



Guía UNAC de apoyo investigativo del delito de Soborno Transnacional

Versión actualizada a junio de 2022

I.	INTRODUCCIÓN.....	2
II.	BREVE REVISIÓN DE LA CONVENCIÓN PARA COMBATIR EL COHECHO A FUNCIONARIOS PÚBLICOS EXTRANJEROS EN TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES, DE LA ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO.....	4
III.	ANÁLISIS Y REVISIÓN DEL DELITO DE COHECHO DE FUNCIONARIO PÚBLICO EXTRANJERO, CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO 251 BIS DEL CÓDIGO PENAL.....	8
IV.	OTROS TRATADOS INTERNACIONALES QUE CONTEMPLAN LA FIGURA PENAL EN EXAMEN.....	23
V.	REVISIÓN DE LAS OBSERVACIONES Y/O RECOMENDACIONES REALIZADAS A CHILE POR EL GRUPO DE TRABAJO OCDE (WGB OCDE).....	25
	1. OBSERVACIONES EVALUACIÓN FASE 1.....	25
	2. OBSERVACIONES EVALUACIÓN FASE 2.....	25
	3. OBSERVACIONES EVALUACIÓN FASE 3.....	26
	4. OBSERVACIONES EVALUACIÓN FASE 4.....	28
V.	REVISIÓN DE LA PRIMERA SENTENCIA QUE CONDENA POR EL DELITO DE COHECHO DE FUNCIONARIO PÚBLICO EXTRANJERO (ART. 251 BIS DEL CP).....	32
VI.	PROPUESTA DE DILIGENCIAS BÁSICAS A REALIZAR EN LA INVESTIGACIÓN DE LOS DELITOS DE SOBORNO TRANSNACIONAL.....	52
	A. REVISIÓN DE ALGUNAS SEÑALES O INDICADORES DE LA PRESENCIA DE UN DELITO DE COHECHO TRANSNACIONAL.....	52
	1.- GASTOS O DEDUCCIONES.....	53
	1.1 MEDIOS DE PAGO.....	53
	1.2 SERVICIOS PROFESIONALES.....	55
	1.3 GASTOS DE VIAJE Y REPRESENTACIÓN.....	55
	2.- EMPLEADOS FICTICIOS.....	56
	3.- LIBROS Y DOCUMENTOS CONTABLES.....	57
	4.- COMPORTAMIENTO DE LAS SOCIEDADES INVESTIGADAS.....	57
	5.- MÉTODOS DE OCULTAMIENTO.....	58
	6.- DECLARACIÓN DE PAGOS POR COMISIONES Y OTROS PAGOS SIMILARES EN CIERTOS PAÍSES.....	58
	6.1 DECLARACIONES PRESENTADAS ANTE EL SII CON INFORMACIÓN DE COMISIONES Y PAGOS SIMILARES.....	59
	6.2 INFORMACIÓN DISPONIBLE DE PAÍSES CON TRATADOS FISCALES.....	60
	B. PROPUESTA DE DILIGENCIAS A DECRETAR PARA LA COMPROBACIÓN DE LA COMISIÓN DE UN DELITO DE SOBORNO TRANSNACIONAL.....	62
	1. ANTECEDENTES DOCUMENTALES.....	62
	2. LEVANTAMIENTO SOCIETARIO.....	63
	3. SOLICITUD DE ASISTENCIA LEGAL INTERNACIONAL.....	63
	4. DOCUMENTACIÓN CONTABLE Y FINANCIERA.....	64
	5. EVALUACIÓN DE LOS CONTROLES INTERNOS DEL CONTRIBUYENTE.....	64
	6. TOMA DE DECLARACIONES.....	66
	7. LEVANTAMIENTO DE SECRETO BANCARIO.....	67
VII	POSIBLES SALIDAS O TÉRMINOS PARA ESTE TIPO DE INVESTIGACIONES, DE ACUERDO A LOS FACTORES GENÉRICOS QUE SE INDIVIDUALICEN.....	68
	ANEXO I.....	71
	ANEXO II.....	75

I. INTRODUCCIÓN

Algunos países, tal como lo hizo Chile, han suscrito el acuerdo internacional denominado “Convención para Combatir el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales”, de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante, Convención OCDE), instrumento internacional que recomienda medidas para disuadir, prevenir y penalizar a las personas naturales y a las empresas que prometan, den o encubran el cohecho a funcionarios públicos extranjeros que participan en transacciones internacionales.

De esta forma con fecha 17 de diciembre de 1997, el Estado de Chile adoptó la Convención para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante CONVENCIÓN OCDE). Dicha Convención fue aprobada por nuestro Congreso Nacional, con fecha 8 de marzo de 2001; depositando nuestro país, el 8 de abril de ese año, el Instrumento de su Ratificación ante el Secretario General de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo; publicándose la misma en el Diario Oficial del 30 de enero de 2002.

Debe relevarse que la Convención OCDE es el único instrumento internacional que centra sus preocupaciones exclusivamente en el soborno transnacional, ello porque estima que sobornar a funcionarios públicos para obtener ventajas en el comercio internacional, socava la gobernabilidad, el crecimiento económico y la competitividad en los mercados.

En ese sentido, una forma de poner en práctica las recomendaciones que entrega la OCDE, se concreta mediante la elaboración de Manuales que junto con recoger las recomendaciones de esa organización, entregan directrices y sugerencias para detectar y pesquisar posibles pagos por cohecho a funcionarios públicos extranjeros¹. Estos Manuales proporcionan, además, consejos prácticos y ejemplos de cohechos, identificados en las revisiones efectuadas en los mecanismos de seguimiento.

En esa línea de acción el propósito de la presente Guía de la Unidad Especializada Anticorrupción (en adelante UNAC) denominada de “Guía UNAC de apoyo investigativo del delito de Soborno Transnacional (en adelante GUÍA de Apoyo) busca brindar asesoría jurídica y de análisis contable para Investigaciones relativas al Delito de Soborno Transnacional para lo cual se revisarán algunas de las disposiciones de la Convención OCDE, conocer aspectos formales del delito contemplado por nuestra legislación en el art. 251 bis del Código Penal, contemplando esta versión

¹ Tal como lo indica, promueve o insta el Manual de la OCDE para Inspectores Fiscales sobre la detección del Cohecho; documento mediante el cual se recoge la Recomendación de esa Organización sobre deducibilidad de los pagos por cohecho a funcionarios públicos extranjeros C(96)27/FINAL, el cual proporciona, entre otros aspectos, consejos prácticos referidos a: indicadores de corrupción, técnicas de intervención y ejemplos de cohechos identificados en comprobaciones fiscales. Se puede revisar este Manual en el siguiente link: <http://www.oecd.org/tax/crime/37356711.pdf>

actualizada con las modificaciones introducidas por la Ley 21.121²; dar a conocer otros tratados suscritos por nuestro país que también recogen esta figura; revisar las observaciones formuladas en las distintas Fases de seguimiento, respecto del grado de cumplimiento por parte de nuestro país, de los compromisos que surgen de la adopción de la Convención OCDE; observaciones o recomendaciones que —junto a la experiencia transmitida por la OCDE— sirven de orientación para sugerir diligencias de investigación a realizar en la pesquisa de este delito. Asimismo se intentará dar a conocer algunas de las técnicas usadas para identificar el cohecho de servidores públicos extranjeros³; para finalmente vincular las correspondientes salidas o términos para este tipo de investigaciones, de acuerdo a los factores genéricos que se individualicen.

Junto a lo anterior se revisará la primera sentencia condenatoria dictada por nuestros tribunales⁴, analizando los hechos materia de la acusación y las estrategia de defensa desarrollado que involucró incluso una presentación ante el Tribunal Constitucional.

De igual manera la presente GUÍA DE APOYO, esperamos, permitirá dar a conocer ciertos indicadores de corrupción, la creación de buenas prácticas y transformarse en una herramienta efectiva en la detección e investigación de este delito.

² Ley N° 21.121, que “modifica el Código Penal y otras normas legales para la prevención, detección y persecución de la corrupción”, publicada en el Diario Oficial el 20 de noviembre de 2018.

³ Que también pueden servir de guía para identificar el cohecho de funcionarios públicos en el contexto nacional.

⁴ La Excm. Corte Suprema rechazó el recurso de nulidad de la defensa del condenado Víctor Lizárraga Arias con fecha 17 de diciembre de 2018, Rol IC N° 94.972-16, dejando a firme la sentencia definitiva del Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago de 18 de noviembre de 2016, en RUC 070091359-0, RIT 60-2016.

II. BREVE REVISIÓN DE LA CONVENCIÓN PARA COMBATIR EL COHECHO A FUNCIONARIOS PÚBLICOS EXTRANJEROS EN TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES, DE LA ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO.

La mencionada Convención OCDE es la expresión del esfuerzo de la comunidad internacional para combatir el daño causado por la corrupción, fenómeno que según los estudiosos es un flagelo inherente a la civilización de nuestro tiempo, cuya erradicación total resulta prácticamente imposible, de modo tal que su solución no es posible y sólo puede aspirarse a acotarla a márgenes mínimos tolerables; convirtiéndose en un problema de interés internacional, que afecta a los más diversos países, con independencia de la zona geográfica en que se encuentran ubicados, del régimen de gobierno o de la organización institucional o económica que se han dado⁵.

Es así que reconociendo su responsabilidad en la mantención de la integridad en el sistema de comercio mundial, una serie de países de Europa, Asia, Norteamérica e Iberoamérica se comprometieron, en el marco de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), con sede en París, para combatir el soborno en las transacciones comerciales internacionales.

El principal propósito de esos esfuerzos fue promover la lealtad en los tratos comerciales y en las inversiones internacionales. En este sentido los objetivos de la Convención buscan eliminar la competencia desleal generada por gratificaciones extraoficiales y castigar o penalizar a las empresas y a las personas que prometan u otorguen pagos a oficiales extranjeros con el fin de favorecer y beneficiar sus negocios.

De esta manera la *principal obligación* que impone la suscripción de la Convención OCDE, es la tipificación de la conducta que se conoce como cohecho a funcionario público extranjero, según lo señala el art. 1º de la misma:

Artículo 1º *Delito de cohecho a funcionarios públicos extranjeros*

“Cada Parte tomará las medidas necesarias para establecer que es un delito punible bajo su ley el que cualquier persona intencionalmente ofrezca, prometa o efectúe un pago indebido u otra ventaja, sea directamente o a través de intermediario, a un servidor público extranjero en su beneficio o en el de un tercero, a fin de que ese funcionario actúe o deje de hacer, en cumplimiento de sus deberes oficiales, con el propósito de obtener o mantener un negocio o cualquiera otra ventaja indebida, en la realización de negocios internacionales.”

⁵ RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. “Delitos Contra la Función Pública. El Derecho Penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial”, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, págs. 15-16.

En consideración a dicha obligación nuestro país se comprometió a sancionar, como conducta criminalmente relevante, los actos de soborno cometidos por nacionales en el extranjero respecto de empleados públicos extranjeros.

Debe precisarse que la *conducta sancionada* por la Convención está referida no sólo a la "entrega" de dádivas, sino que también a la "promesa" o siquiera la "oferta" de ventajas de cualquier tipo.

Por su parte *el objeto material del delito*, el "soborno", según la Convención, puede recaer en dinero o en otro tipo de beneficio de cualquier naturaleza, que se entrega u ofrece a un funcionario público de un Estado extranjero o de un Organismo Internacional.

Junto a la obligación de sancionar el soborno al funcionario público extranjero, los Estados que suscriben la Convención OCDE se obligan también a la adopción de las medidas necesarias para establecer la *responsabilidad de las personas jurídicas*, por los actos de cohecho cometidos respecto de funcionarios públicos; en este sentido, expresa el art. 2 de la Convención:

Artículo 2. Responsabilidad de las Personas Jurídicas

Cada Parte adoptará las medidas necesarias, de acuerdo con sus principios legales, para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas en los actos de cohecho a un funcionario público extranjero.

De igual forma refiere la Convención OCDE, en relación a la *sanción aplicable* a la conducta por ella descrita, que debe ser sancionada con penas de carácter criminal "eficaces, proporcionadas y disuasivas"; disponiendo en este sentido el art. 3º de la Convención:

Artículo 3. Sanciones

1.- El cohecho a un funcionario público será sancionado con penas de carácter criminal eficaces, proporcionales y disuasivas. El rango de las sanciones será comparable a las aplicadas al cohecho a funcionarios públicos de esa parte e incluirán, cuando se trate de personas naturales, las penas privativas de libertad suficientes para permitir una eficaz asistencia legal mutua y extradición.

En lo que dice relación con el tema de *Jurisdicción*, la regla general es la del párrafo 1º, del artículo 4º que señala que cada parte adoptará las medidas necesarias para "establecer jurisdicción" sobre la conducta digna de sanción cuando se cometan en todo o parte de su territorio.

Artículo 4. Jurisdicción

1.- Cada Parte adoptará las medidas necesarias para establecer jurisdicción sobre el cohecho a un funcionario público extranjero cuando el delito sea cometido, parcial o totalmente, dentro de su territorio.
2.- Cada Parte que tenga jurisdicción para enjuiciar a sus nacionales por delitos cometidos en el extranjero adoptará las medidas necesarias para establecer jurisdicción sobre el cohecho a funcionarios públicos extranjeros, de acuerdo con los mismos principios.

3.- Cuando más de una Parte tenga jurisdicción sobre un presunto acto delictual descrito en esta Convención, las Partes involucradas deberán, a petición de una de ellas, consultarse entre sí para determinar la jurisdicción más apropiada para enjuiciar el delito.

4.- Cada Parte revisará si el fundamento actual de su jurisdicción es eficaz para combatir el cohecho a funcionarios públicos extranjeros y, si no lo fuere, adoptará las medidas que correspondan.

En concepto de la Convención, en el tipo de casos en examen, la investigación y castigo del agente "corruptor" queda sometida a la jurisdicción del Estado al cual pertenece o del cual es nacional; enfrentando un caso de aplicación extraterritorial de la ley penal nacional, dado que la "negociación o actividad" que se busca combatir y castigar normalmente ocurrirá en un país extranjero⁶.

De esta manera se busca impedir la impunidad del agente corruptor, que no vive en el país en el cual consume la conducta reprochable y que, generalmente, retorna a su país de origen tras la comisión del ilícito; de esta manera, la obligación de tipificar el delito por parte del Estado natal del sujeto activo del cohecho, tiene un fundamento de eficiencia de la persecución penal.

⁶ Para cumplir con esta obligación nuestro legislador, dispuso incorporar el delito de soborno transnacional entre los casos de jurisdicción extraterritorial contemplados por el artículo 6º N° 2 del Código Orgánico de Tribunales, lo que se concretó mediante la publicación, de Ley N°20.371, de fecha 26 de agosto de 2009. De esta manera el mencionado artículo dispone:

"Art. 6º Quedan sometidos a la jurisdicción chilena los crímenes y simples delitos perpetrados fuera del territorio de la República que a continuación se indican:

1º) Los cometidos por un agente diplomático o consular de la República, en el ejercicio de sus funciones;

2º) La malversación de caudales públicos, fraudes y exacciones ilegales, la infidelidad en la custodia de documentos, la violación de secretos, el cohecho, cometidos por funcionarios públicos chilenos o por extranjeros al servicio de la República y el cohecho a funcionarios públicos extranjeros, cuando sea cometido por un chileno o por una persona que tenga residencia habitual en Chile;

3º) Los que van contra la soberanía o contra la seguridad exterior del Estado, perpetrados ya sea por chilenos naturales, ya por naturalizados, y los contemplados en el Párrafo 14 del Título VI del Libro II del Código Penal, cuando ellos pusieren en peligro la salud de habitantes de la República;

4º) Los cometidos, por chilenos o extranjeros, a bordo de un buque chileno en alta mar, o a bordo de un buque chileno de guerra surto en aguas de otra potencia;

5º) La falsificación del sello del Estado, de moneda nacional, de documentos de crédito del Estado, de las Municipalidades o de establecimientos públicos, cometida por chilenos, o por extranjeros que fueren habidos en el territorio de la República;

6º) Los cometidos por chilenos contra chilenos si el culpable regresa a Chile sin haber sido juzgado por la autoridad del país en que delinquiró;

7º) La piratería;

8º) Los comprendidos en los tratados celebrados con otras potencias;

9º) Los sancionados por la ley 6.026 y las que la han modificado, cometidos por chilenos o por extranjeros al servicio de la República;

10º) Los sancionados en los artículos 366 quinquies, 367 y 367 bis N° 1, del Código Penal, cuando pusieren en peligro o lesionaren la indemnidad o la libertad sexual de algún chileno o fueren cometidos por un chileno o por una persona que tuviere residencia habitual en Chile; y el contemplado en el artículo 374 bis, inciso primero, del mismo cuerpo legal, cuando el material pornográfico objeto de la conducta hubiere sido elaborado utilizando chilenos menores de dieciocho años, y

11º) Los sancionados en el artículo 62 del decreto con fuerza de ley N° 1, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2004, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 211, de 1973, cuando afectaren los mercados chilenos."

Como contraparte, la sanción al funcionario público que accede a las peticiones del particular o que solicita un “soborno”, queda entregada al Estado de su nacionalidad, por cuanto generalmente podrá configurarse a su respecto un tradicional delito de cohecho “doméstico”, que en el caso de Chile se encuentra tipificado en alguna de las hipótesis contempladas en los artículos 248, 248 bis y 249 del Código Penal.

En materia de *investigación y persecución de las conductas tipificadas*, la Convención OCDE busca que ésta se sujete a los principios y reglas de cada Estado parte, sin que se vea influenciada por consideraciones de otro orden, como pueden ser los intereses económicos nacionales, los potenciales efectos sobre las relaciones con otros Estados o la naturaleza de las personas o entidades involucradas⁷. En este sentido prescribe el art. 5:

Artículo 5. Aplicación

La investigación y persecución del cohecho a un servidor público extranjero estarán sujetas a las reglas y principios de cada Parte. No estarán influidas por consideraciones de interés económico nacional, por el efecto potencial sobre sus relaciones con otro Estado ni por la identidad de las personas físicas o morales involucradas.

En otro orden de ideas refiere la Convención OCDE la necesidad de *contar con plazos de prescripción suficientes* para investigar el delito que sanciona, teniendo especialmente en consideración las dificultades probatorias que puede ocasionar una investigación de carácter extraterritorial que compromete asistencia penal mutua internacional y eventualmente la extradición.

Finalmente, establece la Convención OCDE, en su Artículo 12, que las Partes cooperarán para aplicar un Programa de Seguimiento Sistemático que vele y promueva la plena aplicación de la misma. Labor realizada por el Grupo de Trabajo sobre Cohecho en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE (Working Group).

Artículo 12. Monitoreo y Seguimiento

Las Partes cooperarán para aplicar un programa de seguimiento sistemático que vele por y promueva la plena aplicación de la presente Convención. Salvo decisión en contrario, adoptada por consenso entre las Partes, esta acción será realizada

⁷ Esta misma idea se desarrolla en los Comentarios sobre la Convención que en relación al mencionado artículo 5 indica que si bien se reconoce la discrecionalidad de cada uno de los estados, que suscriben la Convención, para desarrollar la investigación correspondiente; precisa que para proteger la independencia del proceso judicial, esa discrecionalidad debe ejercerse con base en motivos profesionales y no estar sujeta a la influencia inadecuada de preocupaciones de naturaleza política. Por su parte en el mismo sentido el párrafo 6 del Anexo a la Recomendación Corregida de la OCDE DE 1997 para Combatir el Cohecho en las Transacciones Comerciales Internacionales, C (97)123/FINAL recomienda, inter alia, que las quejas de cohecho de servidores públicos extranjeros deben ser investigadas seriamente por las autoridades competentes; y que los gobiernos nacionales deben proporcionar los recursos adecuados para permitir el proceso judicial eficaz de ese hecho. Precisando además que las Partes aceptarán esta recomendación, incluidas sus medidas de seguimiento y monitoreo.

dentro del Grupo de Trabajo de la OCDE sobre Cohecho en Transacciones Comerciales Internacionales y de acuerdo con sus atribuciones o dentro del marco y atribuciones de cualquier órgano que lo suceda en sus funciones, y las Partes asumirán los costos del programa en conformidad con las reglas aplicables de ese organismo.

III. ANÁLISIS Y REVISIÓN DEL DELITO DE COHECHO DE FUNCIONARIO PÚBLICO EXTRANJERO, CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO 251 BIS DEL CÓDIGO PENAL.

1. GENERALIDADES

Como antes se indicó, al adoptar la Convención OCDE nuestro país asume el compromiso internacional de tipificar como delito el soborno de funcionario público extranjero; conducta que a la fecha de aprobación de la Convención no estaba contemplada por nuestro ordenamiento penal.

Por tal razón y mediante la publicación de la Ley N° 19.829 se intenta cumplir con dicho compromiso, al introducir en nuestro ordenamiento penal la nueva figura de Cohecho de Funcionario Público Extranjero⁸, lo cual ha sido reformado en dos oportunidades: En 2009 mediante la Ley N° 20.341 “que introduce modificaciones al Código Penal, en la regulación de ciertos delitos en contra de la Administración Pública”⁹ y luego, en 2018 con la Ley N° 21.121 antes citada.

La versión original del delito del año 2002 fue sancionada por los artículos 250 bis A y 250 bis B, de nuestro Código Penal, que prescribían.

“Artículo 250 bis A.- El que ofreciere dar a un funcionario público extranjero un beneficio económico, en provecho de éste o de un tercero, para que realice una acción o incurra en una omisión con miras a la obtención o mantención, para sí u otro, de cualquier negocio o ventaja en el ámbito de transacciones comerciales internacionales, será sancionado con las mismas penas de reclusión, multa e inhabilitación establecidas en el inciso primero del artículo 248 bis. De igual forma será castigado el que ofreciere dar el aludido beneficio a un funcionario público extranjero por haber realizado o haber incurrido en las acciones u omisiones señaladas.

El que, en iguales hipótesis a las descritas en el inciso anterior, consintiere en dar el referido beneficio, será sancionado con pena de reclusión menor en su grado mínimo, además de las mismas penas de multa e inhabilitación señaladas.”

“Artículo 250 bis B.- Para los efectos de lo dispuesto en el artículo anterior, se considera funcionario público extranjero toda persona que tenga un cargo legislativo, administrativo o judicial en un país extranjero, haya sido nombrada o elegida, así como cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, sea dentro de un organismo público o de una empresa de servicio

⁸ Chile. Ley N° 19.829, Diario Oficial del 8 de octubre de 2002.

⁹ Ley N° 20.341 publicada en el Diario Oficial del 22 de abril de 2009.

público. También se entenderá que inviste la referida calidad cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional.”

