agréguese un nuevo inciso segundo al artículo 4 de la Ley N° 19.886, pasando el actual inciso segundo a ser el tercero y así sucesivamente, del siguiente tenor: *“Asimismo, quedarán excluidas aquellas personas jurídicas cuyos cargos directivos, gerenciales, de control, de decisión, coordinación o administración, sean desempeñados por personas con condena vigente por alguno de los siguientes delitos: por cualquiera de los delitos contemplados en el Decreto Ley N° 211 de 1973, por cualquiera de los contemplados en la Ley N° 18.045, por cualquiera de los contemplados en el Título V del Libro II del Código Penal o por cualquier de los contemplados en la Ley N° 19.884.”*

9/

2

MARIO DESBORDES
Diputado

3

GONZALO FUENZALIDA
Diputado

4

PAULINA NÚÑEZ
Diputada

4

ANDRÉS LONGTON
Diputado

5

FRANK SAUERBAUM
Diputado

6

JORGE RATHGEB
Diputado

7

PABLO PRIETO
Diputado

8

XIMENA OSSANDON
Diputada

9

JOSÉ MIGUEL CASTRO
Diputado