Esta tipificación del soborno transnacional resultó insuficiente para el Grupo de Trabajo sobre Cohecho en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE (en adelante Working Group on Bribery OCDE o WGB OCDE), quienes en el marco de una visita a propósito de la evaluación de la implementación de la Convención OCDE, en su Fase II, formulan diversas observaciones a este nuevo tipo penal, advirtiendo que:

- i. La tipificación del delito resulta restrictiva, al incluir como conducta sancionada sólo el "ofrecer un beneficio", en circunstancias que la Convención contempla y sanciona además las conductas de "ofrecer, prometer y dar", conforme se desprende del artículo 1º, Párrafo 1º de la Convención.
- ii. El tipo penal restringe la sanción del tipo penal, sólo al ofrecimiento de beneficios de carácter económico, en circunstancias que la Convención contempla los beneficios económicos y los de otra clase.
- iii. Advierten que el tipo penal no es claro en sancionar la obtención de una ventaja indebida, por parte de quien ofrecía el beneficio económico, ya que no recoge esta situación en la norma penal.
- iv. Se manifiesta además que la expresión del tipo penal, relativa a obtener un negocio o ventaja en el ámbito de transacciones comerciales internacionales era limitativa, toda vez que el delito de cohecho podía verificarse en transacciones internacionales que pueden ser civiles o bien comerciales. Por eso, se sugiere excluir el concepto "comerciales".
- v. Finalmente, respecto al concepto de funcionario público extranjero, contemplado por el artículo 250 bis B del código Penal, se indica que éste no contemplaba todos los elementos señalados por la Convención, así en lo relativo a la empresa pública, se limitó su concepción al instituirlo como "empresa de servicio público".

En otro orden de consideraciones, el Working Group on Bribery de la OCDE estimó que la penalidad asociada a la comisión del delito de cohecho de funcionario público extranjero era de escasa gravedad —al oscilar entre los 61 días a 3 años— y por ello concluyen no se cumple con el estándar de la Convención, en cuanto a tratarse de penas efectivas, proporcionadas y disuasivas.

Se sumó a estas críticas, el hecho no ser procedente la solicitud de extradición, por no tener asignada la conducta sancionada una pena privativa de libertad superior a un año y por no contemplar responsabilidad de las personas jurídicas.

Las observaciones recibidas de parte del WGB OCDE, en la Fase II, motivan una reacción de nuestro país y así, con la finalidad de perfeccionar el tipo penal y recoger esas observaciones, se

promulga y publica la Ley N° 20.341, que introduce modificaciones al Código Penal en la regulación de ciertos delitos en contra de la Administración Pública¹⁰.

Esta Ley N° 20.341 incorpora una modificación a la tipificación del delito de cohecho de funcionario público extranjero, por esa razón suprime los artículos 250 bis A y 250 bis B, y en su lugar añade un nuevo párrafo al título V del Libro II del Código Penal, el título 9 bis, el cual dedica exclusivamente a tratar la figura de Cohecho a Funcionario Público Extranjero, figura que queda consagrada de la siguiente manera:

***Artículo 251 bis.**-El que ofreciere, prometiére o diere a un funcionario público extranjero, un beneficio económico o de otra naturaleza, en provecho de éste o de un tercero, para que realice una acción o incurra en una omisión con miras a la obtención o mantención, para sí u otro, de cualquier negocio o ventaja indebidos en el ámbito de cualesquiera transacciones internacionales, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado medio a máximo y, además, con las de multa e inhabilitación establecidas en el inciso primero del artículo 248 bis. Si el beneficio fuere de naturaleza distinta a la económica, la multa será de cien a mil unidades tributarias mensuales. De igual forma será castigado el que ofreciere, prometiére o diere el aludido beneficio a un funcionario público extranjero por haber realizado o haber incurrido en las acciones u omisiones señaladas.*

El que, en iguales situaciones a las descritas en el inciso anterior, consintiere en dar el referido beneficio, será sancionado con pena de reclusión menor en su grado mínimo a medio, además de las mismas penas de multa e inhabilitación señaladas.

***Artículo 251 ter.**- Para los efectos de lo dispuesto en el artículo anterior, se considera funcionario público extranjero toda persona que tenga un cargo legislativo, administrativo o judicial en un país extranjero, haya sido nombrada o elegida, así como cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, sea dentro de un organismo público o de una empresa pública. También se entenderá que inviste la referida calidad cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional.*

Como es posible apreciar, el tipo penal modificado por la Ley 20.341, incorporó 3 verbos rectores, dar, prometer y ofrecer, amplió la naturaleza del beneficio, que ya no solo es económico sino que puede ser de "cualquier naturaleza", se eliminó la palabra "comerciales" de modo que los negocios internacionales podían ser más amplios, y se eliminó la referencia en la definición de empleado público extranjero a las empresas de servicio público, señalando ahora "empresa pública", entre otras modificaciones realizadas.

Posteriormente, en el contexto de nuevas observaciones por parte del Working Group OCDE, ahora en la etapa de evaluación denominada fase IV, y en el contexto de una revisión integral a los delitos de corrupción, se dicta la Ley N° 21.121 que junto con buscar la prevención,

¹⁰ Chile, Ley N 20.341, que introduce modificaciones al Código Penal, en la regulación de ciertos delitos contra la Administración Pública. Publicada en el Diario Oficial de fecha 22 de abril de 2009.

detección y persecución de la corrupción¹¹, aspira a superar las observaciones realizadas por el WGB OCDE respecto a la configuración del cohecho de funcionario público extranjero.

De esta forma la menciona Ley N° 21.121 reorganiza la tipificación de la figura en examen, tratando en un mismo inciso el haz de conductas punibles, equiparando la sanción de todas las hipótesis que contempla el delito —incluso aquellas situaciones en que el sobornante consiente en dar un beneficio a un funcionario público extranjero¹²—; precisa que el beneficio económico o de otra naturaleza, que se ofrece, promete, da o consiente en dar, puede ser en provecho del sobornante o de un tercero; junto con explicitar que el pago de este beneficio se realiza con el *“propósito de obtener o mantener para sí o para un tercero cualquier negocio o ventaja en el ámbito de cualesquiera transacciones internacionales o de una actividad económica desempeñada en el extranjero”*.

Asimismo la nueva reformulación del tipo penal innova al exigir una vinculación entre el pago del beneficio y las funciones del empleado público extranjero, por cuanto se indica que este pago se realiza *“en razón del cargo del funcionario”* (como una especie de equivalente del cohecho doméstico) o bien para que dicho servidor *“omita o ejecute, o por haber omitido o ejecutado, un acto propio de su cargo o con infracción a los deberes de su cargo”*¹³.

De igual forma agrava las penas asociadas al delito, así la pena privativa de libertad se aumenta a una de *reclusión menor en su grado máximo a reclusión mayor en su grado mínimo*, esto es, un rango de pena que oscila entre los 3 años y 1 día a 10 años. Por su parte la pena de inhabilitación se fija en inhabilitación absoluta temporal para cargos u oficios públicos en su grado máximo, es decir, desde los 7 años y 1 día a 10 años. En el caso de la pena de multa su aumento oscila entre el duplo al cuádruplo del beneficio ofrecido, prometido, dado o solicitado. Fijando está en el rango de 100 a 1.000 UTM, en el caso que el beneficio fuere de naturaleza distinta de la económica. Finalmente se explicita que los bienes recibidos por el funcionario público caerán siempre en comiso.

De esta manera la actual configuración de delito se expresa así:

Artículo 251 bis. -*El que, con el propósito de obtener o mantener para sí o para un tercero cualquier negocio o ventaja en el ámbito de cualesquiera transacciones internacionales o de una actividad económica desempeñada en el extranjero, ofreciere, prometiére, diere o consintiere en dar a un funcionario público extranjero un beneficio económico o de otra naturaleza en provecho de éste o de*

¹¹ Chile. Ley N° 21.121 que modifica el Código Penal y otras normas legales para la prevención, detección y persecución de la corrupción, Diario Oficial 20 de noviembre de 2018.

¹² Hipótesis la mencionada que en la redacción anterior tenía una pena atenuada.

¹³ El Ministerio Público no estuvo de acuerdo con esta nueva redacción atendido que la OCDE plantea que el tipo penal debe ser autónomo en relación a la legislación o derecho del país extranjero, y en este caso, se estimó que la nueva redacción podría atentar contra dicha autonomía, al ser necesario acreditar que el pago estuvo relacionado con la función pública ejercida, o con los actos propios del cargo servido, o con un acto ejecutado con infracción a los deberes del cargo; todos deberes o función pública ejercida en otro país.

un tercero, en razón del cargo del funcionario, o para que omita o ejecute, o por haber omitido o ejecutado, un acto propio de su cargo o con infracción a los deberes de su cargo, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado máximo a reclusión mayor en su grado mínimo y, además, con multa del duplo al cuádruplo del beneficio ofrecido, prometido, dado o solicitado, e inhabilitación absoluta temporal para cargos u oficios públicos en su grado máximo. Si el beneficio fuere de naturaleza distinta de la económica, la multa será de cien a mil unidades tributarias mensuales.

Los bienes recibidos por el funcionario público caerán siempre en comiso.

2. BIEN JURÍDICO AFECTADO

La ubicación de la figura en estudio, en el título V, del Libro II del Código Penal, que trata los delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, provoca cierta confusión acerca del bien jurídico que pretende tutelar.

En efecto, si se observa con detención la conducta sancionada por el art. 251 bis es posible concluir que el bien jurídico afectado parece referido al correcto desarrollo del tráfico comercial internacional, toda vez que el núcleo esencial de la conducta sancionada se sitúa precisamente en la obtención o mantención de contratos o beneficios irregulares, en los que debe intervenir un funcionario público extranjero, en el ámbito de una actividad económica internacional¹⁴.

En esa línea de pensamiento precisa el autor español EDUARDO FABIÁN CAPARRÓS, que el tipo penal en examen ostenta una naturaleza esencialmente socioeconómica que tiende a proteger la posición de los competidores frente a quienes se valen de la corrupción para abusar de una posición dominante en el ámbito internacional¹⁵.

Así las cosas, y sin olvidar que el objetivo de la Convención OCDE es salvaguardar el principio de la libre y limpia competencia, esencial para el buen funcionamiento del mercado, señala por su parte la también autora española MIRIAM CUGAT *"cuando alguien soborna a un funcionario que interviene en un acto de contratación pública, no sólo adquiere una ventaja ilícita sobre su competidor sino que además vulnera los principios de imparcialidad y objetividad en el ejercicio de la función pública"*¹⁶; por esta razón releva la autora la innegable doble naturaleza del bien jurídico protegido por este nuevo tipo penal: *el libre mercado y la función pública*.

¹⁴ RODRÍGUEZ PUERTA, MARÍA JOSÉ. *"Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal"*. Quinteros Morales, 6ª, 2007, página 1735. De igual manera el OFICIO DEL FISCAL NACIONAL N° 699/2014 que contiene la Instrucción General que Imparte Criterios de Actuación en Delitos de Corrupción, de fecha 22 de septiembre de 2014.

¹⁵ FABIÁN CAPARRÓS, EDUARDO. *"La corrupción del agente público extranjero e internacional."* Tirant Lo Blanch, España, Valencia, 2003, págs. 80-81. En este mismo sentido se dice que el bien jurídico protegido está relacionado con la necesidad de que exista una cierta igualdad de los competidores en el ámbito internacional, frente a determinadas prácticas que intentarían desequilibrarla a través de actuaciones irregulares. Así PIÑOL RODRÍGUEZ, JOSÉ RAMÓN. *"Manual de Derecho Penal"*, Tomo II, Parte Especial, (Suárez-Mira, coord.), 3ª ed., 2005, pág. 563.

¹⁶ CUGAT MAURI, MIRIAM, *"Comentarios al Código Penal"*, Parte Especial, (Córdoba Roda-García Arán) Tomo II, 2004, pág. 2126.

En una línea de pensamiento similar, los autores JOSÉ LUIS DE LA CUESTA e ISIDORO BLANCO CORDERO, afirman el carácter pluriofensivo del delito de soborno a funcionario público extranjero, consecuencia de que la imparcialidad de los funcionarios públicos incide de manera decisiva en la competencia, tutelándose a través de este precepto tanto la imparcialidad de los funcionarios públicos en el ejercicio de la función pública como la competencia, si bien el peso de ésta última alcanza mayor relevancia en la medida en que la corrupción sólo es punible cuando afecta a transacciones, contratos u operaciones económicas¹⁷.

Entre nosotros, el subdirector de UNAC HERNÁN FERNÁNDEZ ARACENA, nos advierte que para intentar esclarecer el bien jurídico tutelado por la figura del cohecho transnacional, debe recordarse que entre los fundamentos de la Convención OCDE se señala que *"el cohecho es un fenómeno ampliamente difundido en las transacciones comerciales internacionales, incluido el comercio y las inversiones, que da origen a serias complicaciones de carácter moral y político, mina el buen Gobierno y desarrollo económico y distorsiona las condiciones competitivas internacionales"*¹⁸⁻¹⁹. En ese contexto, precisa que lo relevante para la referida Convención, es el alto costo económico o impacto social que provoca el soborno de funcionarios públicos para obtener importantes contratos comerciales de carácter internacional, de modo que presenta un marcado enfoque económico, que se justifica en el contexto de *"un sistema de mercado progresivamente globalizado"* que tiende a *"proteger la posición de los competidores frente a quienes se valen de la corrupción para abusar de una posición dominante en el ámbito internacional"*²⁰. De lo que se sigue, que el bien jurídico protegido por el tipo penal sería la libre e igualitaria competencia económica en el ámbito de las transacciones internacionales, o en otras palabras, *"el normal desarrollo de las relaciones económicas internacionales"*²¹; postura que se recoge en la Instrucción General que Imparte Criterios de Actuación en Delitos de Corrupción²² actualmente establecida en el Oficio del Fiscal Nacional, N° 278/2022, de fecha 08 de abril de 2022..

Apuntando a la misma idea giró la discusión parlamentaria del proyecto que dio origen a la Ley N° 20.341 cuando se justificó la creación de un nuevo párrafo dedicado exclusivamente al cohecho a funcionarios públicos extranjeros, dado que *"aunque todos los delitos de cohecho tienen como denominador común la corrupción, el bien jurídico protegido en los tipos que penan la conducta de un funcionario público extranjero por actos ejecutados en el ejercicio de su cargo son las transacciones comerciales internacionales y no la Administración Pública, que es protegida en la tipificación de los delitos de funcionarios públicos chilenos"*²³.

¹⁷ DE LA CUESTA ARZAMENDI, JOSÉ LUIS/BLANCO CORDERO, ISIDORO. *"Los nuevos delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales"*, En revista de Ciencias Penales, vol. 4, 2001-2002, págs. 12-13.

¹⁸ FERNÁNDEZ ARACENA, HERNÁN, en *"Análisis del delito de cohecho transnacional"*. En: Revista Jurídica del Ministerio Público, N° 45, Santiago, Chile, Ministerio Público, diciembre de 2010, p.63.

¹⁹ Ver en el preámbulo de la Convención para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE.

²⁰ FABIÁN CAPARRÓS, EDUARDO, *"La corrupción de agente público extranjero e internacional"*, cit., pág., 80.

²¹ RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, *"Delitos contra la función pública"*, cit., pág. 340.

²² Oficio que es su apartado número cinco menciona que el bien jurídico protegido por el delito de naturaleza transnacional es el *"normal desarrollo de las relaciones económicas internacionales"*.

²³ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado de 6 de enero de 2009, recaído en el proyecto de ley que introduce modificaciones al Código Penal, en la regulación de ciertos delitos contra la administración pública, Boletín N° 5.725-07, en Historia de la Ley N° 20.341 [en

En la sentencia de la Excm. Corte Suprema que dejó a firme la primera condena por este delito, se indicó que el bien jurídico protegido es “el normal desarrollo de las relaciones económicas internacionales”, junto con descartar al “recto funcionamiento de la Administración Pública” como factor de protección penal²⁴.

3. SUJETO ACTIVO

Aun cuando el tipo penal está concebido como una figura común, al sancionar “*El que...*”, queda de manifiesto que cualquier particular o funcionario público que corrompa o intente corromper a un funcionario público extranjero pueda ser sancionado conforme al tipo penal examinado.

Si bien debe hacerse presente que resulta difícil imaginar casos de adjudicación de contratos mediante el soborno a funcionarios públicos extranjeros, en los que la persona natural que incurre en la conducta sancionada, no actúe en nombre de una empresa que aspire a lograr una posición dominante respecto de la competencia²⁵. No en vano, nos recuerda el autor FABIÁN CAPARRÓS, los artículos 2º y 3º de la Convención OCDE prevén la necesidad de adoptar “*sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias*” sobre las entidades implicadas, aunque no exija necesariamente que esta responsabilidad sea de carácter penal. Esa realidad, junto a las exigencias de las sucesivas evaluaciones de la OCDE, que reclamaban la insuficiencia de la legislación nacional en lo que respecta a la imposición de sanciones a las personas jurídicas, motivaron la introducción de la Responsabilidad Penal de la Personas Jurídicas, que incorporó como delito base a las figuras de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho activo, incluido el soborno transnacional, lo que se concreta mediante la publicación de la Ley N° 20.393, de 25 de noviembre de 2009, que incorpora como sujeto activo del delito en examen, a las personas jurídicas²⁶.

Retomando el examen del sujeto activo contemplado por nuestro artículo 251 bis, un aspecto que ha sido objeto de observación por parte de los evaluadores de OCDE es la falta de regulación expresa de la autoría del delito de soborno de funcionario público extranjero mediante “*persona interpuesta*”, sea esta natural o jurídica, ello porque el artículo 1º de la Convención OCDE prevé que la conducta se castigue tanto cuando el particular actúe personalmente como cuando lo haga “mediante intermediarios”. Situación que, si bien se explicó -por nuestra representación- la legislación interna resuelve recurriendo a las reglas generales de autoría y participación, no se

línea], Biblioteca del Congreso Nacional, p. 50. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaLEY/nc/historia-de-la-ley/4760/> [fecha de consulta: 24 de enero de 2022].

²⁴ Considerando decimoséptimo, sentencia Excm. Corte Suprema, Rol N° 94.972-16 antes citado, que textualmente indica: “ Que, en primer término, conviene recordar que el bien jurídico que se pretende cautelar con el delito del artículo 250 bis A) del Código Penal “es el normal desarrollo de las relaciones económicas internacionales” –y no el recto funcionamiento de la Administración Pública–...”.

²⁵ FABIÁN CAPARRÓS, EDUARDO, “*La corrupción...*” cit., págs. 82-83

²⁶ Recibiendo dicha normativa distintas modificaciones que incorporan nuevos delitos base, así el caso de la Ley N° 20.931, publicada en el Diario Oficial de 5 de julio de 2016, que incorporó como delito base al delito de receptación, la antes mencionada Ley N° 21.121 que incorpora las figuras de: negociaciones incompatibles, corrupción entre particulares, apropiación indebida y a la administración desleal como delitos base. Últimamente la Ley N° 21.132, publica el Diario oficial de 30 de enero de 2019, que incorpora figuras de la Ley General de Pesca y Acuicultura.

estimó una solución adecuada para los evaluadores, quienes advirtieron que la falta de una regulación de la autoría mediata explícita, permitía quedar sujeto a criterios jurisprudenciales cambiantes; asimismo se hicieron presente ciertas dificultades respecto de la figura de inducción, toda vez que pueden producirse lagunas de punición cuando quien instiga la comisión del delito, lo hace para valerse de los servicios de extranjeros que actúan fuera de las fronteras nacionales²⁷.

4. CONDUCTA PUNIBLE

a) Modalidades

La actual redacción del artículo 251 bis contempla un haz de conductas punibles — verbos rectores— con la finalidad de adecuarse a las exigencias de la OCDE.

Si bien el tipo penal originalmente contemplaba sólo dos verbos rectores, “*ofrecer dar*” y “*consentir en dar*”, no considerando los verbos “*prometer*” y “*dar*”²⁸; producto de las observaciones del WGB OCDE, la tipificación del delito de cohecho a funcionario público extranjero —Ley N° 20.341— incorporó al tipo penal primeramente los verbos rectores “*prometer*” y “*dar*”;²⁹.

Con la finalidad de esclarecer el sentido y alcance de los verbos rectores que recoge actualmente el tipo penal, recurrimos al Diccionario de la Real Academia Española (RAE en adelante) que define “*ofrecer*” como “*comprometerse a dar, hacer o decir algo*”.³⁰ En el caso de la figura examinada lo que se “*ofrece dar*” es un beneficio económico o de otra naturaleza con un objetivo preciso, cual es, obtener o mantener un negocio o ventaja en una transacción internacional. Y tal como ocurre en los delitos de cohecho a funcionarios públicos nacionales, encontramos también aquí un adelantamiento de la penalidad, al sancionar como consumados conductas que podrían estimarse actos preparatorios o bien una conspiración.

Refiriéndonos ahora a la conducta “*prometer*”, ella se define por la RAE como “*Obligarse a hacer, decir o dar algo*”³¹. Importa anotar que dada la estructura de los delitos de cohecho en nuestro código punitivo, no resulta necesaria la bilateralidad, esto es, que exista una aceptación de

²⁷ Así se razonó, que careciendo las autoridades chilenas de jurisdicción sobre ellos, difícilmente podrían hacerlo respecto de quienes tienen el carácter de simples partícipes, aun teniendo presente la modificación al art. 6 del Código Orgánico de Tribunales. Se afirmó entonces que la única forma de evitar estas situaciones consiste en elevar a estos sujetos a la categoría de autores. Según nos informa Fabián Caparrós, Eduardo, “La corrupción...”, cit. págs. 93-94.

²⁸ No obstante defender las autoridades chilenas, en la Fase 1 y la Fase 2, la ausencia de los verbos citados, toda vez que podía resolverse por vía interpretativa, entendiendo que el hecho de ofrecer -asociado al castigo, también previsto, para quienes accedan a prestar el soborno solicitado por el funcionario extranjero- precede o convive con cualquier promesa o concesión. El Grupo de Trabajo se resistió, en ambas ocasiones, a aceptar tal explicación; primero, por la ausencia de jurisprudencia que corroborara en la práctica ese criterio y, además, por la evidencia de que, en ciertos casos, la promesa o entrega de un soborno realizado por iniciativa del particular no viene precedida de su ofrecimiento.

²⁹ Conforme a la modificación introducida por la Ley N° 21.121

³⁰ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia de la Lengua Española, que puede revisarse en: www.rae.es. Visitado el 25 de noviembre de 2019.

³¹ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia de la Lengua Española, que puede revisarse en: www.rae.es. Visitado el 25 de noviembre de 2019.

la contraparte, basta con la mera “promesa” de dar un “soborno” para consumir el ilícito en comento.

Por su parte el verbo “*dar*” es definido por el diccionario RAE como “*Conceder, otorgar*”³². Recordando que su inclusión obedece a observaciones efectuadas en las evaluaciones de Chile, con el fin de abarcar situaciones que a juicio de los evaluadores resultaban de dudosa inclusión en el antiguo tipo del 250 bis A, como sería el caso de un empresario chileno que concurriera a las oficinas del empleado público extranjero y sin mayor conversación dejare sobre su escritorio un maletín lleno de dinero en efectivo y luego se retirara, teniendo pendiente ese funcionario extranjero una decisión sobre una transacción internacional que involucrara al particular³³.

Otra hipótesis de comisión es la relativa a “*consentir en dar*”. Al respecto el diccionario de la RAE define “*consentir*” como “*permitir algo o condescender en que se haga*”³⁴. En este tipo penal se “consiente en dar” un beneficio económico o de otra naturaleza, con el mismo objetivo antes explicado, esto es, para obtener o mantener un negocio o ventaja en una transacción internacional³⁵.

b) Objeto material

Conforme a la actual redacción del art. 251 bis el objeto material del cohecho es un *beneficio económico o de cualquier naturaleza*.

Es ese sentido la ley N° 20.341, siguiendo las recomendaciones de la OCDE, decidió ampliar la naturaleza del beneficio ofrecido o consentido en dar, el que deja de ser de naturaleza exclusivamente económica, pasando a incorporar también los beneficios de naturaleza distinta a la económica, como los favores sexuales, el acceso a un centro educativo o el otorgamiento de una distinción honorífica, por ejemplo³⁶.

³² Diccionario de la Lengua Española, Real Academia de la Lengua Española, que puede revisarse en: www.rae.es. Visitado el 25 de noviembre de 2019.

³³ Si bien se sostuvo por nuestro país —con justo fundamento— que ese ejemplo podía perfectamente ser considerado una “oferta tácita” y por tanto, estar capturada su antijuridicidad por el verbo rector “ofrecer dar”, en el entendido que existe además un adelantamiento de la punibilidad, esa explicación no fue suficiente para los evaluadores, atendida la falta de una investigación en que ello se hubiere planteado unido a la falta de una decisión o sentencia judicial que fijara esa jurisprudencia; reparos que motivaron la decisión del Poder Ejecutivo en orden a incluir expresamente el verbo rector “dar” en el tipo penal comentado.

³⁴ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia de la Lengua Española, que puede revisarse en: www.rae.es. Visitado el 25 de noviembre de 2019.

³⁵ El “consentir en dar” es una reacción del particular a un requerimiento previo de parte de un funcionario público extranjero, lo que había motivado al legislador a establecer una diferencia de penalidad, estimando más grave que una persona tome la iniciativa de sobornar a un funcionario público extranjero, a que ceda a la presión del mismo. No obstante esa diferenciación fue desplazada por la actual tipificación de la figura en examen que iguala o equipara las penas en todas las hipótesis que sanciona.

³⁶ FABIÁN CAPARRÓS, EDUARDO, “*La corrupción de funcionario público extranjero en el derecho penal Chileno a la luz del convenio de la OCDE de 1997*”. En Libro Chile en el club de los países desarrollados, Agosto de 2010, Grafica LOM, págs. 69 a 89.

El objetivo del beneficio económico o de otra naturaleza que se ofrece, se da, se promete o se consiente en dar, ha ido cambiando dada las diversas modificaciones legales que ha sufrido el tipo penal.

La redacción original restringía el propósito del delito a obtener o mantener cualquier negocio o ventaja en el ámbito de “las transacciones comerciales internacionales”, sin calificar la ventaja de indebida como lo exigía la Convención OCDE.

Así, la Ley N° 20.341 teniendo en consideración las evaluaciones efectuadas por la OCDE agregó la palabra “indebida” como calificante de la palabra “ventaja”. Se argumentó ante la Comisión de la Cámara de Diputados que “de acuerdo a la Convención, se trataba de que quien efectuara el cohecho, buscara la obtención de una ventaja indebida, característica que el tipo penal descrito en el inciso primero no reflejaba con claridad”³⁷.

En el mismo sentido, se sostuvo en la misma Comisión una explicación con referencia a los criterios de la OCDE señalando que “la ventaja perseguida debería ser una ventaja indebida porque hoy día el tipo penal del artículo 250 bis A, que se refiere al funcionario público extranjero, menciona sólo la expresión ventaja. Lo que propuso la OCDE en este caso, es que la ventaja tuviera muy claro el ámbito del injusto, es decir, el carácter de antijurídico de la conducta y por eso incorporaron el concepto de indebida”³⁸.

En el Senado, se explicó por el Ministro Secretario General de la Presidencia de la época, José Antonio Viera-Gallo, que: “En segundo lugar, el nuevo tipo sanciona sólo la obtención de ventajas que sean indebidas, porque parte de la base de que la legislación de los distintos países puede contemplar ventajas debidas, lícitas o legales, caso en el cual no hay delito”³⁹.

Todas estas explicaciones pierden hoy sentido, desde que la Ley N° 21.121 eliminó la referencia a lo indebido de las ventajas, volviendo a la situación pre 2009 sobre el concepto de ventaja.

Revisada la historia de la Ley N° 21.121, aparece que el cambio fue propuesto por el profesor Héctor Hernández, pues a su juicio la norma vigente era “una formulación oscura” que parecía ser una “traducción literal del Convenio de la OCDE”. En su concepto, la frase “transacciones internacionales” se podía entender en un sentido natural y obvio como referida al ámbito del comercio internacional, lo que dejaba fuera “el caso que si interesa, que típicamente tiene lugar cuando capitales nacionales se instalan en otro país e invierten allí obteniendo permisos o autorizaciones mediante coimas”. Por ello, el profesor sostiene que parece mejor “referirse a la

³⁷ En Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados de 06 de agosto de 2008, en Historia de la Ley N° 20.341, ob. cit., p. 13.

³⁸ Opinión de la representante del Ministerio de Justicia, la abogada Nelly Salvo, en Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, en Historia de la Ley N° 20.341, ob. cit., p. 20.

³⁹ En informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, en Historia de la Ley N° 20.341, ob. cit., p. 50.

obtención de ventajas en el contexto de una relación económica internacional o de una actividad económica desempeñada en el extranjero⁴⁰.

La propuesta fue aceptada por el Poder Ejecutivo y la incorporó en la indicación sustitutiva argumentando, siguiendo al profesor Hernández, que se amplía el “ámbito de aplicación del delito a una actividad económica desempeñada en el extranjero”. Esta redacción incluiría casos, que típicamente la figura y la Convención buscan sancionar, como la obtención de permisos o autorizaciones, mediante la oferta promesa, entrega o aceptación de beneficios, para la instalación de capitales nacionales en otro país. Este caso no aparece claramente en la redacción actual de la norma, la que hace referencia solo a las “transacciones internacionales”, que aluden más bien a transacciones dentro del comercio internacional⁴¹.

La nueva redacción efectivamente amplía el ámbito de aplicación del delito, todo dentro del contexto de negocios internacionales, lo que pareciera ser cubre las preocupaciones de la OCDE.

Estos elementos normativos, mirados desde una perspectiva subjetiva, implican necesariamente que el autor debe cometer este ilícito con dolo directo, algo que reconoce la Excm. Corte Suprema en el Caso Fragatas cuando indica “que el texto de esa disposición expresa que el ofrecimiento de dar un beneficio económico se hace “con miras” a la obtención o mantención de un negocio o ventaja en el ámbito de transacciones comerciales internacionales, expresión que, amén de excluir la realización culposa de la conducta, constituye una exigencia de dolo directo (Ossandón/Rodríguez, ob. cit., p. 359), de todo lo cual se colige, que los beneficios económicos que el autor ofrece dar al funcionario público extranjero están subjetivamente conectados a un negocio o ventaja en el ámbito concreto de alguna transacción comercial internacional, cualquiera ésta sea, que se pretende obtener o mantener”⁴².

Se evidencia así que la finalidad que ha de perseguir el particular con su conducta es por un lado, conseguir o conservar un contrato en concreto o bien, más genéricamente, conseguir o conservar una ventaja irregular relacionada con una transacción internacional⁴³.

En lo que respeta al valor del beneficio de carácter económico o de otra naturaleza que se da, se promete o que se consiente en dar, nada nos señala la figura examinada; no obstante, en los Comentarios al Convenio se establece taxativamente que *“Constituye también delito, independientemente de, entre otras cosas, el valor del beneficio, sus resultados, la percepción de estos hechos a la luz de las costumbres locales, la tolerancia de dichos pagos por las autoridades locales, o la supuesta necesidad del pago con el fin de obtener o conservar contratos u otros beneficios*

⁴⁰ Opinión del profesor Héctor Hernández Basualto, en Historia de la Ley N° 21.121, ob. cit., en Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, de 07 de julio de 2016, p. 20.

⁴¹ En indicación sustitutiva plasmada en Oficio N° 097-365 de 18 de julio de 2017, en Historia de la Ley N° 21.121, ob. cit., p. 80.

⁴² Considerando 17° de la sentencia de la Excm. Corte Suprema rol N°94.972-16.

⁴³ OLAIZOLA NOGALES, INÉS. *“Los delitos contra la Administración Pública”*, en Nuevas Tendencias en Política Criminal (Santiago Mir y Mirentxu Corcoy, dirs), 2006, págs. 381-382.

irregulares”, siendo, en definitiva, indiferente el valor del beneficio. Para la doctrina, el criterio fundamental no es (y no debe ser, cabe agregar) ni cuantitativo ni social normativo, sino de imputación objetiva: lo importante es que la contraprestación ilícita debe tener capacidad objetiva de corromper⁴⁴. En todo caso, como apunta el autor FABIÁN CAPARRÓS, dada la fenomenología del soborno transnacional, todo apunta a que este tipo penal está pensado para aquellos casos en los que las sumas implicadas serán verdaderamente relevantes.⁴⁵

Finalmente el beneficio económico o de otra naturaleza podrá ceder en provecho del funcionario público extranjero o de un tercero no especificado, lo que deja un amplio margen para sancionar a testaferros, palos blancos y coautores.

c) Vinculación entre las conductas sancionadas y las funciones desarrolladas por el funcionario público extranjero

La última modificación introducida al delito en examen por la Ley N° 21.121 incorporó un nuevo requisito para su comisión, y así vinculó el beneficio económico ofrecido, prometido, dado o consentido en dar, a las funciones servidas o desarrolladas por el funcionario público extranjero cohechado.

De esta manera la actual redacción del art. 251 bis exige que las conductas sancionadas se realicen *“en razón del cargo del funcionario público”* —requisito que parece ser un equivalente de la sanción del cohecho doméstico—; o bien en atención a que el funcionario público extranjero *“omita o ejecute, o por haber omitido o por haber omitido o ejecutado un acto propio del cargo o con infracción a los deberes de su cargo”*.

Esta innovación, en la etapa de discusión de la Ley, no fue compartida por el Ministerio Público, al no considerar que la Convención OCDE exige que el tipo penal que sanciona el cohecho de funcionario público extranjero sea autónomo de la legislación o derecho del país extranjero; exigencia que se cumplía con la redacción previa de la figura pero que con la innovación incorporada es susceptible de ser observada o cuestionada por el WGB OCDE, al ser necesario, desde ahora, para estimar la concurrencia de la figura examinada no únicamente esclarecer las funciones servidas por los funcionarios públicos extranjeros sino también la vinculación de la entrega del beneficio a esas funciones, a su ejecución u omisión⁴⁶.

⁴⁴ NIETO MARTÍN, ADÁN. *“La corrupción en las transacciones comerciales internacionales”*. En Estudios de Derecho Penal, Universidad de Castilla-La Mancha, 2004, pág. 81; OLAIZOLA NOGALES, INÉS. *“Delitos de corrupción”*, cit., pág. 479.

⁴⁵ FABIÁN CAPARRÓS, EDUARDO. *“La corrupción de funcionario público extranjero en el derecho penal Chileno a la luz del convenio de la OCDE de 1997”*, cit., págs. 69 a 89.

⁴⁶ La opinión del Ministerio Público se expresó en sesión 287ª de fecha 13 de septiembre del 2017, mencionada en Historia de la Ley N° 21.121, Segundo Trámite Constitucional: Cámara de Diputados, Informe de Comisión de Constitución de fecha 4 de octubre de 2017, pág. 5 y 6. También se puede revisar en el siguiente link: https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/7597/HLD_7597_11aId4780a3bf18fdedd487adf41ffe3.pdf

5. EL FUNCIONARIO PÚBLICO EXTRANJERO Y SU ACTUACIÓN

En lo que se refiere a las cualidades que debe ostentar el sujeto destinatario del beneficio —el “funcionario público extranjero” que refiere el artículo 251 bis— el propio Código Penal ofrece una definición legal en su artículo 251 ter, entendiéndose por tal *“toda persona que tenga un cargo legislativo, administrativo o judicial en un país extranjero, haya sido nombrada o elegida, así como cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, sea dentro de un organismo público o de una empresa pública. También se entenderá que inviste la referida calidad cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional”*.

Conforme a lo antes examinado y producto de la modificación introducida al tipo penal del art 251 bis, este funcionario público extranjero debe incurrir en determinadas conductas deshonestas, activas o pasivas, con ocasión del ejercicio del cargo servido, así es necesario que se encuentre *ejerciendo labores en razón del cargo*, adelantándose una posible discusión en orden a determinar si estamos ante una interpretación acotada o extensa del significado de estas labores; o bien *debe alistarse a ejecutar u omitir, en el futuro; o haber ejecutado u omitido, en el pasado, un acto propio del cargo o bien con infracción a los deberes que ese cargo incorpora*.

Al respecto y relevando la dificultad introducida por la actual regulación, recordamos lo advertido por el autor FABIÁN CAPARRÓS en el sentido que en estos delitos, el estatuto jurídico que determina la ilegalidad de la actuación del funcionario público extranjero no es el que regula la actuación de los servidores públicos internos, sino el del Estado o la Organización Internacional a la que pertenecen, de acuerdo a sus propios criterios. Por ello, este autor advertía la dificultad de escalar la pena en función de ese grado de ilicitud determinado por un ordenamiento ajeno, estimando más recomendable atribuir el mismo rango penal al particular que comete cohecho activo, como hace el artículo 251 bis, en su redacción previa a la última modificación. Concluyendo este autor que al fin y al cabo, no debe olvidarse que la naturaleza de la lesividad del cohecho activo –transnacional– y su correspondiente cohecho pasivo –doméstico– es absolutamente diferente.⁴⁷

La incorporación de la exigencia aludida, releva la necesidad de contar con una intensa colaboración internacional en orden a la precisión de las tareas servidas por el funcionario extranjero y la determinación de su cumplimiento, omisión y/o infracción⁴⁸.

⁴⁷ FABIÁN CAPARRÓS, EDUARDO, *“La corrupción de funcionario público extranjero en el derecho penal Chileno a la luz del convenio de la OCDE de 1997”*, cit., págs. 69 a 89.

⁴⁸ Al momento de discutirse este aspecto, en la discusión parlamentaria se olvidó consultar la revisión de la Historia de la dictación de la Ley N° 19.829, que en la Sesión 25° del Senado, Informe de la comisión de Constitución, de fecha 26 de agosto de 2002 escuchó al profesor señor Bascuñán, que consideró importante: *“tener presente que el artículo 250 bis A propuesto abandona el criterio de determinación de la penalidad del sobornante atendiendo a la calificación del acto u omisión del funcionario, esto es, jurídicamente indiferente, prohibido o sancionado penalmente. Para este caso se propone una pena única, salvo por la distinción que introduce el proyecto entre la oferta del beneficio y la aceptación de la solicitud del funcionario. Esta tipificación unificada, razonó, encuentra su justificación en la finalidad de evitar las dificultades que resultarían de calificar de indiferente, prohibido o punible el comportamiento del funcionario extranjero sobornado conforme al derecho del*

6. ASPECTO SUBJETIVO

Al igual que ocurre con el soborno doméstico, el cohecho activo transnacional sólo existe en modalidad dolosa, necesitando para su sanción la concurrencia de dolo directo.

No obstante lo anterior el autor FABIÁN CAPARRÓS nos advierte que aunque exista doctrina que se ha pronunciado defendiendo la exigencia de dolo directo para que proceda la condena por el delito del artículo 251 bis⁴⁹, conviene indagar en torno a la posibilidad de admitir su comisión mediante dolo eventual. Aclara este autor que cabe la posibilidad de que un particular, ante las pretensiones planteadas por un agente público extranjero, las acepte dudando si tales condiciones constituyen un requisito legal conforme al ordenamiento de que se trate o si, por el contrario, no son más que un soborno que compense un trato de favor. Planteando que estos casos no son descabellados; sobre todo si tiene en cuenta que en ellos el particular entra en contacto con un funcionario al servicio de una entidad de naturaleza pública cuyo régimen jurídico puede resultar desconocido⁵⁰. Por ello plantea posible que ese particular, guiado por el ánimo de conseguir un determinado negocio, sospeche de la ilicitud del acto y, a pesar de ello, opte por no obtener mayores explicaciones (willfulblindness).

7. PENALIDAD.

La Convención OCDE en su artículo 3º establece una serie de estándares que debieran ser cumplidos por los Estados Parte en relación a las sanciones que debe contemplar el delito de cohecho a funcionario público extranjero. Y así entre otros, se señala la obligación de castigarlo con penas *eficaces, proporcionadas y disuasivas*, añadiendo que el rango de sanciones debe ser comparable a las del cohecho nacional.

Asimismo, agrega la Convención OCDE respecto a las personas naturales, que las sanciones privativas de libertad deben permitir la cooperación internacional y la extradición, debiendo imponerse sanciones civiles o administrativas complementarias.

Teniendo presente lo anterior, al surgir dudas acerca del estándar de las penas contempladas por nuestro delito de cohecho transnacional se optó por aumentar las mismas y así la Ley N° 20.341 elevó el rango mínimo de la sanción al sobornante que tomó la iniciativa de

país del funcionario, así como de las arbitrariedades que resultarían de su calificación conforme al derecho chileno."

⁴⁹ Respecto del derogado artículo 250 bis A, revisar OLIVER CALDERÓN, GUILLERMO. "Últimas modificaciones en la regulación del delito de cohecho (Ley N° 19.829 de 1999)" en Revista Chilena de Derecho. Vol. 30 N° 1, págs. 39 a 53.

⁵⁰ FABIÁN CAPARRÓS, E. A. "La corrupción de agente público extranjero e internacional" (2003), cit., págs. 114-115. Apoyándose en el criterio del Grupo de Trabajo de la OCDE, en referencia con el viejo artículo 445 bis del Código Penal español –y a pesar de que tanto esta norma como el vigente artículo 445 emplean las formas verbales "corromper" e "intentar corromper" –Cuesta Arzamendi, J. L. & Blanco Cordero, I. "Los nuevos delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales", cit., pág.21.

cohechar, que reconoce como actual sanción el presidio menor en su grado medio, modificándose el inciso primero del antiguo artículo 250 bis A. Sin embargo, el legislador olvidó modificar el inciso segundo de la figura examinada, que establece la pena aplicable al sobornante que “consintió en dar” un beneficio económico o de otra naturaleza a un funcionario extranjero —conducta que el legislador chileno siempre ha considerado de menor reprochabilidad que la de aquél que toma la iniciativa corruptora lo que se tradujo en que se mantuvo el castigo de reclusión menor en sus grados mínimo a medio, en este caso.

En cuanto a las penas pecuniarias copulativas, si se trataba de un beneficio económico, la multa se fijaba en el inciso primero del artículo 248 bis del Código Penal, esto es, del tanto al duplo del provecho solicitado o aceptado. Si en cambio, el beneficio es de otra naturaleza, la multa puede ir en el rango entre 100 UTM a 1000 UTM.

Finalmente en relación a penas privativas de derecho, se aplica pese a que pudiera sancionarse tratarse de particulares, la de inhabilitación contemplada en el citado artículo 248 bis⁵¹.

Este rango de penas fue nuevamente modificado y aumentado por la Ley N° 21.121, que asignó un estándar único de sanción a todas las modalidades de cohecho de funcionario público extranjero, fijando una pena restrictiva de libertad en el rango de reclusión menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, es decir, una pena que oscila entre los 3 años y 1 día de presidio a los 10 años.

Contemplando también una pena de multa, que oscila entre el duplo al cuádruplo del beneficio ofrecido, prometido, dado o solicitado. Pena pecuniaria que se fija en 100 a 1.000 unidades tributarias mensuales, en el caso que el beneficio sea de naturaleza distinta a la económica.

Asimismo se aumenta la pena de inhabilitación la que se fija en inhabilitación absoluta temporal para cargos u oficios públicos en su grado máximo, esto es, 7 años y 1 día a 10 años.

La actual redacción de la figura en examen aclara además que los bienes recibidos por el funcionario público caerán siempre en comiso.

⁵¹ Esto es, inhabilitación especial o absoluta para cargos u oficios públicos temporales en cualquiera de sus grados.

IV. OTROS TRATADOS INTERNACIONALES QUE CONTEMPLAN LA FIGURA PENAL EN EXAMEN.

La tipificación del delito de cohecho a funcionario público extranjero, no sólo es recogida por la convención del OCDE sino que también ha sido materia de preocupación de otras convenciones internacionales de las que nuestro país es parte.

En este sentido la Convención Interamericana contra la Corrupción, ratificada por Chile el 22 de septiembre de 1998, que fuera Promulgada por Decreto N° 1.879 de 29 de octubre de 1998 y publicada en el Diario Oficial de 2 de febrero de 1999, contempla en su artículo 8° el delito de Soborno Transnacional que precisa:

“Artículo VIII.

Soborno transnacional.

Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte prohibirá y sancionará el acto de ofrecer u otorgar a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, por parte de sus nacionales, personas que tengan residencia habitual en su territorio y empresas domiciliadas en él, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios, como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial.

Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de soborno transnacional, éste será considerado un acto de corrupción para los propósitos de esta Convención.

Aquel Estado Parte que no haya tipificado el soborno transnacional brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan.”

Por su parte la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, promulgada en Chile por Decreto N° 375 de 23 de noviembre de 2006 y publicada en el Diario Oficial de 30 de enero de 2007, en su artículo 16 señala:

“Artículo 16.

Soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a un funcionario público extranjero o a un funcionario de una organización internacional pública, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales para

obtener o mantener alguna transacción comercial u otro beneficio indebido en relación con la realización de actividades comerciales internacionales.

2. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la solicitud o aceptación por un funcionario público extranjero o un funcionario de una organización internacional pública, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales.”

V. REVISIÓN DE LAS OBSERVACIONES Y/O RECOMENDACIONES REALIZADAS A CHILE POR EL GRUPO DE TRABAJO OCDE (WGB OCDE)

1. OBSERVACIONES EVALUACIÓN FASE 1

En el año 2004 tuvo lugar la primera Fase de revisión del Grupo de Trabajo de OCDE que estuvo centrada en evaluar la implementación de la Convención en la legislación de Chile, concluyendo con recomendaciones enfocadas especialmente en lo relativo a consagrar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, incorporar sanciones más severas al delito de cohecho transnacional, realizar modificaciones legales que permitieran la sanción de las conductas que se desarrollaban en el exterior (jurisdicción), así como adoptar medidas que permitieran superar el obstáculo del secreto bancario al delito de cohecho internacional, entre otras.

Atendido que esas recomendaciones no se adoptaron con la celeridad que se esperaba el Grupo de trabajo estimó prudente realizar una revisión Fase 1 bis, en octubre de 2009, pero al no encontrarse promulgada la ley que sancionaba la responsabilidad penal de las personas jurídicas (promulgada en diciembre de 2009), tiene lugar un Fase 1 ter, en diciembre de 2009.

En esta fase 1 ter se presentó la nueva normativa, Ley N° 20.393 que introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro ordenamiento, relevando sus beneficios. Este nuevo instrumento de combate contra la corrupción es recibido con beneplácito por el Grupo de Trabajo de OCDE, que entiende que la legislación de Chile cumple con las normas del Artículo 2 de la Convención; el que no obstante recomienda realizar un seguimiento a la aplicación efectiva de esa normativa de forma de asegurar que las personas jurídicas condenadas por cohecho internacional sean sancionadas, en todos los casos, con penas eficaces, proporcionadas y disuasivas.

2. OBSERVACIONES EVALUACIÓN FASE 2

En el año 2007 nuestro país es objeto de una nueva revisión por parte del Working Group on Bribery de la OCDE que dirige recomendaciones a aspectos relativos a la prevención y detección efectiva del delito de soborno de funcionario público extranjero, relevando aspectos relativos a la sensibilización para lograr el conocimiento de la conducta, su detección y denuncia a las autoridades competentes; asimismo en relación a la investigación y enjuiciamiento de este delito sugiere contar con instrucciones que precisen las normas que regulen estos aspectos, asimismo enfatiza la necesidad de contar con penas disuasivas, proporcionales y serias que permitan la asistencia legal mutua y la extradición.

En lo relativo al tipo penal que sanciona la conducta devela ciertas deficiencias que estima posee nuestro delito de cohecho transnacional. Es así que se estima restrictiva la tipificación de la conducta, al incluir como verbo rector sólo el "ofrecer un beneficio", en circunstancias que la Convención contempla y sanciona además las conductas de "ofrecer, prometer y dar", conforme se desprende del artículo 1º, Párrafo 1º de la Convención. Reprocha que esa restricción se extienda al

tipo de beneficio que admite sanción, el que se limita a los de carácter económico, en circunstancias que la Convención contempla además de los beneficios económicos y los de otra clase. Cuestiona la falta de claridad del tipo penal, al no sancionar la obtención de una ventaja indebida por parte de quien ofrecía el beneficio económico, ya que no se recoge esta situación en la norma penal. Releva que la expresión relativa a obtener un negocio o ventaja en el *ámbito de transacciones comerciales internacionales* utilizada por el tipo penal sancionado es limitada, toda vez que el delito de cohecho podía verificarse en transacciones internacionales que pueden no ser comerciales; por lo que sugiere excluir el concepto "comerciales". De igual forma respecto al concepto de funcionario público extranjero, contemplado por el artículo 250 bis B del Código Penal, se indica que éste no contemplaba todos los elementos señalados por la Convención, relevando que en lo relativo a la empresa pública, se limitó su concepción al instituir la como "empresa de servicio público"⁵².

3. OBSERVACIONES EVALUACIÓN FASE 3.

Durante el año 2013 nuestro país fue objeto de una nueva evaluación por parte de un equipo de evaluadores expertos de la OCDE, Fase 3, en la cual se revisaron, entre otros aspectos, los casos de soborno transnacional que Chile informó como investigados, y así el Grupo de Trabajo OCDE se refirió a los siguientes casos:

- "Vehículos Gubernamentales" en Perú;
- "Cementos" en Bolivia;
- "Aerolíneas" en Argentina;
- "Compañía de Viajes" en Cuba;
- "Aeropuerto" en Venezuela; y,
- "Fragatas o Equipamiento Militar" en Corea.

Al término de esa evaluación Fase 3, se formularon algunas recomendaciones a nuestro país, las que se centraron en 4 aspectos que se estimó debían reforzarse, a saber: (i) la necesidad de realizar una exhaustiva investigación antes de decidir un archivo provisional; (ii) jurisdicción para investigar; (iii) falta de pro-actividad en la búsqueda de la cooperación de las autoridades extranjeras; y finalmente (iv) coordinación entre las autoridades chilenas⁵³. Recomendaciones que de manera sucinta, pasamos a revisar:

a) Necesidad de realizar una exhaustiva investigación previa al archivo provisional.

Se hizo presente por los evaluadores de OCDE la necesidad de desarrollar una completa y exhaustiva investigación de los delitos de soborno transnacional previo a la aplicación de la salida temprana del archivo provisional, atendido a que se estimó que la investigación desarrollada en los

⁵² Las recomendaciones formuladas por el Grupo de Trabajo OCDE a Chile Fase 2 puede revisarlas en este link: http://mpintra/anticorrupcion/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=1398&Itemid=68

⁵³ El Informe de la OCDE, evaluación en fase 3, referido al grado de cumplimiento que nuestro país ha dado a los compromisos que surgen de la Convención OCDE contra el cohecho a funcionario público extranjero, puede revisarse en el siguiente link: <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ChilePhase3ReportEN.pdf>

casos objeto de revisión⁵⁴ descansó, primordialmente, en los indicios que pudieran surgir de los Pedidos de Asistencia Legal Mutua (MLA); por esa razón se recomendó revisar periódicamente las leyes de implementación de la Convención, así como el enfoque de su aplicación con el fin de combatir eficazmente la corrupción extranjera.

Asimismo, se observó la necesidad de adoptar medidas para garantizar que las denuncias de soborno extranjero fueran investigadas en profundidad, para, de esa manera, tener la convicción de que la responsabilidad corporativa de las personas jurídicas se exploró cabalmente.

Del mismo modo, se señaló que las autoridades chilenas deberían utilizar otras herramientas investigativas para recopilar información de diversas fuentes de manera preventiva, y de esa forma contribuir a aumentar las fuentes de las denuncias y mejorar las investigaciones. Esto incluye, de ser necesario, la búsqueda de cooperación y asistencia legal mutua de países extranjeros, de manera proactiva.

b) Jurisdicción para investigar

Los examinadores de OCDE, no consideraron las alegaciones de nuestro país respecto a que, previo al año 2009, no se contaba con jurisdicción extraterritorial para perseguir la comisión del delito de soborno transnacional como tampoco aceptaron la carencia de legislación que sancionara la responsabilidad penal de las personas jurídicas, relevando ciertas deficiencias respecto al tema de la jurisdicción de Chile para investigar a personas naturales y jurídicas que incurren en este delito.

Se indicó en este sentido, que en algunos casos de soborno extranjero, las autoridades chilenas no habrían considerado plenamente las conexiones territoriales con Chile; así, de la revisión de las investigaciones se apreció por los examinadores que las autoridades chilenas, no profundizaron sobre esta vinculación, pudiendo haber desarrollado más diligencias proactivas para determinar si el presunto soborno se verificó en el extranjero o bien detectado delitos conexos, como el lavado de dinero, que se hubieren cometido en parte en Chile.

Por tal razón se recomendó a nuestro país tomar medidas para garantizar que sus autoridades exploraran minuciosamente los vínculos territoriales que pudieran presentarse con Chile, considerando también el impartir orientaciones especiales para perseguir los casos de soborno de funcionario extranjero a las autoridades policiales de la jurisdicción.

De igual manera instaron la modificación de nuestra legislación para que contemplara claramente la jurisdicción territorial y nacionalidad para perseguir a las personas jurídicas por el delito de soborno extranjero.

⁵⁴ Caso de Líneas Aéreas (Argentina), Caso de vehículos del Gobierno (Perú), Compañía de viajes (Cuba) y Caso de cemento (Bolivia),

c) Falta de Pro-actividad en la búsqueda de la cooperación de las autoridades extranjeras

Los examinadores dieron cuenta acerca del obstáculo que se presenta en la investigación del delito de soborno de funcionario público extranjero, al solicitar la cooperación de las autoridades extranjeras. Por tal razón el Grupo de Trabajo de OCDE recordó que ha instado permanentemente para que las Partes en la Convención sean más proactivas en la superación de este desafío. En ese entendido felicitaron a Chile por usar al grupo de trabajo como un foro para la búsqueda de Asistencia Legal Mutua (MLA), y de esa manera facilitar la cooperación internacional en casos de soborno extranjero⁵⁵.

Al mismo tiempo instaron a Chile a ampliar este enfoque a otros foros como la OEA y la ONU, en su caso; sugiriendo recurrir a la ayuda diplomática de las embajadas chilenas en los casos que se presentaran dificultades en la obtención de MLA.

d) Coordinación entre las autoridades chilenas

A la problemática de la cooperación de parte de las autoridades extranjeras, se sumaron ciertos problemas de coordinación entre las autoridades chilenas, los que quedaron de manifiesto al revisar la situación de alguno de los casos informados⁵⁶.

Por esa razón se recomendó a nuestro país mejorar su coordinación interna y la inteligencia en los casos de la investigación de soborno a funcionario público extranjero, en el sentido de asegurar que los fiscales y las autoridades policiales informaran sistemáticamente a la UNAC respecto de cualquier noticia referida a ese delito que llegue a su conocimiento, incluso a través de los requerimientos activos de Asistencia Legal Mutua (MLA); como también la posibilidad de crear una base de datos nacional de todos los casos de soborno Transnacional.

De igual forma se indicó que la Unidad de Cooperación Internacional y Extradiciones de la Fiscalía Nacional (UCIEX) debería ser instruida para que informara a la UNAC de las solicitudes activas de Asistencia Legal Mutua que refieran información de personas naturales o empresas que cometan cohecho internacional.

Finalmente los examinadores tomaron nota acerca de la Instrucción del Fiscal Nacional N° 64/2014⁵⁷, dictada para contribuir a la coordinación interna, que exige a los fiscales informar a la Unidad Especializada Anticorrupción de los casos en los que se investigue este delito.

4. Observaciones Evaluación Fase 4.

Durante el año 2018 concluyó una nueva evaluación a nuestro país por parte del Working Group on Bribery de la OCDE, que tuvo por finalidad conocer los avances de las observaciones

⁵⁵ Situación apreciada en el caso “fragatas” en Corea.

⁵⁶ Situación apreciada en el caso “Compañía de Viajes” en Cuba

⁵⁷ Oficio FN N° 64/2014 de fecha 24 de enero de 2014, que Imparte instrucciones para mejorar la coordinación entre Unidades de la Fiscalía Nacional en materia de investigaciones penales.

previamente formuladas en la Fase III, los desafíos enfrentados al momento de la persecución de este delito y los logros obtenidos.

La revisión del WGB OCDE incluyó también un análisis pormenorizado de la detección y persecución del delito de cohecho de funcionario público extranjero, así como de la responsabilidad de las personas jurídicas junto con indagar respecto de los avances en relación a las áreas de cooperación internacional y de las observaciones formuladas en las fases anteriores.

Sobre el particular el Working Group OCDE destacó como elementos positivos:

- La obtención de una primera condena por el delito de soborno de funcionario público extranjero, en contra una persona natural el año 2016 (caso Fragatas) que quedó ejecutoriada en diciembre del año 2018;
- El radicar el conocimiento de estas investigaciones en Fiscales Regionales;
- La existencia de unidades especializadas, tanto en la Policía como en la Fiscalía, para la investigación de este tipo de delitos.

De igual forma el Grupo de Evaluadores OCDE, no obstante reconocer la adopción de decisiones de término en torno a la resolución de estos casos, manifestó su preocupación por los siguientes aspectos:

- La generalizada aplicación de procedimientos abreviados y suspensiones condicionales; estimando insuficientes esas soluciones, especialmente en los aspectos de transparencia y rendición de cuentas.

Por esa razón relevó la necesidad impartir instrucciones a los fiscales respecto a la oportunidad y modo concreto de su aplicación, al igual que recalcó la necesidad de proveer a la comunidad de información suficiente respecto a las razones que motivaron el tipo de término elegido y su idoneidad para resolver el conflicto planteado.

- Relevó la necesidad de aumentar la supervisión judicial en la etapa de adopción de decisiones de término.
- Nuevamente hizo presente las graves deficiencias que el régimen de responsabilidad corporativa de Chile sigue presentando.
- Manifestó su preocupación por la presunción indebida, por parte de algunos fiscales, de que la existencia de una certificación de un modelo de prevención de delitos (en el caso de la responsabilidad penal de las personas jurídicas) sea equivalente al cumplimiento de los deberes por parte de una empresa.

- Hizo presente su preocupación por la terminación de un caso (Penta) que tuvo la oportunidad examinar.

La Evaluación en fase 4 concluyó con la formulación de numerosas recomendaciones a nuestro país, las que se centraron en los siguientes aspectos: (i) Detección del Cohecho extranjero; (ii) Aplicación del delito de soborno de funcionario público extranjero; (iii) Responsabilidad de las personas jurídicas y el compromiso con ella.⁵⁸

Recomendaciones de las que extractamos aquellas que inciden en las tareas desarrolladas por el Ministerio Público:

a) Detección del soborno extranjero

Con la finalidad de cumplir con la tarea de contar con investigaciones por el delito de cohecho de funcionario público extranjero, los evaluadores instaron al Ministerio Público a mejorar su capacidad para detectar casos de soborno extranjero; para ello sugieren el monitoreo de medios de comunicación, no sólo nacionales sino también internacionales, que permitan conocer denuncias de sobornos de funcionarios extranjeros que involucren sea a empresas chilenas o bien a connacionales.

b) Aplicación del delito de soborno de funcionario público extranjero

En este ámbito se concentran el mayor número de recomendaciones que inciden en el quehacer del Ministerio Público, las que se enfocan en 4 aspectos: [i] desarrollo de la investigación del delito; [ii] aplicación de suspensiones condicionales y procedimiento abreviados; [iii] rango de sanciones y el decomiso; y [iv] cooperación internacional.

En el primer orden de recomendaciones se hace presente la necesidad de asegurar que tanto fiscales como jueces apliquen la definición de funcionario público extranjero que consagra nuestra legislación; se releva la necesidad de impartir capacitación a fiscales en lo relativo a la investigación de los delitos de soborno transnacional, y de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en la que se precise, especialmente, el tratamiento que debe darse a los modelos de prevención de delitos. Finalmente se insta a agotar las instancias de detección del delito y que la investigación correspondiente incorpore la realización de pesquisas en el extranjero, junto con adoptar medidas proactivas para recolectar información de distintas fuentes.

En el caso de la aplicación de decisiones de término, específicamente vinculadas a la suspensión condicional y procedimientos abreviados, se insta a mantener disponible la aplicación de estas salidas para las personas naturales en los casos de soborno transnacional; se observa la necesidad de mejorar –en el escenario de aplicación de esas salidas– la transparencia y la rendición

⁵⁸ El Informe de la OCDE, evaluación en fase 4, referido al grado de cumplimiento que nuestro país ha dado a los compromisos que surgen de la Convención OCDE contra el cohecho a funcionario público extranjero, puede revisarse en el siguiente link: <http://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/OECD-Chile-Phase-4-Report-ENG.pdf>

de cuentas, para lo que reclaman a la fijación de criterios detallados, que los fiscales deberían considerar al momento de decidirse por la aplicación de una u otra forma de término; de igual forma propone la publicación de los aspectos esenciales de las resoluciones adoptadas, especialmente aquellos que explican la adopción de una u otra salida, debiendo individualizarse a las partes que participan del acuerdo y las sanciones aplicadas o condiciones acordadas. Finalmente exhortan a contar con una mayor supervisión judicial del cumplimiento de estas salidas.

De igual forma los evaluadores esperan se imparta orientación, en el caso de aplicación de una suspensión condicional, acerca de las condiciones que pueden fijarse, especialmente en el caso de optar por donaciones benéficas, debiendo tenerse presente que ellas cumplan con los requisitos de ser efectivas, proporcionadas y disuasorias, junto con incorporar como condición la renuncia a beneficios tributarios que eventualmente la donación podría acarrear, junto con preocuparse de acreditar la idoneidad de la organización benéfica receptora de estas donaciones.

Finalmente en el caso de una salida alternativa que beneficie a una persona jurídica se pide preocupación en orden a que el modelo de prevención de delitos implementado como condición, sea uno adecuado.

En lo relacionado con el rango de sanciones y el decomiso se solicita mantener estadísticas detalladas respecto a las sanciones aplicadas en materia de soborno doméstico y transnacional.

En lo relativo a la cooperación internacional el WGB OCDE pide al país mantenerse proactivo en lo relativo a las solicitudes de asistencia judicial recíproca pendientes, recurriendo, para lograr el contacto con autoridades extranjeras, incluso al uso de canales informales y al Grupo de Trabajo OCDE. También plantea la capacitación de fiscales en materias de Asistencia Legal Mutua; pide tener especial cuidado y adoptar las medidas necesarias para no negar esa asistencia por motivos de secreto bancario; pide asegurar esta asistencia en materia de confiscación de bienes en valor correspondiente al monto del soborno y al producto del soborno extranjero. Para finalmente requerir al Ministerio Público adopte las medidas necesarias para reducir el periodo de tiempo que tarda en ejecutar solicitudes de asistencia legal mutua que recibe, especialmente cuando se busca información financiera.

c) Responsabilidad de las personas jurídicas

En este aspecto se pide asegurar que los fiscales *"no considerarán que la certificación cree una presunción de cumplimiento satisfactorio los deberes de dirección y supervisión por parte de la persona jurídica"*, al radicar la acreditación de ese aspecto en el fiscal y en el tribunal, conforme lo precisa la Ley N° 20.393, considerando asimismo la modificación de la Instrucción FN N° 440/2010 del Ministerio Público y la Guía Práctica de UNAC 2014.

V. REVISIÓN DE LA PRIMERA SENTENCIA QUE CONDENA POR EL DELITO DE COHECHO DE FUNCIONARIO PÚBLICO EXTRANJERO (ART. 251 BIS DEL CP)

El 17 de diciembre de 2018, quedó ejecutoriada la primera sentencia condenatoria dictada por un tribunal nacional respecto de un delito de cohecho de funcionario público extranjero, al rechazar la Excm. Corte Suprema (Rol N° 94.972-16) un recurso de nulidad interpuesto por la defensa del condenado, Sr. Victor Lizárraga Arias, quien recibió *5 penas de 41 días de prisión* en su grado máximo cada una, lo que hace un total de 205 días, *5 penas de multa de \$600.000* (seiscientos mil pesos) cada una que hace un total de \$3.000.000, y a *la pena única de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos temporales de 7 años y 1 día*, como autor de *cinco delitos reiterados de cohecho* contemplados en el artículo 250 bis A del Código Penal (figura penal vigente a la época de ocurrencia de los hechos) en relación al artículo 248 bis del mismo cuerpo legal, vigentes en los años 2007 y 2008.

Esta sentencia condenatoria se concretó luego de un largo periplo que incluyó la realización de dos juicios orales, el primero de ellos el año 2016, que declaró la absolución del acusado⁵⁹, lo que motivó la presentación de un recurso de nulidad por parte del Ministerio Público, que fue acogido por la Iltma Corte de Apelaciones de Santiago⁶⁰, lo que dio lugar a la realización de un nuevo juicio oral, también en el año 2016, que decidió condenar al acusado; resolución que fue recurrida por la defensa del acusado que dedujo un recurso de nulidad ante la Corte Suprema, el que fue rechazado el 17 de diciembre de 2018 .

Con la finalidad de realizar un examen pormenorizado de estas resoluciones judiciales, las pasamos a revisar en orden cronológico.

Previo al examen de las resoluciones precisamos los hechos materia de la imputación penal

1. Hechos materia de la acusación:

Una descripción sucinta de los hechos expresa lo siguiente: En el contexto de la concreción de negocios relativos a la venta de armas y provisiones para las Fuerzas Armadas de Chile, un particular (Sr. Victor Lizárraga Arias) que se desempeñaba como Director de Proyectos de la empresa Serlog —nombre de fantasía de la sociedad de Servicios Logísticos Ltda. firma dedicaba básicamente a la intermediación de armas y provisiones para las Fuerzas Armadas Chilenas—, a quien correspondía atender la relación de la empresa con el Ejército de Chile en consideración a su calidad de General de Ejército en retiro, tomó contacto con un funcionario público extranjero, que se desempeñaba en la Embajada de Corea en Chile, que ejercía el cargo de asesor del Agregado de

⁵⁹ Sentencia del Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, de fecha 9 de junio de 2016, dictada en Ruc 0700091359-0, Rit N° 60-2016.

⁶⁰ Sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 16 de agosto de 2016, Ruc 0700091359-0, Rol N° 2271-2016.

Defensa de la Embajada de Corea en Chile, funcionario público internacional a quien correspondía, entre otras tareas, promover y ejecutar proyectos de las Fuerzas Armadas de Chile con empresas Coreanas, razón que motivaba sirviera de intermediario entre las empresas coreanas y los agentes en Chile vinculados a las Fuerzas Armadas, uno de los cuales era precisamente la empresa Serlog.

En ese contexto, durante el año 2005, con ocasión de diversas licitaciones que se desarrollarían, se presenta la posibilidad de concretar negocios entre las empresas coreanas con la Armada y con el Ejército de Chile. Por esa razón y con la finalidad de incentivar al funcionario público extranjero, para que en el desempeño de sus funciones propias, por una parte facilitara la obtención de representaciones de empresas coreanas por parte de la empresa Serlog y además, por otra, facilitara la concreción de negocios específicos, el aludido Jefe de proyectos de la empresa Serlog Ltda., Víctor Lizárraga Arias, junto a otro imputado que fallece con anterioridad al juicio oral, Guillermo Ibieta Otto, ofrecen dar al funcionario público extranjero un beneficio económico consistente en el pago mensual de la suma de \$600.000.- (seiscientos mil pesos).

El pago del beneficio económico se disimula mediante una supuesta prestación de servicios profesionales como abogado, por parte del cónyuge del funcionario público extranjero, quien entrega boletas de honorarios por servicios inexistentes. Pagos que totalizan la suma de \$29.400.000 (veintinueve millones cuatrocientos mil pesos), que se verifican desde el 29 de junio de 2005 hasta el 4 de agosto de 2009.

Los hechos así precisados son consignados de la siguiente forma en la acusación presentada por el Ministerio Público:

La empresa Serlog (Servicios Logísticos Ltda. es una empresa que fue de propiedad de don Guillermo Ibieta Otto, ya fallecido), se dedicaba básicamente a la intermediación de armas y provisiones para las Fuerzas Armadas Chilenas. En esta empresa el acusado Víctor Lizárraga Arias, desde el año 1999 desempeñaba funciones como Director de Proyectos, estando a su cargo la relación de la empresa con el Ejército de Chile atendida su calidad de General (R), teniendo la representación de dicha Sociedad ante el Ejército y contando con poderes bancarios suficientes para firmar documentos y cheques en representación de la empresa.

Don JONG PAK LEE, de nacionalidad coreana, comenzó a trabajar en la Embajada de Corea como asesor del Agregado del Ministerio de Defensa el año 2001, y sus labores consistían entre otras en promover y ejecutar proyectos de las Fuerzas Armadas de Chile con empresas Coreanas. Dichas funciones públicas las desempeñó hasta el mes de mayo de 2008.

En su calidad de funcionario de la embajada, contactaba a agentes o representantes de empresas coreanas para favorecer sus negocios en Chile. Es así como hacía el contacto entre las empresas coreanas y los agentes en Chile. Uno de esos agentes era la empresa Serlog (Servicios Logísticos Ltda.).

En ese contexto, durante el año 2005, surgió la posibilidad de que se concretaran negocios de empresas coreanas tanto con la Armada como con el Ejército de Chile en diversas licitaciones. Con el fin de incentivar a don Jong Pak Lee en el desempeño de las funciones propias para que, por una parte facilitara la obtención de representaciones de empresas coreanas por parte de Serlog y por otra, facilitara la concreción de negocios específicos, a partir del día 29 de junio del año 2005, Ibieta Otto y Lizárraga Arias, le pagaron mensualmente la suma de \$600.000.- mensuales, mediante giros de cheques de la empresa Serlog en la que ambos tenían facultades para girar cheques, los que se giraban a nombre de la abogada Francesca Botto Villablanca, cónyuge de Pak Lee, quienes para justificar la operación entregaban boletas por una supuesta prestación de servicios profesionales como abogada a Serlog, por servicios que en realidad no se prestaban. Estos pagos se

mantuvieron hasta el día 04 de agosto del año 2009, totalizando la suma de \$29.400.000.- en pagos indebidos a Pak Lee por parte de Serlog.

De este modo, el imputado Lizárraga giró los siguientes cheques a Francesca Botto Villablanca, por el soborno a Pak Lee que se describe, teniendo cabal conocimiento que dichos pagos eran indebidos:

- 1. Cheque número 1468637, de la cuenta Banco Security E-0680370-01 de la empresa Serlog por \$600.000.-, de fecha 28 de junio de 2007.*
- 2. Cheque número 2107248, de la cuenta Banco Security E-0680370-01 de la empresa Serlog por \$600.000.-, de fecha 30 de julio de 2007.*
- 3. Cheque número 2367487, de la cuenta Banco Security E-0680370-01 de la empresa Serlog por \$600.000.-, de fecha 30 de agosto de 2007.*
- 4. Cheque número 2822772, de la cuenta Banco Security E-0680370-01 de la empresa Serlog por \$600.000.-, de fecha 28 de septiembre de 2007.*
- 5. Cheque número 3067965, de la cuenta Banco Security E-0680370-01 de la empresa Serlog por \$600.000.-, de fecha 29 de octubre de 2007.*
- 6. Cheque número 3402486, de la cuenta Banco Security E-0680370-01 de la empresa Serlog por \$600.000.-, de fecha 28 de noviembre de 2007.*
- 7. Cheque número 3907134, de la cuenta Banco Security E-0680370-01 de la empresa Serlog por \$600.000.-, de fecha 26 de diciembre de 2007.*
- 8. Cheque número 4880315, de la cuenta Banco Security E-0680370-01 de la empresa Serlog por \$600.000.-, de fecha 26 de marzo de 2008.*
- 9. Cheque número 5651857, de la cuenta Banco Security E-0680370-01 de la empresa Serlog por \$600.000.-, de fecha 28 de mayo de 2008.*
- 10. Cheque número 6249367, de la cuenta Banco Security E-0680370-01 de la empresa Serlog por \$600.000.-, de fecha 26 de junio de 2008.*
- 11. Cheque número 6482295, de la cuenta Banco Security E-0680370-01 de la empresa Serlog por \$600.000.-, de fecha 29 de julio de 2008.*
- 12. Cheque número 7040611, de la cuenta Banco Security E-0680370-01 de la empresa Serlog por \$600.000.-, de fecha 28 de agosto de 2008.*
- 13. Cheque número 7387551, de la cuenta Banco Security E-0680370-01 de la empresa Serlog por \$600.000.-, de fecha 29 de septiembre de 2008.*
- 14. Cheque número 7638724, de la cuenta Banco Security E-0680370-01 de la empresa Serlog por \$600.000.-, de fecha 30 de octubre de 2008.*
- 15. Cheque número 8214547, de la cuenta Banco Security E-0680370-01 de la empresa Serlog por \$500.000.-, de fecha 27 de noviembre de 2008.*
- 16. Cheque número 8842818, de la cuenta Banco Security E-0680370-01 de la empresa Serlog por \$600.000.-, de fecha 28 de enero de 2009.*
- 17. Cheque número 9361154, de la cuenta Banco Security E-0680370-01 de la empresa Serlog por \$600.00.-, de fecha 24 de marzo de 2009.*
- 18. Cheque número 0717695, de la cuenta Banco Security E-0680370-01 de la empresa Serlog por \$1.800.000.-, de fecha 04 de agosto de 2009.*

Con motivo de esa relación económica, en el curso del año 2006, Ibieta y Lizárraga solicitaron a Jong Pak Lee que averiguara si en Corea tenían equipos anti-minas para FAMAE, ante lo cual Jong Pak Lee contactó a la empresa Hanwha como proveedor de esos equipos, y a su vez, puso en contacto a los ejecutivos de la empresa con Serlog. Posteriormente comenzaron las negociaciones de un futuro contrato entre la empresa Hanwha (que fue representada por Serlog) y FAMAE.

Las labores de Jon Pak Lee a cambio de estos honorarios, consistieron en coordinar todos los temas, hacer lobby y evaluar en que estaba la competencia, compuesta por un equipo alemán y otro americano. Acercaba posiciones, era el catalizador para que el negocio funcionara, sosteniendo reuniones en las oficinas de Ibieta, en la misma embajada. También participaba de comidas con personal del Ejército y se reunía periódicamente con Ibieta y Lizárraga.

Dentro de la embajada a él le correspondía promover y ejecutar los proyectos, como el de las máquinas "abrebrechas", y reconoce haberse esforzado más por concretar ese negocio en particular, debido a los incentivos recibidos de parte de Ibieta.

Por su parte, la empresa Serlog, a través de don Guillermo Ibieta y de su Director de Proyectos Víctor Lizárraga, promocionaban a la empresa Hanwha frente al Ejército, atendido a que ganaría una comisión proporcional al monto total del contrato, si éste se concretaba, lo que finalmente sucedió con fecha 22 de julio de 2009, fecha en la que se celebró un contrato de compra por parte de FAMA E con la empresa HANWHA de un total de 27 cargas lineales K 472, 9 cargas lineales de práctica K 476, 27 motores cohetes K 128, 27 Motores cohetes K 129, 9 lanzadores K6 más flete por un valor total de US\$3.196.100.- transacción por la cual la empresa Serlog obtuvo una comisión del 5% (cinco por ciento) del total.

De esta manera Guillermo Ibieta y el acusado Víctor Lizárraga pagaron un soborno, a través de la empresa SERLOG, al funcionario público coreano Jong Pak Lee, a cambio de que éste instara, en el desempeño de sus funciones, por la concreción de un negocio entre la empresa Hanwha y el Ejército de Chile, donde SERLOG recibió una comisión de aproximadamente 160 mil dólares.

En el marco de esta misma operación comercial con el Ejército y Famae, Víctor Lizárraga Arias se concertó con el oficial de ejército (R) y acusado en esta causa, don Alejandro Romero Peragallo quién había sido subordinado suyo en el Ejército, que había sido recontratado como personal a contrata (PAC) en el Ejército de Chile y que tenía a partir del año 2007 el cargo de Jefe de Proyecto del proyecto llamado Coñaripe-Quiñe dependiente de la Dirección de Gestión y Desarrollo del Ejército (DIGDE), a fin de que éste le entregara permanente información y asesoría que le permitía a Serlog estar en ventaja respecto a posibles competidores en las licitaciones o compras que el Ejército efectuó en el Proyecto Coñaripe-Quiñe. Entre las operaciones comerciales que le interesaban a Serlog se encontraban al menos tres:

1. El Proyecto de Arados Abrebrechas en que Serlog participaba representado a la marca Pearson Engineering.
2. El Proyecto de Abridores de Brechas con cordón explosivo, en los que Serlog participaba a través de la empresa Hanwha.
3. El proyecto de iniciadores a distancia.

En el marco de la adjudicación de estos contratos el jefe de Proyectos Romero Peragallo permanentemente entregó información y asesoría a Víctor Lizárraga referida a la competencia de Serlog y a las decisiones que se adoptaban en el Comité Permanente del Ejército, entre otras. Así por ejemplo el día 30 de octubre de 2007 el imputado Romero Peragallo se comunicó telefónicamente con Víctor Lizárraga y le informó que el General Pedro Olid Director de gestión y Desarrollo del Ejército había firmado un memo dirigido al Comandante en Jefe para que se autorizara un viaje de tres oficiales del Ejército a Corea para asistir a una exhibición del producto Miclic que iba a realizar la empresa Hanwha. Le informó asimismo que el General Olid había hablado con el Jefe del Estado mayor y que éste estaba de acuerdo y que la Carta de Invitación aún no la enviarían hasta que el Comandante en Jefe dé el Visto Bueno. Le informaron las personas que realizarían el viaje a Corea para la exhibición y que uno de ellos era el propio Romero Peragallo. Lizárraga le consulta que cuándo se resuelven los contratos por parte del Ejército, a lo que Romero le informa que el Comité Permanente de Adquisiciones (CPA) del Ejército lo resolvió el día de hoy. Se hace presente que el CPA es un Órgano integrado por el Jefe del Estado Mayor y otras altas autoridades militares que toma decisiones referidas a adquisiciones militares, todas ellas con carácter de secreto. Le indica además respecto a los iniciadores a distancia que llamaran a Serlog y a la competencia (lo que provoca la risa de Lizárraga contestándole que no había competencia), indicándole que el Cinge había visto sus productos y los otros, que próximamente se llamaría a licitación privada a ellos y a la competencia hasta ese momento. Le indica que la DIGDE y Famae son las mismas personas que resuelven utilizando la expresión "somos los mismos duraznitos". Le informa además que instaría porque los abridores de brechas no se liciten, con lo cual se adjudicaría directamente a la empresa que representa Serlog, lo que efectivamente ocurrió.

Posteriormente, Romero Peragallo viajó a Corea a una exhibición de los productos de la empresa Hanwha y mantuvo permanentemente informado a Lizárraga e Ibieta de la marcha de dicha exhibición, indicándoles que la informaría de manera favorable al igual que los otros dos oficiales que concurren a ella lo que efectivamente ocurrió.

Todas estas actividades desplegadas por el funcionario público Romero Peragallo que conllevan infracción a los deberes del cargo, especialmente a los deberes de probidad y reserva, significaron un beneficio económico solicitado por Alejandro Romero Peragallo consistente en que en el viaje realizado a Corea por la comitiva chilena que era integrada por Romero Peragallo entre los días 02 y 08 de diciembre de 2007, Romero solicitó a Lizárraga e Ibieta que el viaje de regreso desde Corea, que hacía escala en Frankfurt, se postergara hasta el día 11 de diciembre de 2007. Esta solicitud de beneficio económico fue consentida por Ibieta y

Lizárraga, quienes gestionaron con Hanwha la solicitud, permitiéndole a Romero Peragallo permanecer 3 días adicionales en Europa, lo que implicó un cambio del ticket aéreo que conlleva un costo adicional que fue cubierto por la empresa Hanwha representada por Serlog. El resto de la comitiva regresó el día 08 de diciembre de 2007 como estaba originalmente contemplado para todos.

La actividad desplegada por Romero Peragallo contribuyó a que Serlog Ltda., efectivamente se adjudicara los contratos. En efecto, la empresa Hanwha representada por Serlog según se dijo se adjudicó el proyecto Miclic por una suma total de US\$3.196.100.-, según ya se indicó, descartándose la única otra opción que se analizó que fue la firma sudafricana DENEL, mientras el Proyecto de Arados Abre brechas o barreminas fue adjudicado a la empresa Pearson Engineering Ltda., representada por Serlog Ltda. en contrato suscrito con Famae con fecha 14 de julio de 2009 en que se adquirió por esta última para ser suministrado al Ejército de Chile 5 Arados de Minas, un juego de herramientas especiales y otros accesorios indicados en la cláusula segunda del contrato por un valor total de US\$2.941.928.-, siendo ésta la única opción que se analizó.

2. Primera Sentencia del Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago que pronuncia una decisión absolutoria

El 9 de junio de 2016, el Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago pronuncia sentencia absolutoria respecto del acusado Víctor Lizárraga Arias, Director de Proyectos de la empresa Serlog, acusado como autor de delitos reiterados de cohecho de funcionario público extranjero, al estimar que el Ministerio Público no pudo acreditar su participación en el delito imputado, como tampoco resultó acreditado el elemento subjetivo —dolo— de la conducta atribuida.

Precisa la sentencia que para adoptar su decisión excluyó del análisis y desestimó una prueba de audio ofrecida por el acusador —proveniente de interceptaciones telefónicas— al estimar que se trataba de una prueba obtenida con infracción a las garantías fundamentales (garantía de inviolabilidad de las comunicaciones, consagrada en el art. 19 n° 5 de la Constitución Política de República) toda vez que afirma que las autorizaciones correspondientes se obtuvieron aduciendo la investigación de un delito de lavado de activos, figura que no fue objeto de la acusación fiscal, la que sólo se circunscribió a la atribución de responsabilidad en delitos que —a juicio del Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago— no tenían asignada penas de crimen, como ocurre con los delitos de soborno doméstico y de soborno del funcionario público extranjero. Lo anterior lleva a concluir al tribunal que no se habrían cumplido los requisitos del art. 223 del Código Procesal Penal, motivando la exclusión de la ponderación de esa prueba, parecer consignado en el considerando Undécimo de la sentencia, que transcribimos:

"Considerando Undécimo: [...] Que así las cosas, consta de los antecedentes incorporados a la audiencia, que en su oportunidad la interceptación telefónica fue autorizada por el Octavo Juzgado de Garantía, habiéndose justificado y fundamentado su procedencia, como también establecido el periodo de duración, ampliándose posteriormente dicha medida, y que de conformidad a lo dispuesto por el artículo 276 del Código Procesal Penal, no fueron excluidas como medio probatorio en la audiencia preparatoria.

Que no obstante lo anterior, atendida la normativa aplicable a los hechos investigados y que fueran materia de la acusación, fluye claramente que ninguno de los delitos por los que se acusó a L.A., contemplan pena de crimen, por lo que no se cumple el requisito que establece el artículo 223 inciso

final del Código Procesal Penal, lo que lleva a concluir necesariamente que de las escuchas cuestionadas no pudo hacerse uso en este procedimiento, razón por la que éstas no serán consideradas en este juicio, estimándose que si se procediera de una manera diversa se vulneraría efectivamente el derecho constitucionalmente protegido sobre la inviolabilidad de las comunicaciones establecido en el artículo 19 número 5 de la Constitución Política de la República.

Que a este respecto, el Tribunal no comparte la opinión del persecutor en cuanto a que los hechos de la acusación constituyen delitos sancionados con penas de crimen, la que se funda en las penas de inhabilitación que se contemplan por aplicación de lo dispuesto en los artículos 248 y 248 bis del Código Penal en relación con el artículo 250 del referido cuerpo de leyes, estimando que en este caso, aquellas no son accesorias.

Que siendo evidente que junto con establecerse las penas de reclusión, se instauran además penas privativas de otros derechos, que afectan la libertad del condenado, pero no en su aspecto ambulatorio, sino que en lo que dice relación con la facultad de ejercitar ciertos derechos, desempeñar cargos o profesiones o ejecutar una determinada actividad, y, si bien el artículo 21 del Código Penal, señala como penas de crímenes la inhabilitación perpetua para cargos y oficios públicos, pena que contempla el artículo 248 bis, ambos del Código Penal, lo cierto es que tratándose de penas compuestas, este Tribunal estima que debe estarse a la pena privativa de libertad para determinar si el delito en cuestión contempla o no una pena de crimen, razón ésta por la que se ha desestimado la afirmación de la Fiscalía.”

Asimismo el tribunal concluye que no fue posible acreditar la participación que correspondía al acusado Lizárraga en los hechos imputados, como tampoco el dolo que requiere la concreción del delito, precisa así el Considerando Décimo Octavo

“[...] cada uno de los pagos efectuados, a cambio de las gestiones que realizó Pak Lee, originó la comisión de un nuevo delito de cohecho activo, y al haberse acreditado que Lizárraga Arias firmó los nueve cheques ya referidos, durante los años 2007 y 2008, la Fiscalía no rindió prueba suficiente que permitiera acreditar que al firmarlos éste sabía que con ellos se estaba pagando a Pak Lee.” Aclara posteriormente en el mismo Considerando que *“[...] resulta evidente a la luz de la prueba incorporada, que muchas veces las actuaciones de Pak Lee se confundían, resultando difícil distinguir entre lo que es esperable y propio a las funciones que le correspondían como asistente en la Agregaduría, que el mismo funcionario describió en su declaración, con aquellas que realizaba como contrapartida al pago que recibía mensualmente desde Serlog Limitada, y por ello no resulta extraño que en las oficinas de esta última personas distintas a Ibieta o Lizárraga lo conocieran, pero a partir de esa reflexión, no es posible concluir un conocimiento del trato que existió, como pretende la Fiscalía.*

Lizárraga Arias firmó los cheques ya que tenía poder en el banco para ello, pero no era el dueño ni tenía participación en Serlog Limitada. En la declaración de Ibieta Otto ante la Fiscalía, éste confirma que le pagaba \$2.000.000 mensuales. Pak Lee dijo que en relación a lo que percibía, todo lo conversó con Ibieta Otto y que de ello, además sabía Gloria Segura, sosteniendo que nunca tocó el tema con el imputado y jamás le pidió que apurara los pagos. Andrea Botto dice sólo haber conocido a Guillermo Ibieta, y, que en las contadas ocasiones en que fue a Serlog, habló exclusivamente con Gloria Segura. Gabrielli dijo que Lizárraga no estaba presente en reuniones que sostenían con Ibieta, Tapia y Pak.

Resulta así, que no hay un solo antecedente que permita establecer, o al menos inferir, que Lizárraga Arias supiera que Botto Villablanca era la cónyuge de Pak Lee, y a partir de ello, deducir un posible conocimiento del pago por los servicios de aquel.

A todo lo anterior se suma que los servicios que prestaba el funcionario público extranjero, no se relacionaban únicamente al proyecto del Miclic y Hanwha. Como ya se ha dicho, Pak recomendó a Ibieta con diferentes empresas coreanas entre ellas Nextone de LG en relación al sistema de protección portuaria en el área de la Defensa y con Kai, sin perjuicio de otras varias empresas coreanas respecto de las que se obtuvo la representación por Ibieta o Serlog. Finalmente y reforzando la convicción ya asentada, debe considerarse además que cuando Pak Lee decide retirarse de la Embajada, se lo comunica a Ibieta Otto, a Patricio Basili y a Juan Alberto Tapia, nada le dice a Lizárraga.

Que, entonces, el cúmulo de antecedentes que fueron introducidos al juicio, no resultan suficientes para acreditar el conocimiento y el dolo directo de Lizárraga Arias, como pretende el persecutor y el querellante, razón por la que necesariamente corresponde absolverlo en relación al primer hecho que le fuere imputado."

No obstante esta decisión absolutoria, el Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago desestima aquellas alegaciones que decían relación con:

i. La derogación del tipo penal materia de la acusación, antiguo art. 250 bis A; precisa al respecto:

"[...] como se indicó en el veredicto, en la especie no existió solución de continuidad, entre la ley 19.829 que agrega los artículo 250 bis A y bis B y la Ley 20.34, que junto con derogarlos agregó un nuevo párrafo (9 bis) denominado cohecho de funcionarios públicos extranjeros, intercalando los nuevos artículos 251 bis y ter; resultando la nueva ley más desfavorable al acusado, por lo que conforme lo dispone el artículo 18 del Código Penal, se debe aplicar preteractivamente la ley penal derogada. (Considerando Duodécimo).

Para luego concluir "fluye la existencia de una continuidad normativa de la ley derogada, pues el alcance del precepto derogado, se encuentra comprendido dentro del alcance del precepto vigente, y la nueva ley sanciona la misma conducta que la anterior, reproduciéndose íntegramente los verbos rectores que tipifican el delito, lo que no es compatible con la exclusión de la norma penal como postula la defensa, apoyada en una atipicidad de la conducta atribuida al acusado.

ii. La excepción de prescripción alegada; aclara el tribunal que al enfrentar un delito sancionado con penas compuestas de simple delito, de suspensión o de inhabilitación, debe estarse a lo dispuesto por el artículo 94 del Código Penal y considerar para efectos de la prescripción a la pena de simple delito, concluyendo que el plazo de prescripción es de 5 años. Lo anterior los lleva a concluir que:

"[...] establecido que el último pago que se habría efectuado a Jong Pak lo habría sido mediante cheque se fecha el 28 de mayo de 2008, no ha transcurrido el plazo alegado por el defensor para declarar la prescripción, toda vez que éste continuamente se interrumpió al haberse cometido nuevos ilícitos, esto es, cada vez que se pagó por los servicios a Jong Pak Lee debiendo por tanto, rechazarse la solicitud de prescripción formulada por su defensa." (Considerando Décimo tercero)

iii. La falta de congruencia; desestima esta alegación al fundarse en una disparidad entre los hechos materia de la formalización y aquéllos que se incorporan en la acusación, planteamiento que conforme al art. 341 del Código Procesal Penal debería ser rechazada ya que la congruencia debe presentarse entre los hechos materia de la acusación y los que recoge la sentencia. (considerando Décimo cuarto).

La sentencia absolutoria tiene por acreditado el carácter de funcionario público extranjero del funcionario que se desempeñaba en la embajada de Corea, lo que acredita conforme a la prueba testimonial acompañada por el órgano persecutor, precisando el tribunal frente a un planteamiento de la defensa que:

"[...] para ser funcionario público no se requiere una acreditación diplomática en los términos pretendidos por la Defensa, quien pareció homologar la calidad funcionario público extranjero a las de un funcionario diplomático. Pues, la función diplomática constituye un estatuto jurídico distinto y más específico que el de los funcionarios públicos, de modo que puede sostenerse que a todo funcionario diplomático le asiste la investidura de funcionario público del país que representa, pero no todo funcionario público alcanza la investidura de diplomático de su país de origen."
(Considerando Décimo Quinto)

De igual forma la sentencia revisada aclara que la finalidad de los pagos realizados al funcionario público extranjero tenía por finalidad la promoción de la empresa Serlog Limitada ante las empresas coreanas de forma que ella obtuviera la representación de esas empresas y de esa forma participara en los distintos procesos de adquisición de armamento y pertrechos militares que fueran requeridos por las distintas ramas de las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile, según lo precisa su considerando séptimo.⁶¹

3. Sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones que se pronuncia sobre el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público y querellante. Rol N° 2271-2016

Ante la decisión adversa del Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, tanto el Ministerio Público como el querellante particular presentan recursos de nulidad, los que se conocieron por la Duodécima Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, que con fecha 16 de agosto de 2016, decidió acoger parcial y únicamente el recurso presentado por el Ministerio Público, al estimar que existió, al momento de pronunciarse la sentencia, una errónea aplicación del derecho que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo (art. 373 letra b del Código Procesal Penal), toda vez que al desestimarse la prueba de audio ofrecida por el acusador —proveniente de interceptaciones telefónicas— por concluir que se trataba de una prueba obtenida con infracción a las garantías fundamentales (garantía de inviolabilidad de las comunicaciones), y por ello concluir que el delito materia de la acusación no estaba sancionado con una pena de crimen, incurrió en el vicio alegado; precisando a este respecto:

⁶¹ Señala el mencionado considerando: "**DÉCIMO SÉPTIMO: Finalidad del pago a Pak Lee.** Que los pagos fueron orientados a obtener que Pak Lee no sólo sirviera de intermediario y traductor en las relaciones de Serlog con la respectiva empresa coreana que representaba en Chile Serlog Limitada, sino que además buscó que Pak Lee, recomendara y posicionara de mejor manera a Serlog Limitada en relación a otros eventuales representantes en Chile, y que de esta manera, fuera Serlog Limitada la que obtuviera la representación de las referidas empresas, con la finalidad de participar en los distintos procesos de adquisición de armamentos y pertrechos militares que fueran requeridos por las distintas ramas de las Fuerzas Armadas y de Carabineros, se acreditó con los dichos de Pak Lee, quien latamente describió su actuar, indicando haber realizado las mismas gestiones que le correspondían hacer por el cargo que ocupaba, señalando que aumentó la actividad con Ibieta, sin que tuviera la exclusividad, ya que era similar pero con un poco más de énfasis."

“En la especie, por ende, las sanciones de inhabilitación especial o absoluta para cargos u oficios públicos temporales en cualquiera de sus grados, según el artículo 248 bis inciso 1° del Código Penal, o la de inhabilitación especial o absoluta para cargos u oficios públicos perpetuas, conforme al inciso final del mismo precepto, son penas principales y, por lo tanto, deben ser consideradas en ese carácter como penas de crimen, para los efectos del inciso final del artículo 223 del Código Procesal Penal, toda vez que no dependen de la privativa de libertad para su aplicación.”
(Considerando Cuarto)

Asimismo el Iltmo Tribunal advierte que el tribunal de primera instancia incurre dos veces en una errónea aplicación del derecho:

“[...] ya que -por una parte- desconoce el carácter autónomo de pena de crimen que tiene la inhabilitación especial o absoluta para cargos u oficios públicos temporales en cualquiera de sus grados, en el delito que nos ocupa, prevista como tal en el citado artículo 21 del Código Punitivo y -en segundo término- le confiere a la misma sanción un sesgo secundario, residual o accesorio en relación a la pena privativa de libertad, condición que la pena restrictiva claramente no presenta en este caso, pues es sin duda pena principal, autónoma e independiente de aquella, contrariando la sentencia, de esa forma, lo dispuesto en los artículos 250 bis A, vigente a esa época, y 21, ambos del Código Penal, en relación con el artículo 223, inciso final, del Código Procesal Penal. (Considerando Sexto)

Para luego precisar la forma como ese error de derecho influye en lo dispositivo del fallo:

“Que la influencia de esa doble errónea aplicación del derecho en lo dispositivo del fallo queda de manifiesto, ya que después de dar por sentado las sentenciadoras -en el motivo 11°- que se ha incurrido en una vulneración de la garantía constitucional prevista en el numeral 5° del artículo 19 de la Carta Fundamental, lo que no es efectivo, omiten valorar las pruebas consistentes en escuchas telefónicas incorporadas en la audiencia, tal como la evidencia 98 (cinta 6 lado A pista 16.56; registro 750); evidencia 101 (registros 503, 945, 61, 609, 276, 501, 847 y 179; cinta 13 lado b pista 40'18) y evidencia 63, registro 537 pista 1719.04, vinculadas a la intervención de Jong Pak Lee en el ilícito en comento. (Considerando Sexto)

Esta decisión que reconoce entonces a la pena privativa de derechos de inhabilitación absoluta para cargos u oficios públicos el carácter de pena de crimen, y por lo tanto, que permite la obtención de medidas intrusivas como las interceptaciones telefónicas, concluye ordenando la celebración de un nuevo juicio oral por tribunal no inhabilitado.

4. Sentencia del 3er Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago que pronuncia sentencia condenatoria

Con fecha 18 de noviembre de 2016 se conoce la resolución del Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, tribunal no inhabilitado, que conoce del nuevo juicio oral desarrollado por los hechos materia de la acusación, en el que se admite y valora la prueba proveniente de escuchas telefónicas válidamente obtenidas, decidiendo condenar al acusado Director de Proyectos de la empresa Serlog, Sr. Victor Lizárraga Arias, al estimar acreditada su participación como autor de cinco delitos reiterados de cohecho de funcionario público extranjero.

El tribunal, luego de recibir la prueba tiene por acreditado los siguientes hechos:

“Que el Ejército de Chile en noviembre de 2006 comunica a sus proveedores su intención de compra de un sistema de Abre Brechas, que era parte del Proyecto Coñaripe Quiñe, cuyo Jefe de Proyecto fue Alejandro

Romero Peragallo, presentándose solo dos oferentes, DENEL, empresa Sudafricana, y Hanwha, empresa coreana.

La empresa coreana Hanwha era representada en Chile por Servicios Logísticos Limitada (Serlog), entidad de propiedad de Guillermo Ibieta Otto, fallecido, y en la que se desempeñaba como Jefe de Proyecto de la venta del sistema Abre Brechas, el general en retiro Víctor Lizárraga Arias, quien tenía la facultad de firmar cheques en representación de la empresa.

En esa misma época, Jong Pak Lee, de nacionalidad coreana, trabajaba como asesor del Agregado del Ministerio de Defensa de la Embajada de Corea en Chile, y sus labores consistían, entre otras en promover y ejecutar proyectos de las Fuerzas Armadas de Chile con empresas Coreanas, además de contactar a agentes o representantes de empresas coreanas para favorecer sus negocios en Chile. Es así como hacía el contacto entre las empresas coreanas y los agentes en Chile. Uno de esos agentes era la empresa Serlog (Servicios Logísticos Ltda.) y una de las empresas coreanas era Hanwha, debiendo promover y ejecutar el proyecto de las máquinas "abrebrechas", funciones que desempeñó hasta el mes de mayo de 2008.

En ese contexto, y con el fin de incentivar a don Jong Pak Lee en el desempeño de las funciones propias y para que facilitara la concreción de negocios específicos, Lizárraga Arias, desde junio de 2007 le pagó mensualmente la suma de \$600.000.- mediante giros de cheques de la empresa Serlog, los que se giraban a nombre de la abogada Francesca Botto Villablanca, cónyuge de Pak Lee, quien entregaba boletas por una supuesta prestación de servicios profesionales como abogada a Serlog, por servicios que en realidad no se prestaban.

De este modo, Víctor Lizárraga giró los siguientes cheques a Francesca Botto Villablanca:

- 1.- Cheque número 1468637, de la cuenta Banco Security E-0680370-01 de la empresa Serlog por \$600.000.-, de fecha 28 de junio de 2007.
- 2.- Cheque número 2107248, de la cuenta Banco Security E-0680370-01 de la empresa Serlog por \$600.000.-, de fecha 30 de julio de 2007.
- 3.- Cheque número 2367487, de la cuenta Banco Security E-0680370-01 de la empresa Serlog por \$600.000.-, de fecha 30 de agosto de 2007.
- 4.- Cheque número 2822772, de la cuenta Banco Security E-0680370-01 de la empresa Serlog por \$600.000.-, de fecha 28 de septiembre de 2007.
- 5.- Cheque número 3067965, de la cuenta Banco Security E-0680370-01 de la empresa Serlog por \$600.000.-, de fecha 29 de octubre de 2007.
- 6.- Cheque número 3402486, de la cuenta Banco Security E-0680370-01 de la empresa Serlog por \$600.000.-, de fecha 28 de noviembre de 2007.
- 7.- Cheque número 3907134, de la cuenta Banco Security E-0680370-01 de la empresa Serlog por \$600.000.-, de fecha 26 de diciembre de 2007.
- 8.- Cheque número 4880315, de la cuenta Banco Security E-0680370-01 de la empresa Serlog por \$600.000.-, de fecha 26 de marzo de 2008.
- 9.- Cheque número 5651857, de la cuenta Banco Security E-0680370-01 de la empresa Serlog por \$600.000.-, de fecha 28 de mayo de 2008.

Asimismo se acreditó que Víctor Lizárraga, con posterioridad a mayo de 2006, cuando Jong Pak Lee ya no era funcionario de la Agregaduría de Defensa de la Embajada de Defensa, emitió los siguientes cheques:

- 1.- Cheque número 6249367, de la cuenta Banco Security E-0680370-01 de la empresa Serlog por \$600.000.-, de fecha 26 de junio de 2008.
- 2.- Cheque número 6482295, de la cuenta Banco Security E-0680370-01 de la empresa Serlog por \$600.000.-, de fecha 29 de julio de 2008.

- 3.- Cheque número 7040611, de la cuenta Banco Security E-0680370-01 de la empresa Serlog por \$600.000.-, de fecha 28 de agosto de 2008.
- 4.- Cheque número 7387551, de la cuenta Banco Security E-0680370-01 de la empresa Serlog por \$600.000.-, de fecha 29 de septiembre de 2008.
- 5.- Cheque número 7638724, de la cuenta Banco Security E-0680370-01 de la empresa Serlog por \$600.000.-, de fecha 30 de octubre de 2008.
- 6.- Cheque número 8214547, de la cuenta Banco Security E-0680370-01 de la empresa Serlog por \$500.000.-, de fecha 27 de noviembre de 2008.
- 7.- Cheque número 8842818, de la cuenta Banco Security E-0680370-01 de la empresa Serlog por \$600.000.-, de fecha 28 de enero de 2009.
- 8.- Cheque número 9361154, de la cuenta Banco Security E-0680370-01 de la empresa Serlog por \$600.00.-, de fecha 24 de marzo de 2009.
- 9.- Cheque número 0717695, de la cuenta Banco Security E-0680370-01 de la empresa Serlog por \$1.800.000.-, de fecha 04 de agosto de 2009.

Con motivo de esa relación económica, en el curso del año 2006, Jong Pak Lee contactó a la empresa Hanwha como proveedor de esos equipos con los ejecutivos de la empresa con Serlog. Posteriormente comenzaron las negociaciones de un futuro contrato entre la empresa Hanwha (que fue representada por Serlog) y FAMA E, en virtud del cual el 2 de diciembre de 2007 se realizó un viaje de presentación del sistema abre brechas coreano en cuya delegación estaba el Jefe del Proyecto del Ejército Alejandro Romero y en el año 2009, fecha en la que se celebró un contrato de compra por parte de FAMA E con la empresa Hanwha por la compra de los equipos.

Las labores de Jon Pak Lee a cambio de estos honorarios, consistieron en coordinar todos los temas, hacer lobby y evaluar en que estaba la competencia. Acercaba posiciones, era el catalizador para que el negocio funcionara, sosteniendo reuniones en las oficinas de Ibieta y se reunía con Ibieta y Lizárraga, instando, en el desempeño de sus funciones, por la concreción de un negocio entre la empresa Hanwha y el Ejército de Chile, donde SERLOG recibiría una comisión.”

Asimismo el tribunal se pronuncia sobre diversos aspectos que no fueron analizados por el fallo absolutorio anulado. La sentencia analiza:

i. **EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL DELITO DE SOBORNO DE FUNCIONARIO PÚBLICO EXTRANJERO;** precisa el tribunal que la figura penal busca amparar el correcto desarrollo en las relaciones comerciales internacionales, y con ello, la leal competencia en las relaciones económicas internacionales:

"[...]la conducta de Víctor Lizárraga al pagar a Pak Lee, para que éste, en el marco de las negociaciones entre Serlog con la empresa Hanwha por la venta del sistema Abre Brechas "Miclic" al Ejército de Chile, ejecutara, a favor de Serlog, y sin que supiera la Agregaduría y empresa Hanwha, coordinaciones para la concreción de un negocio –venta del sistema Miclic- al margen de los interés de la empresa coreana, alteró la equivalencia de las condiciones en las transacciones internacionales desarrolladas entre Serlog y su representada, generando ventajas indebidas para la Agencia Chilena al margen de las reglas del mercado [...]" (Considerando Noveno).

ii. **Concluye que LA FINALIDAD DE LOS PAGOS** decía relación con:

"facilitar la concreción de la compra del sistema abre brechas, pero manteniendo una ventaja para la empresa Serlog en su relaciones comerciales con la empresa coreana Hanwha, proveedora"; lo

que para el tribunal “generó un desequilibrio a consecuencia de los sobornos reiterados, se le pagó a Pak Lee con el objeto de que éste obtuviera el mayor número de rebajas al margen de la realidad del mercado, ya que Hanwha era el único proveedor que cumplía con los requisitos para obtener la celebración del contrato de compra venta del sistema abre brechas que comprendía el Proyecto Coñaripe Kiñe del Programa Centauro. Del Ejército de Chile”. (Considerando Noveno).

iii. DEFINE EL CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO INTERNACIONAL; aclara el tribunal que al incorporarse en la definición legal, contemplada en el antiguo art. 250 Bis A la mención a “cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero” lo relevante para el legislador es que se trata de un sujeto que desempeñe funciones públicas y no que detente un cargo en la Administración, lo que permite al tribunal desechar las alegaciones de la defensa en orden a que no se trataba de un empleado de la embajada de Corea; optando por una noción funcional del concepto de funcionario público extranjero, tal como se recoge por la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y por la Convención para combatir el cohecho de funcionario público extranjero en transacciones comerciales internacionales, tal como se aprecia:

“[...] el artículo 251 ter del Código Penal, que se expresa en los mismos términos que el anterior artículo 250 bis A, señala que es funcionario público extranjero, entre otros, “cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero”, significa que para el legislador, lo importante es que el sujeto desempeñe funciones públicas y no que detente un cargo en la Administración, de manera que en este punto, estas juezas desechan las alegaciones que pudiera haber efectuado la defensa por no ser empleado de la embajada, ya que es axiomático, como se dijo al razonar la prueba en el punto 3.1.- del motivo anterior, que Pak Lee desempeñó una función pública en los términos exigidos por la ley, compartiendo en este punto las alegaciones de las acusadoras en el sentido que este concepto funcional está recogido en el mismo sentido por la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción aprobada por decreto N° 375 de 2006, del Ministerio de Relaciones Exteriores, artículo 2, números 1, 2 y 3, además de Convención para combatir el cohecho de funcionario público extranjero en transacciones comerciales internacionales, aprobada por Decreto N° 496 de 2001, artículo 1, del Ministerio de Relaciones Exteriores. (Considerando Noveno).

iv. Estima que CONCURRE UN ACTUAR DOLOSO POR PARTE DEL ACUSADO ya que probado que Víctor Lizárraga Arias, realizó a nombre de la empresa Serlog 9 pagos consecutivos a la cónyuge del funcionario público internacional, que encubrían el pago de los servicios prestados por éste, infiere:

“el acusado conocía el objeto de esos pagos, máxime si los mismos se extendieron por varios meses y en Serlog se desempeñaban entre cinco a seis personas; ciertamente, pagos sin contraprestación de algún servicio, en una entidad con fines de lucro, supone de quien detenta la facultad de pago el conocimiento de por qué lo hace, ya que en el rol de pagador al interior de la empresa, no puede limitarse a resguardar solo intereses propios, en el sentido que existan fondos para no estar cometiendo un delito –giro doloso de cheques-, ya que su deber de empleado con poder de pago es verificar las razones de los mismos, en buenas cuentas, quien desarrolla una actividad altamente lucrativa, no puede aducir falta de control, de modo tal que la alegación de ignorancia del objeto de los mismos, como tesis alternativa de la defensa, debió haberse probado en juicio, lo que no aconteció, no bastando las convicciones de los abogados, ya que los jueces debemos pronunciarnos sobre elementos de prueba y sobre ellos hacer inferencias, como lo ordenan entre otros, los artículos 297, 340 y 342 del Código Procesal Penal.” (Considerando Noveno).

v. En relación a la **ALEGACIÓN DE PRESCRIPCIÓN** realizada por la defensa, precisa que ella debe circunscribirse al hecho contenido en la acusación, delimitando su accionar a los hechos ocurrido en el año 2007 y no desde el año 2005, como plantea la defensa;

“existiendo escuchas telefónicas autorizadas hasta el 30 de mayo de 2008, que la formalización se materializó el 17 de octubre de 2012, habiendo transcurrido más de tres años entre dichas diligencias, y que el artículo 96 del Código Penal señala que “si se paraliza su prosecución por tres años” continúa la prescripción como si no se hubiere interrumpido, atendida la pena asignada al delito, lo dispuesto en los artículos 94 y 95 de Código Penal, los delitos cometidos los días 28 de junio de 2007, 30 de julio de 2007, 30 de agosto de 2007 y 28 de septiembre de 2007, se encuentran prescritos, ya que transcurrieron más de cinco años desde su comisión.”⁶²

vi. El tribunal también **DESCARTA LA ALEGACIÓN RELATIVA A LA INFRACCIÓN DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES**, derivadas de la inclusión de las escuchas telefónicas como medio de prueba y ponderación:

“[...] no existe infracción de garantía constitucional alguna, pues se cumplieron los estándares exigidos para la concurrencia de los requisitos previstos en el artículo 222 del Código Procesal Penal, se contaba con presupuestos materiales correctamente interpretados en su momento para investigar delitos que merecen pena de crimen, nada irregular hubo en su ejecución, de suerte que la afectación a la intimidad, que la hubo, pues precisamente eso implica toda medida intrusiva, la afectación de una garantía, ella fue con la cobertura legal que se prevé en el código y si la defensa no se hace cargo de explicar cuál presupuesto fáctico fue incumplido o erradamente interpretado y sólo realiza un discurso suasorio carente de un contenido fáctico concreto del caso que se analiza, el tribunal oral no puede transformarse en un revisor de cuestiones que se encuentran razonablemente justificadas conforme a lo que se puede evaluar en la prueba rendida en juicio.” (Considerando Décimo).

vii. Asimismo **ACOGE LA ALEGACIÓN RELATIVA A LA CONCURRENCIA DE LA MEDIA PRESCRIPCIÓN** respecto de los hechos materia de la acusación:

“habida consideración a que los ilícitos se ejecutaron los días 28 de noviembre de 2007, el 26 de diciembre de 2007, el 26 de marzo de 2008 y el 28 de mayo de 2008- que la fecha de la formalización fue el 12 de octubre de 2012, y por lo mismo han pasado más de cuatro años entre ambos hitos, y que los delitos por los que se condenó al acusado Lizárraga tienen asignada la pena de reclusión menor en su grado mínimo a medio, significa que ha transcurrido más de la mitad del tiempo de prescripción en los términos exigidos por el artículo 103 del Código Penal y por lo mismo procede su aplicación.” (Considerando décimo segundo)

⁶² Se releva que al analizar el tema de la prescripción y su suspensión, el tribunal estima que la formalización no es la única forma de suspender este plazo planteando, en el Considerando Décimo: *“Un ejemplo simple permite desvirtuar tal afirmación, la orden de detención, pues simplemente no resulta razonable sostener que quien no se presenta a una audiencia de formalización y se le despacha una orden de detención por incomparecencia, luego sostenga para efectos del artículo 233 que la formalización realizada, una vez detenido, se encuentre prescrita sin atender la evidente suspensión que la orden de detención significó. En el mismo sentido, la medida intrusiva otorgada de interceptación telefónica, como la orden de detención otorgada, suspende el plazo de prescripción, particularmente una escucha telefónica, cuyos requisitos son primos hermanos de una prisión preventiva, mucho más elevados que una orden de detención a lo que a presupuestos materiales se refiere.”* Para luego advertir que no produce ese efecto cualquiera actuación del Ministerio Público y así precisa: *“Sin embargo aquello no es predicable de las actividades hechas valer por el Fiscal, a saber, resolución judicial de 17 de septiembre de 2009 que autoriza alzar secreto bancario de Lizárraga, que materializó el Oficio del Juzgado de Garantía que se envió a Miami, el documento 17.- oficio de Maestranza del Ejército y declaración del acusado como imputado el 24 de diciembre de 2011 en que presta declaración en fiscalía con su abogado defensor.”* Diligencias de investigación o actuaciones que luego de analizarlas son descartadas para producir ese efecto.

5. Sentencia del Tribunal Constitucional que rechaza un recurso de Inaplicabilidad por inconstitucionalidad Art. 250 bis A y Art. 250 Bis B Código Penal.

Ante esta decisión adversa el 13 de diciembre de 2016 la defensa, del ahora condenado Sr. Víctor Lizárraga Arias, recurre ante el Tribunal Constitucional planteando la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los art. 250 bis A y 250 bis B del Código Penal, en el contexto de la investigación seguida en contra de su defendido, la que en esa época se encontraba en conocimiento de la Corte Suprema, al deducir un recurso de nulidad respecto de la sentencia que lo estimó responsable del delito de cohecho de funcionario público extranjero.

El recurso de inaplicabilidad se deduce invocando la vulneración al principio de legalidad, consagrado en el art. 19 n° 3 de la Constitución Política de la República; afirmando vulnerado el principio de taxatividad, al contener el art. 250 bis A un sinfín de posibilidades de realización, diversas entre sí; el principio de congruencia, al dictarse un condena por hechos no contenidos en la formalización de la investigación; afirmando también vulnerado el derecho de defensa, al impedir la multiplicidad de hipótesis que contempla el tipo penal materia de imputación —250 bis A— la realización de alegaciones sobre instituciones de relevancia, como lo son el régimen del error o los problemas de autoría y participación; para finalmente afirmar que se condenó a su defendido por hechos lícitos que formaban parte de su actividad laboral principal.

También alega que el citado art. 250 bis A vulnera el principio de culpabilidad (consagrado en el art. 19 n° 3 de la Constitución Política de la República) estimando que este artículo presume de derecho la responsabilidad penal al construirse como un delito de intención trascendente afirmando que el elemento subjetivo, plasmado en la proposición del delito, es suficiente para gobernar los actos posteriores que conforman la multiplicidad de hipótesis que contempla la figura penal; asimismo alega la imposibilidad de desarrollo del error como excluyente de la responsabilidad criminal, relevando el defecto de la norma alegada al exigir la concurrencia de un funcionario público extranjero como elemento descriptivo de típico del tipo penal, en circunstancia que se trata de uno normativo que debe resolverse conforme al derecho aplicable.

Advierte asimismo que el precepto aludido vulnera el principio de proporcionalidad de los delitos y las penas; argumentando que la citada norma no describe suficientemente el núcleo del injusto prohibido y protege bienes jurídicos supraindividuales de naturaleza abstracta y ambigua.

Finalmente alega a una supuesta vulneración de la prohibición de exceso al aplicarse normas derogadas expresamente por la Ley N° 20.341, lo que determina que la conducta materia de la acusación, al suprimirse el delito, ha desaparecido, al efecto recuerda que el mandato constitucional impone la prohibición de aplicar la ley penal forma retroactiva, lo que sólo se admite cuando se trata de normas que favorecen al afectado, aspecto que no concurre en el caso de su defendido.

Este recurso es admitido a tramitación, decretándose la suspensión del procedimiento mientras se procede a su conocimiento, con fecha 20 de diciembre de 2016; siendo luego declarado admisible el 10 de enero de 2017.

Posteriormente, con fecha 25 de septiembre de 2018 y luego de las observaciones del querellante Consejo de Defensa del Estado y del Ministerio Público y de escuchar las alegaciones de todos los intervinientes, el Tribunal Constitucional resuelve rechazar el recurso de inaplicabilidad al entender encontrarse más que frente a un problema de constitucionalidad a uno de atipicidad o de aplicación de la ley penal más favorable, aspecto que entiende *"corresponde conocer al juez de fondo, y que se encuentra fuera de la competencia de ese tribunal."*⁶³

Junto a ese argumento se incorporan otros, que analizan y rechazan los argumentos planteados por el recurrente; se indica así:

- i. En lo relativo al **MANDATO DE TAXATIVIDAD O RESERVA LEGAL** estima que el precepto impugnado *"cumple con la exigencia constitucional de contener el núcleo esencial de la conducta punible"*. (Considerando 4°)
- ii. Respecto a la **EXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD PENAL OBJETIVA**, advierte que los preceptos observados *"cumplen con la exigencia constitucional de describir el núcleo esencial del tipo penal respectivo."* (Considerando 7°)
- iii. En lo relativo a la **DETERMINACIÓN DE LOS DELITOS Y PENAS** por parte de nuestro legislador, y la alegación de la **CONSTRUCCIÓN DE UN DELITO FORMAL O DE MERA ACTIVIDAD Y LA SANCIÓN DE ACTOS PREPARATORIOS**, estima el tribunal que corresponde al legislador determinar los delitos y las penas dentro del ámbito que fija la constitución; para luego agregar que, *"no existe fundamento de naturaleza constitucional, en el libelo deducido, que pueda reconducirse a una garantía constitucional, que afecte la certeza jurídica, al tratarse de materias de competencia del juez de mérito o juez de fondo, careciendo esa magistratura de competencia para conocer y juzgar sobre ellas."* (Considerando 9°)
- iv. En lo relativo a las **GARANTÍAS CONSTITUCIONALES PENALES DE PROPORCIONALIDAD, CULPABILIDAD Y LEGALIDAD INVOCADAS**, así como la argumentación relativa al **BIEN JURÍDICO PROTEGIDO** por el tipo penal cuestionado, precisa el Tribunal Constitucional que son aspectos que se analizan y descartan como infringidos por el tipo penal del cohecho de funcionario público extranjero, advirtiendo que la figura penal analizada es un delito de infracción de deber, y que el bien jurídico

⁶³ Sentencia Tribunal Constitucional Rol N° 3293-16 INA. Considerando 22° que puede revisarse en el siguiente link: <https://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>

protegido por esta figura implica afectar el nexo entre derechos-obligaciones con la Administración (Considerando 20°)⁶⁴

6. Sentencia de la Excma. Corte Suprema que rechaza recurso de nulidad deducido por defensa del condenado.

El rechazo del recurso de inaplicabilidad por el Tribunal Constitucional permite que la Corte Suprema conozca del recurso de nulidad deducido por ese mismo interviniente, defensa del acusado, pronunciando su rechazo, el 17 de diciembre del 2018 (Rol N° 94.972-2016), decisión que dejó firme la sentencia del Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, que condenó a Víctor Lizárraga Arias como autor de 5 delitos de cohecho de funcionario público extranjero, contemplados en el artículo 250 bis A del Código Penal en relación al artículo 248 bis del mismo cuerpo legal, vigentes en los años 2007 y 2008, imponiendo 5 penas de 41 días de prisión en su grado máximo cada una, —lo que hace un total de doscientos cinco días—, 5 penas de multa de \$600.000 cada una —que hace un total de \$3.000.000.—, y la pena única de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos temporales de 7 años y 1 día.

La sentencia del Excmo. Tribunal trata diversos aspectos de interés de los que destacamos:

i. **PRONUNCIAMIENTO RESPECTO A UNA SUPUESTA INFRACCIÓN AL DEBIDO PROCESO**, que se concreta en una **SUPUESTA FALTA DE CONGRUENCIA ENTRE LOS HECHOS MATERIA DE LA FORMALIZACIÓN Y AQUÉLLOS MATERIA DE CONDENA**, toda vez que se reclamaba que la acusación, al igual que la sentencia condenatoria recurrida, habría incorporado hechos no formalizados; reclamo que se formuló teniendo presente que al momento de la formalización del únicamente se individualizó el giro de 3 cheques; no obstante la acusación mencionó un total de 18 cheques, al igual que la condena.

En relación a este aspecto precisa el considerando 4° de la sentencia de la Excma. Corte Suprema (SCS),

“la congruencia no es identidad gramatical, es una correspondencia entre los cargos y lo resolutorio del fallo que opera a favor de la defensa, para no ser condenado al margen de lo que postula la acusación, porque cuando ello ocurre la defensa queda inerte”. (SCS Rol N° 6247-14 de 12 de mayo de 2014).

Aclara la resolución de la Excma. Corte Suprema que en el caso concreto, tales límites no fueron sobrepasados, desde que la formalización ya comunicaba al imputado que los pagos al

⁶⁴ Asimismo el Considerando 19 precisa en relación al bien jurídico protegido: **“DECIMONOVENO:** Que la problemática del bien jurídico protegido en el delito de cohecho a funcionario público extranjero apunta a la protección de un bien jurídico determinado consistente en la tutela penal en el funcionamiento de la administración, es decir, pretender el correcto servicio que prestan las instituciones públicas a la ciudadanía, de forma tal de evitar actos de corrupción, que menoscaben la existencia misma de la Administración Pública. En el fondo es asegurar la transparencia de los entes públicos y la abstención de los particulares en cuanto a la realización de los actos de corrupción, evitando distorsionar la existencia del sistema regulatorio en el ámbito de las relaciones comerciales internacionales”.

funcionario público se realizaron por un determinado monto, utilizando una modalidad precisa —el giro de cheques—, en un periodo de tiempo, también determinado; cumpliendo la formalización su finalidad de informar al imputado los hechos materia de la investigación seguida en su contra.

Precisa además el fallo que la enunciación de sólo 3 cheques girados durante el año 2009 no puede entenderse como una limitación de la imputación a sólo ese año, ya que la misma formalización incorporó frases que permiten entender que existían otros cheques librados, así se expresó que *"a partir de junio de 2005..."* y también se precisó que *"al menos"* el imputado suscribió los 3 cheques, lo que permite entender que existieron otros librados, documentos que se singularizaron en el transcurso de la investigación, acotándose en la acusación aquellos que constituían el delito imputado. (Considerando 4°).

Advierte además el máximo tribunal que la causal invocada no contiene una fundamentación del agravio reclamado, al no indicar cómo es posible entender que se trata de una infracción real, sustancial, trascendente, de gravedad:

*"el recurso ni siquiera especifica cómo se concretó ese supuesto agravio o perjuicio (al describir la trascendencia de esta infracción refiere que "habría estado en situación de formular alegaciones, pedir diligencias y solicitudes encaminadas al adecuado y justo juzgamiento de nuestro representado"), desde que no explicita de qué diligencias o actuaciones se vio privado al conocer el detalle de los cheques sólo en la acusación, en vez de en una actuación que pudo haber ocurrido un par de días antes de aquélla, como una reformalización, según lo que el recurso sostiene correspondía ejecutar."*⁶⁵

ii. AUTORIZACIÓN PARA LA INTERCEPTACIÓN DE TELÉFONOS RESPECTO DE DELITOS QUE NO FUERON MATERIA DE LA CONDENA

Esta alegación se rechazó permitiendo al tribunal reafirmar su parecer en torno a esta materia, precisando en el Considerando décimo:

"[...] esta Corte ya ha tenido oportunidad de desestimar una alegación similar consistente en que en su acusación "el Ministerio Público invocó hechos ajenos a los imputados para obtener la autorización judicial de sucesivas y numerosas interceptaciones telefónicas", señalando que concurren todos los presupuestos legales que establece el artículo 222 del Código Procesal Penal, "pues la investigación comprendía hechos punibles que merecían pena de crimen [supuesto no controvertido en este caso]. No altera la conclusión anterior, la circunstancia que el Ministerio Público no los haya formalizado, menos acusado, [...] pues fue la investigación que llevó a cabo la que despejó las fundadas sospechas en torno a la participación que se les atribuía en los mismos" (SCS Rol N° 37.965-15 de 24 de febrero de 2016), razones que entonces deben predicarse a este caso para rechazar igualmente este motivo de la causal subsidiaria de nulidad."

iii. SUPUESTA APLICACIÓN ULTRACTIVA DEL ART. 250 BIS A DEL CÓDIGO PENAL

Se reclamó por la defensa del Sr. Lizárraga una supuesta errónea aplicación de derecho, al no encontrarse actualmente penalmente sancionada la conducta imputada, cohecho de funcionario público extranjero, al derogarse el art. 250 bis A por la Ley N° 20.341, contando actualmente con una nueva figura que ahora se sanciona por el art. 251 bis del Código Penal.

⁶⁵ Sentencia Corte Suprema, de fecha 17 de diciembre de 2018, Rol N° 94.972-2016, Considerando 6to.

Esta alegación también se rechaza por la Corte Suprema en su Considerando 12°, que precisa:

“Que no constituye una excepción al principio de retroactividad de la ley más benigna la derogación aparente o meramente formal de una disposición penal, que continua rigiendo materialmente, lo que puede ocurrir, entre otros casos, porque materialmente, el hecho punible mantenga su carácter de tal en otra norma distinta de la derogada, como en el caso de la derogación formal de una norma penal mediante una ley que contiene entre sus disposiciones otra norma que sanciona el mismo hecho punible que ha sido aparentemente dejado sin sanción.”

Aclara además que para dar valor ultractivo a una norma se exige:

“[...] esta Corte Suprema (en fallos de 13 de agosto de 1987 y 17 de junio de 1991) ha exigido que la disposición nueva y la derogada sean enteramente semejantes o idénticas (Politoff, Sergio y Matus, Jean Pierre. “Comentario Preliminar al art. 18 Aplicación temporal de la ley penal”. En Texto y Comentario del Código Penal Chileno. T. I. Ed. Jurídica de Chile, 1a ed., 2003, pp. 268 y 269)”.

A la luz de las reflexiones anteriores y de las circunstancias del caso sub lite, desde luego carece de asidero sostener que el legislador, con la oración 'Deróganse los artículos 250 bis A y 250 bis B' del N° 6 del Artículo Único de la Ley N° 20.341, haya buscado dejar sin sanción penal, por aplicación del efecto retroactivo de la ley penal posterior más favorable consagrado en el inciso segundo del artículo 18 del Código Penal, las conductas subsumidas en dichos preceptos cometidas con anterioridad al 16 de abril de 2009 -fecha de promulgación de la Ley N° 20.341-, para a renglón seguido, en el N° 7 del mismo Artículo Único, establecer una norma -251 bis- que sanciona las mismas conductas -y agrega otras- cometidas a contar del 22 del mismo mes y año -fecha de publicación de la Ley N° 20.341- y eleva las sanciones para los autores.”

Para luego concluir que esas razones:

“obsta ya para afirmar que la Ley N° 20.341 “exima” el hecho fijado en la sentencia “de toda pena o le aplique una menos rigurosa”, como requiere el inciso 2° del artículo 18 del Código Penal, para arreglar a la nueva normativa su juzgamiento”

Finalmente precisa que esa conclusión encuentra respaldo en la historia de la Ley:

“En efecto, en la Moción parlamentaria respectiva (Moción de los señores Diputados Juan José Bustos Ramírez, Nicolás Monckeberg Díaz, Guillermo Ceroni Fuentes y Jorge Alfonso Burgos Varela. Fecha 16 de enero de 2008. Moción Parlamentaria en Sesión 132. Legislatura 355. Boletín N° 5725-07), se señala que “Lo que pretende este proyecto es reformar la penalidad de ciertos delitos contra la función pública. Específicamente: ... c) Aumentar las penas asignadas a las distintas figuras del delito de cohecho” y, coherente con esto último, en su artículo 7 disponía “Agréguese en el inciso segundo del artículo 250 bis A del Código Penal, después de la palabra ‘mínimo’ y antes de la coma, la expresión ‘a medio’”. Luego, durante el Primer Trámite Constitucional ante la Cámara de Diputados, el Ejecutivo presentó indicaciones sustitutivas con fecha 11 de junio de 2008 (N° 388-356), entre las que se incluye sustituir el inciso primero del artículo 250 bis A) por otro de un texto similar al que en definitiva se transforma en ley –en el artículo 251 bis-, y que agrega a los verbos “ofrecer dar” y “consentir en dar”, los de “prometer dar” y “dar”, y aumenta sus penas, con lo cual, como resulta de claridad meridiana, en caso alguno se buscó abrogar la sanción de esta conducta, sino muy por el contrario, pues mediante tales ajustes se persiguió dar cumplimiento a las observaciones realizadas por el Grupo de Trabajo de la OCDE que, como se lee en la citada Indicación Sustitutiva 'son indispensables para que nuestro país pueda cumplir con las obligaciones internacionales contraídas al suscribir la

Convención de la OCDE para combatir el Cohecho a los Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales'." (Considerando 13°)

iv. RECLAMO EN TORNO A LA CONCURRENCIA DE LA PRESCRIPCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL, al argumentar la defensa que los hechos se acordaron en el año 2005, y que los pagos comenzaron a realizarse en ningún caso con posterioridad al año 2007, obedeciendo ellos al mismo propósito, lo que permitiría entender que estos hechos estarían prescritos a la fecha de la formalización de octubre de 2012. Argumento que también rechaza por el Excmo. Tribunal en su Considerando 20° al considerar:

"[...] no obstante tratarse el delito del artículo 250 bis A) del Código Penal de un delito formal y de mera actividad, esto último porque efectivamente el tipo no exige ningún resultado material espaciotemporalmente separado de la conducta (Ossandón/Rodríguez, ob. cit., p. 359), no se han establecido en la sentencia hechos que permitan afirmar que el mismo se consumó ya en junio de 2007 mediante una única y global oferta de futuros pagos mensuales para la obtención y mantención de ventajas en la gestión de la compra de armas del Ejército de Chile -o FAMA- a Hanwha, sino que se tuvo por demostrado diversos pagos, y consiguientes ofertas como se dijo, a Pak Lee -funcionario público extranjero- para ese efecto, motivo por el cual no han errado los sentenciadores al no considerar junio de 2017 -ni una época anterior- como data de comisión del delito al rechazar la prescripción de la acción penal alegada, razón por la cual esta causal igualmente será desestimada"

v. SE ACUSA ASIMISMO LA EQUIVOCADA INTERPRETACIÓN DE LA CALIDAD DE FUNCIONARIO PÚBLICO EXTRANJERO, que no corresponde resolver conforme a un criterio funcional; planteamiento que también es refutado por la Corte Suprema que realiza un análisis del concepto a la luz de la primigenia incorporación de dicha definición a nuestro ordenamiento penal, deteniéndose también en su actual redacción, conforme a la modificación introducida por la Ley N° 21.121, precisa así:

"[...] lleva la razón la sentencia impugnada también en este asunto, desde que tanto el artículo 250 bis B) como el artículo 251 ter del Código Penal, anterior y posterior a la Ley N° 20.341 respectivamente, luego de expresar que se considera funcionario público extranjero toda persona que tenga un cargo legislativo, administrativo o judicial en un país extranjero, "haya sido nombrada o elegida", agrega que igualmente se considerará como tal a "cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero", recogiendo lo establecido en el artículo 2 letra b) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, promulgada mediante Decreto N° 375 el 23 de noviembre de 2006, y en el artículo 1 N° 4 letra a) de la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales Adoptada en el marco de la OCDE, promulgada mediante Decreto N° 46 de 10 de octubre de 2001, en que ambos, en adición a la persona "designada o elegida" -según la primera- o "nombrada o elegida" -según la segunda- en un cargo legislativo, administrativo o judicial -ejecutivo, agrega la primera- de un país extranjero, señala también "y toda persona que ejerza una función pública para un país extranjero" -la primera-, y "cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero" -la segunda-.

Con la señalada redacción -que, valga destacar, se mantiene después de la Ley N° 20.341, e incluso tras la Ley N° 21.121 de 20 de noviembre de 2018-, la norma clara y expresamente abre el abanico de posibles sujetos pasivos del cohecho a toda persona, tenga o no un nombramiento o designación formal bajo el rito administrativo del país respectivo, precisamente atendiendo que, dada la diversidad de naciones con los cuales Chile tiene relaciones diplomáticas y comerciales, podría el país extranjero ni siquiera contemplar la formalización de esa relación con el funcionario mediante algún decreto o resolución administrativa a la usanza del derecho administrativo local.

Agrega además en el mismo considerando que:

"[...] la "función pública para un país extranjero" puede ser ejercida dentro de un organismo público o "de una empresa de servicio público" e incluso indica que se entenderá que inviste la referida calidad de funcionario público extranjero, "cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional", lo que da cuenta del propósito del legislador de abrazar en esta norma como sujetos pasivos del ofrecimiento del beneficio económico –o activos de la solicitud del beneficio-, a cualquier persona que, por el ejercicio de una función pública para un país extranjero u organización pública internacional, esté en posición de incidir en el normal desarrollo de las relaciones económicas internacionales."

vi. Finalmente y previo a rechazar las causales vinculadas al error de derecho incurrido en la aplicación de ciertas normas relativa a la determinación de las penas, y la aplicación del art 74 en desmedro del art. 351 del Código Procesal Penal (relativo a la reiteración de delitos), se detiene en el reclamo vinculado al error incurrido por la sentencia recurrida al momento de imponer la pena de multa, la que excedería el marco legal permitido; recordando la Corte que el art. 25 del Código Penal, citado por la defensa, advierte que los límites que fija se aplican sin perjuicio *"de que en determinadas infracciones, atendida su gravedad, se contemplen multas de cuantía superior"*, como ocurre en el caso analizado, en el que el artículo 248 bis del Código Penal, al que se remite el artículo 250 bis A) de mismo texto, establece una pena de multa del tanto al duplo del provecho solicitado o aceptado, norma especial que desplaza, por ende, a la general del artículo 25 del Código Penal⁶⁶.

⁶⁶ Sentencia Corte Suprema, de fecha 17 de diciembre de 2018, Rol N° 94.972-16.

VI. PROPUESTA DE DILIGENCIAS BÁSICAS A REALIZAR EN LA INVESTIGACIÓN DE LOS DELITOS DE SOBORNO TRANSNACIONAL.

Recogiendo las recomendaciones formuladas por la OCDE, en las distintas evaluaciones del grado de cumplimiento de nuestro país de los compromisos que surgen de la adopción de la Convención contra el cohecho a funcionario público extranjero, se proponen y precisan diligencias que se estiman básicas de decretar en las investigaciones seguidas por la comisión de un delito de soborno transnacional.

Para abordar estas diligencias previamente se darán a conocer ciertas señales o indicadores de la presencia del delito en estudio, las que son referidas por el MANUAL DE OCDE PARA INSPECTORES FISCALES SOBRE LA DETECCIÓN DEL COHECHO DE FUNCIONARIO PÚBLICO EXTRANJERO⁶⁷ (en adelante Manual OCDE), documento que si bien está dirigido a inspectores fiscales o tributarios, resulta totalmente pertinente para el trabajo que se propone en esta GUÍA DE APOYO, toda vez que en ambas figuras –fraude tributario y cohecho transnacional- es posible encontrar una transacción comercial con visos o apariencia de una transacción normal o legítima que, en realidad, tiene por finalidad disimular un pago indebido, sea a un funcionario público o a un tercero, para el cual se utiliza la contabilidad de una empresa, los procesos internos de control de la misma y las estructuras de negocios sea nacionales o internacionales.

De igual manera, teniendo presente las observaciones formuladas por la OCDE a nuestro país, la revisión de las posibles aéreas críticas detectadas en la comisión del delito de soborno transnacional y el Manual OCDE, presentamos como anexo un listado o Check List de aquellas diligencias básicas que se estiman pertinentes realizar y decretar por los fiscales a cargo de la investigación del delito en examen.

A. Revisión de algunas Señales o Indicadores de la Presencia de un Delito de Cohecho Transnacional.

La experiencia en la investigación de los delitos de cohecho a nivel mundial que nos transmite el Manual OCDE, indica que con el objeto de disimular la comisión del mismo, los imputados generalmente utilizarán las mismas técnicas que se usan para omitir ingresos en temas contables, por lo cual, la evidencia del cohecho (no sólo el transnacional sino también el doméstico) es posible de detectarse de la misma forma que se indaga la evidencia del fraude financiero. Así, es

⁶⁷ Manual de OCDE para inspectores fiscales sobre la detección del cohecho de funcionario público extranjero, documento que recoge la Recomendación de esa Organización sobre deducibilidad de los pagos por cohecho a funcionarios públicos extranjeros C (96)27/FINAL, el cual proporciona, entre otros aspectos, consejos prácticos referidos a: indicadores de corrupción, técnicas de intervención y ejemplos de cohechos identificados en comprobaciones fiscales. Se puede revisar este Manual en el siguiente link: <http://www.oecd.org/tax/crime/37356711.pdf>

dable inferir que los investigados, que conscientemente utilizan estas maniobras, frecuentemente dejan evidencia de ello.

Estas evidencias o indicadores, nos señala el Manual OCDE, pueden constar de uno o más actos ilícitos de carácter doloso, ejecutados por parte de los imputados, con el propósito de ocultar el cohecho. El mencionado Manual clasifica los indicadores en dos categorías: indicadores determinantes o actos determinantes; y precisa que no se podría encontrar ningún caso de cohecho a menos que existan actos determinantes.

Es así como los **INDICADORES DETERMINANTES** sirven sólo como una señal, síntoma, o alerta acerca de que ciertas acciones pueden haber sido ejecutadas con el propósito de engañar u ocultar o bien para disimular una situación o estado de cosas. Los indicadores, en sí mismos –precisa el Manual- no pueden afirmar la realización de un proceso particular, para ello se requiere la presencia de los actos determinantes necesariamente.

Por su parte los **ACTOS DETERMINANTES** son aquellas acciones que evidencian, sugieren o generan indicios acerca de que un proceso particular fue deliberadamente creado con el propósito de engañar, aparentar, camuflar y ocultar algo. Así algunos actos determinantes pretenden destacar u ocultar eventos, o hacer que las cosas parezcan diferentes a lo que son, como por ejemplo, la omisión de ciertos elementos mediante la inclusión de otros similares, la ocultación de cuentas bancarias, la no declaración de ingresos en las cuentas de la empresa y el encubrimiento de fuentes de ingresos.

A continuación revisamos algunos indicadores que estimamos relevantes para identificar un posible cohecho de funcionario público extranjero.

1.- GASTOS O DEDUCCIONES.

En este caso los indicadores pueden tomar la forma de deducciones por montos importantes o pueden consistir en reclamar deducciones ficticias.

1.1 MEDIOS DE PAGO

Con el propósito de enfatizar la necesidad de utilizar técnicas de investigación imaginativas para demostrar los casos de corrupción de funcionarios públicos extranjeros, se exponen algunos de los medios de pago utilizados para canalizar el pago a funcionarios públicos, los que representan una pequeña parte de los métodos comúnmente usados.

Exponemos así algunas tipologías de medios de pago utilizados:

i) El intercambio de fondos mediante la interposición de un negocio de apariencia legítima: una entidad pública paga una suma importante de dinero a una empresa privada, en pago por supuestos servicios de consultoría, amparados con facturas ideológicamente ficticias⁶⁸. La empresa privada, en respuesta, emite cheques pagaderos a favor de uno de sus empleados, quien posteriormente cambia los cheques. El efectivo es devuelto al funcionario público de la entidad.

Esta transacción involucra algunas circunstancias que no se mencionan explícitamente en la descripción de la tipología, como por ejemplo, que al hablar de “supuestos servicios de consultoría” podría ocurrir que dichos servicios pudieron ser adjudicados interviniendo en la elección de la empresa privada.

Al señalar que los pagos son por montos importantes y amparados en facturas ideológicamente ficticias, se podría dar la situación de ventas falsas (ideológicas) en la empresa privada; falsos contratos de consultoría en el fondo, aunque en la forma cuenta con todas las formalidades y legalidades; gastos indebidos, inflados o ficticios y facturas ficticias o sobre facturadas.

ii) Creación de una empresa ficticia para la transferencia de fondos: creada la empresa ficticia (también llamada empresa fantasma), se elaboran y timbran ante el SII las facturas con el nombre de la empresa ficticia para la simulación de compras. También se abre una cuenta bancaria a nombre de la empresa ficticia a fin de poder girar cheques y convertirlos en efectivo.

Los cheques que se emiten a la empresa fantasma son depositados y, posteriormente, se retira el dinero en efectivo.

iii) Al igual que en el caso anterior, en la empresa fantasma se daría la situación **de ventas o prestaciones de servicios falsas**, amparadas en facturas falsas ideológicamente, y gastos indebidos en la entidad que realiza el desembolso.

iv) Pagos de gastos de campaña: un modo indirecto de realizar contribuciones políticas, se da cuando el comité de campaña o el mismo candidato, quien solicitó una determinada dádiva, omite informar el pago de gastos de campaña, tales como, la contratación de equipos de sonido o la impresión de carteles. Entonces el pago de dichos gastos, se realiza por quien o quienes fueron efectivamente requeridos por el candidato.

v) Pagos indirectos a funcionarios públicos: este método se relaciona con el indicado en el punto i), y consiste en efectuar pagos por servicios (no prestados) a un Estudio Jurídico, por ejemplo, en donde el abogado actúa simplemente como un intermediario o conducto, a través del cual se emiten cheques por sumas importantes, por concepto de servicios jurídicos. Entonces, los pagos son depositados en las cuentas bancarias del abogado, abiertas a través de un fideicomiso por ejemplo, efectuándose posteriormente el pago al funcionario público. Este método se aplica también, utilizando empresas de representación, empresas de publicidad o de oficinas contables.

vi) Pago de cohecho indirecto: una forma de detectar sobornos indirectos destinados a funcionarios públicos, es mediante la solicitud de donativos a favor de entidades no lucrativas (no constituidas para desarrollar actividades comerciales), conformadas por un funcionario público que finge ser miembro de la dirección de la entidad.

vii) Facturación por montos superiores a los precios normales de mercado: la diferencia entre los montos facturados y el precio normal de mercado, es pagada a un intermediario por concepto de comisión, sin afectar a los beneficios del negocio que recibe el pago (la dificultad reside en la obtención de información correspondiente al comisionista, que con frecuencia resulta ficticio).

⁶⁸ Cuando la ley habla de facturas (y de otros documentos tributarios) falsas, con o sin timbre del servicio, no sólo deben quedar comprendidas aquellas que materialmente son falsas, sino también aquellas que siendo verdaderas son falsas ideológicamente porque dan cuenta de operaciones mentirosas, inexistentes. (CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCION – 07.07.2008 - SII C/ JORGE LUIS LIBAQUE CONTRERAS – ROL 29-2008)

Es importante tener presente que las técnicas de auditoría tradicionales pueden ser usadas para descubrir pagos por cohecho. Esto requiere del escrutinio cuidadoso de las diversas cuentas, para asegurar la validez de los gastos individualmente y considerar qué partidas específicas se podrían utilizar para cometer o disimular un cohecho. Lo importante es tener en cuenta que los desembolsos no siempre son lo que parecen ser.

Una buena investigación requiere profundizar en el análisis, al efecto de determinar si el desembolso es válido y no sólo un mero conducto o medio, a través del cual, el dinero puede ser filtrado, teniendo como último beneficiario a un funcionario público.

1.2 SERVICIOS PROFESIONALES.

Todos los documentos que sirvan de soporte para justificar el pago de honorarios por servicios profesionales, debieran ser examinados cuidadosamente para verificar la exactitud de la descripción y la explicación de los servicios realizados, así como cualquier incremento inusual en la remuneración de los servicios contratados.

Se ha constatado que muchas compañías simplemente cargan gastos relativos a proyectos y a casos específicos, por sobre el valor de lo que normalmente hubiera sido facturado por el trabajo realmente realizado. Esta sobrefacturación, es utilizada para encubrir pagos políticos pactados con anterioridad, o pagos a funcionarios públicos realizados por la empresa. También, puede ser un indicador la existencia de grandes pagos a compañías de consultoría, cuando las facturas no son muy detalladas.

1.3 GASTOS DE VIAJE Y REPRESENTACIÓN.

El examen de las cuentas de gasto, ha puesto de manifiesto que pagos ilegales pueden ser deducidos bajo el concepto de gastos de viaje y representación. Las cuentas de gasto de los empleados y la correspondencia, han servido para establecer los itinerarios de los empleados seleccionados. La correspondencia y los talonarios de gastos del consejo de administración, deben ser examinados cuidadosamente para determinar eventos políticos, funciones y viajes destinados a contribuciones políticas.

En un ejemplo proporcionado por el Manual de OCDE se menciona que de todos los gastos de viaje relacionados con un evento particular, proporcionados por la empresa investigada, se seleccionan solo algunos de ellos y así resulta que las siguientes categorías de gasto fueron la principal fuente de los ajustes:

- Gastos de viaje de ejecutivos.
- Gastos de viaje en avión, ya sea, para empleados o pagados directamente para que viaje un candidato político.
- Gastos de los pilotos de aviones privados.
- Gastos relacionados con empleados seleccionados, incluyendo cargos directos en tarjetas de crédito.

2.- Empleados Ficticios

Los gastos de personal pueden estar abultados por numerosas razones, incluyendo el cohecho. El propósito es usualmente el mismo: permitir la salida de fondos fuera de un negocio, en la forma de un gasto deducible, sin el correspondiente pago de impuesto a la renta sobre el ingreso. Este método es comúnmente usado por empresas cuyo esquema de pagos, por sus ventas, no incluyen el efectivo y en las cuales el dinero puede ser extraído sólo mediante cheques. Este método puede ser usado como un mecanismo que permite a la empresa investigada obtener los fondos necesarios para el cohecho.

Otra forma de abultar la nómina de empleados, es teniendo trabajadores de partidos políticos en ésta, aun cuando los empleados no presten sus servicios a la compañía. La misma técnica puede ser usada para los funcionarios públicos, incluyéndolos en las respectivas nóminas de empleados.

Para detectar indicadores de empleados ficticios, nos advierte el Manual OCDE se debe prestar especial atención a los registros de la nómina de empleados, en las siguientes situaciones que destaca:

- Si existe sospecha o conocimiento de que existen empleados ficticios, se deben rastrear los cheques de la empresa. Si los cheques son cobrados en el mismo banco o a través de terceros, el beneficiario puede ser conocido a través de los bancos o por las personas que endosan los cheques.

- Si la compañía otorga prestaciones sociales como seguros, planes de pensiones, etc., se deberá realizar un examen de las liquidaciones del personal para determinar si el empleado fue eliminado de la lista de empleados.

- Una compañía puede estar girando cheques a nombre de un empleado que ya no trabaja para la misma. De manera aleatoria, se podrán seleccionar algunos empleados de la nómina y comparar los recibos de nómina de diferentes fechas durante el período de revisión.

- Empleados con puestos clave o los cargos dirigentes pueden ser cedidos para prestar sus servicios a partidos políticos para llevar a cabo diversos servicios mientras siguen siendo remunerados por su empleador. Deben hacerse indagaciones sobre el lugar en el que se prestaron los servicios durante el periodo objeto de revisión. La revisión de los informes de los reembolsos de gastos puede ser de ayuda para determinar la ubicación geográfica del empleado durante el periodo de revisión. Esta información puede servir de base para una entrevista de seguimiento a los empleados.

Debe tenerse presente que algunos funcionarios públicos tienen pocas fuentes legítimas de ingresos, por ello podrían estar tentados a complementar sus ingresos a través de actividades ilegales. Estas personas pueden encontrar empresas dispuestas a incluirlos en la nómina de empleados y a emitirles cheques regularmente por sueldos, aun cuando no presten efectivos servicios.

La investigación debería extender su comprobación al funcionario público sospechoso y hacer el seguimiento de los cheques de su nómina, para determinar si parte del dinero fue devuelto a la empresa. Cuando la entidad que está siendo examinada es sospechosa de haber utilizado un salario para un funcionario público, se deberá buscar indicios para apoyar la hipótesis.

- *Determinar si los cheques son cobrados por el empleador.*
- *Establecer si el empleado está calificado para llevar a cabo la función por la cual recibe el salario.*
- *Si los libros de contabilidad indican que el empleado sigue en la nómina en el momento de la revisión, se deberá establecer si el empleado está presente en la empresa.*
- *Si el empleado tiene un puesto como un vendedor externo, se deberá determinar quiénes son los clientes y establecer si el empleado tiene, de hecho, contacto con estos clientes.*

3.- Libros y Documentos Contables.

Con el objeto de detectar el cohecho, se debería buscar si han sido utilizados algunos de los métodos tradicionales para la manipulación de los libros y de la documentación contable, tales como:

- Mantener doble contabilidad o ninguna.
- Realizar anotaciones falsas, o anotaciones sobre los libros y registros, documentos fechados con posterioridad o con anterioridad, registro de facturas falsas, aplicaciones falsas, u otros documentos o solicitudes falsas.
- No conservar los registros adecuados, ocultamiento de registros o el rechazo a tener disponibilidad para proporcionar registros.

4.- Comportamiento de las Sociedades Investigadas.

El análisis del comportamiento de las empresas investigadas puede ser también útil para contar con evidencia de una posible existencia del cohecho, cuando se presentan algunas de las siguientes situaciones:

- Intentos de obstaculizar la revisión. Por ejemplo, no contestando a las preguntas o requerimientos pertinentes, cancelando repetidamente citaciones o negando la puesta a disposición de la contabilidad.
- Testimonio de los empleados sobre prácticas comerciales irregulares de la empresa.
- Destrucción o pérdida de libros y registros, especialmente con posterioridad al inicio de la investigación.
- Solicitudes o documentos relacionados fechados con anterioridad a la fecha en que fueron emitidos.

5.- Métodos de Ocultamiento.

Algunos métodos de ocultamiento pueden ser usados para disimular el cohecho, tales como transacciones no habituales del negocio, transacciones sin documentación de respaldo, registros de transferencias falsos, uso del secreto bancario para registrar ingresos en las cuentas, depósitos en cuentas bancarias bajo una lista de titulares ficticios y realizar transacciones mercantiles con nombres falsos.

6.- Declaración de Pagos por Comisiones y Otros Pagos Similares en ciertos países.

En algunos países hay que presentar la declaración de pago de comisiones, honorarios y pagos análogos, a residentes y no residentes. Algunos de ellos requieren la información de pagos a particulares (incluyendo las comisiones) y esta información es intercambiada de forma automática. Otros países pueden tener un sistema de retenciones sobre dichos pagos, que permite a las autoridades fiscales capturar la información de los perceptores de dichos pagos, como es el caso de Chile.

La obligación de declarar ante las autoridades fiscales estos pagos todos los años, se impone a las personas físicas o a las personas jurídicas que, en el contexto de sus negocios o profesiones, pagan comisiones, honorarios de intermediación, reembolsos u otros honorarios, a residentes o bien a no residentes. De acuerdo a esto, a través de la información que recopila la administración fiscal (Servicio de Impuestos Internos, en nuestro país), se tiene una herramienta para analizar la información suministrada sobre comisiones y esto puede ser un criterio potencial para efectuar revisiones que pudiesen revelar la existencia de corrupción. En este sentido algunas situaciones que debiesen ser abordadas por las investigaciones de soborno transnacional, son las siguientes:

- En los casos en que concurren beneficiarios con residencia en paraísos fiscales;
- En los casos en que se pagan elevadas cantidades de dinero a beneficiarios que hasta esa fecha recibían pequeñas sumas;
- El incremento en los pagos a beneficiarios;
- Importantes sumas pagadas a abogados en el extranjero; y
- En los casos en que concurren beneficiarios situados en zonas geográficas donde la empresa no tiene actividad.

El sistema obligatorio de declaración de pagos por comisiones, honorarios y pagos similares a las autoridades fiscales o la solicitud de retener en pagos similares a residentes y no residente, puede ser una herramienta que permita contar con indicios de que las deducciones declaradas por comisiones, en realidad corresponden a pagos por cohecho.

También es útil proveer información de estos pagos a los países signatarios de un tratado y en particular promover el uso del intercambio automático o espontáneo de información sobre comisiones, honorarios y pagos similares.

Respecto a la declaración de pagos por comisiones y otros pagos similares a no residentes y extranjeros residentes, en nuestro país se deben presentar ante el Organismo Fiscalizador - Servicio de Impuestos Internos- algunas declaraciones que tienen o podrían tener relación con estos conceptos, como es el caso de las declaraciones que se señalan a continuación en el punto 6.1, en donde se presenta el número del Formulario o Declaración Jurada y se hace referencia al tipo de pago que debe declararse⁶⁹.

6.1 DECLARACIONES PRESENTADAS ANTE EL SII CON INFORMACIÓN DE COMISIONES Y PAGOS SIMILARES.

Nº de Formulario	Detalle	Tipo de Operación
1848	Declaración Jurada anual sobre transacciones efectuadas por inversionistas extranjeros sin domicilio ni residencia en Chile.	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Comisiones y otros gastos generales no asociados a un instrumento o contrato en particular. &&& <p>Asimismo, en este Formulario, se puede obtener la siguiente información:</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Compra, adquisición o entrega ▪ Venta, enajenación, rescate o restitución ▪ Flujos positivos (ingresos para el inversionista extranjero) provenientes de instrumentos derivados ▪ Flujos negativos (egresos para el inversionista extranjero) originados en instrumentos derivados ▪ Dividendos, beneficios, intereses o utilidades ▪ Ingreso de capitales (divisas) al país ▪ Remesa utilidades y/o capital al inversionista extranjero ▪ Traspaso cartera inversiones a otro agente ▪ Recepción cartera inversiones de otro agente ▪ Inversionista institucional extranjero dejó de cumplir los requisitos establecidos en el Art. 106 Ley de la Renta
1850	Declaración Jurada anual sobre Impuesto Adicional de la Ley de la Renta que grava a las Rentas de fuente nacional percibidas o devengadas por personas sin domicilio ni residencia en Chile.	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Beneficios empresariales ▪ Regalías ▪ Rentas de Trabajo Independiente ▪ Renta de Trabajo dependiente ▪ Servicios Públicos ▪ Otras Rentas &&& <p>Asimismo, en este Formulario, se puede obtener la siguiente información:</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Rentas por propiedades inmuebles ▪ Transporte Internacional ▪ Dividendos ▪ Intereses ▪ Ganancias de Capital ▪ Directores ▪ Actividades Artísticas y Deportivas ▪ Pensiones ▪ Becas/Estudios

⁶⁹ Se hace presente que se insertan además otras declaraciones que entregan otro tipo de antecedente respecto de operaciones realizadas con el extranjero, que podrían aportar indicios acerca de la presencia de la sociedad Chilena en el extranjero, como es el caso de la declaración jurada N°1851 sobre inversiones realizadas

Nº de Formulario	Detalle	Tipo de Operación
1851	Inversiones de Carácter Permanente en Sociedades Extranjeras.	Declaración presentada por personas jurídicas o naturales con domicilio o residencia en Chile, y entregan información de las inversiones que mantengan en derechos sociales o acciones de empresas o sociedades constituidas en el extranjero en las cuales el inversionista participe directa o indirectamente en la dirección, control, capital o utilidades.
1852	Agencias o Establecimientos Permanentes en el Exterior.	Declaración presentada por las personas naturales o jurídicas con domicilio o residencia en Chile y entrega información de las agencias o establecimientos permanentes en el exterior que hayan constituido.
1853	Rentas de Fuente Extranjera.	Declaración presentada por los contribuyentes con domicilio o residencia en Chile, y entrega información de operaciones que realicen por las cuales perciban rentas de fuente extranjera, según las disposiciones contenidas en los Artículos 3°, 41A, 41B, 41C de la Ley Sobre Impuesto a la Renta.
1862	Declaración Jurada anual sobre Transferencia de fondos desde y hacia el exterior, realizada a través de instituciones bancarias y otras entidades por encargo de terceros.	<ul style="list-style-type: none"> ▪ SW: SWIFT ▪ TX: TELEX ▪ CH: Transferencia directa con cheque bancario, por ejemplo, cheque enviado por courier. ▪ OT: Otra modalidad distinta a las anteriores.
50	Declaración mensual y pago simultáneo de impuesto, Líneas de la 1 a la 42, Retenciones de impuesto adicional a personas sin domicilio ni residencia en Chile, Artículo 74 N°4 LIR.	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Remuneraciones por intangibles ▪ Servicios prestados en Chile o en el extranjero. ▪ Impuesto a la Renta.

6.2 INFORMACIÓN DISPONIBLE DE PAÍSES CON TRATADOS FISCALES.

Nuestro país ha suscrito una serie de convenios para evitar la doble imposición, en los cuales se incorpora un artículo genérico sobre "Intercambio de Información"⁷⁰, mediante el cual las autoridades competentes de los Estados contratantes se comprometen al intercambio de información previsiblemente pertinente para aplicar lo dispuesto en los Convenios o para administrar y exigir lo dispuesto en el Derecho interno de los Estados contratantes relativo a los impuestos de toda clase y naturaleza percibidos por los Estados Contratantes, en la medida en que la imposición prevista en el mismo no sea contraria al Convenio.

Para poder hacerse efectivos estos intercambios de información, se tuvo que modificar el Código Tributario a efectos de habilitar legalmente al Servicio de Impuestos internos para compartir información bancaria de un contribuyente, lo que se hizo mediante la Ley N°20.406 de 05 de diciembre de 2009, que reguló la materia en los artículos 62 y 62 bis al Código Tributario, y por la Ley N°21.047 de 23 de noviembre de 2017, que incorporó un artículo 62 ter al citado código.

A continuación se enumeran los convenios suscritos por Chile: **Convenios para Evitar la Doble Imposición / Conventions For The Avoidance Of Double Taxation Vigentes / In force**

⁷⁰ Artículo que se incorpora en todos los tratados o Convenios referidos a la doble tributación.

País/ Country	Autoridad Competente / Competent Authority	Circular Relacionada
Australia	Ministro de Hacienda y Director SII Minister of Finance and Commissioner SII	
Bélgica	Ministro de Hacienda y Director SII Minister of Finance and Commissioner SII	
Brasil	Ministro de Hacienda y Director SII	<u>Circular N°8, Circular N° 33, y Circular N°62, del 2005.</u> Cláusula nación más favorecida.
Canadá	Ministro de Hacienda y Director SII Minister of Finance and Commissioner SII	<u>Circular N°8, Circular N° 33, y Circular N°62, del 2005.</u> Cláusula nación más favorecida.
Colombia	Ministro de Hacienda y Director SII	
Corea	Ministro de Hacienda y Director SII Minister of Finance and Commissioner SII	<u>Circular N°8 de 2005.</u> Cláusula nación más favorecida.
Croacia	Ministro de Hacienda y Director SII Minister of Finance and Commissioner SII	
Dinamarca	Ministro de Hacienda y Director SII Minister of Finance and Commissioner SII	<u>Circular N°62 de 2005.</u> Cláusula nación más favorecida.
Ecuador	Ministro de Hacienda y Director SII	<u>Circular N°8 de 2005.</u> Cláusula nación más favorecida.
España	Ministro de Hacienda y Director SII	
Francia	Ministro de Hacienda y Director SII	
Irlanda	Ministro de Hacienda y Director SII Minister of Finance and Commissioner SII	
Malasia	Ministro de Hacienda y Director SII Minister of Finance and Commissioner SII	
México	Ministro de Hacienda y Director SII	<u>Circular N°8 y Circular N°62 del 2005.</u> Cláusula nación más favorecida.
Noruega	Ministro de Hacienda y Director SII Minister of Finance and Commissioner SII	<u>Circular N°8 de 2005.</u> Cláusula nación más favorecida.
Nueva Zelanda	Ministro de Hacienda y Director SII Minister of Finance and Commissioner SII	
Paraguay	Ministro de Hacienda y Director SII	
Perú <u>Protocolo Modificadorio</u>	Ministro de Hacienda y Director SII	
Polonia	Ministro de Hacienda y Director SII Minister of Finance and Commissioner SII	<u>Circular N°8 de 2005.</u> Cláusula nación más favorecida.
Portugal	Ministro de Hacienda y Director SII Minister of Finance and Commissioner SII	
Reino Unido	Ministro de Hacienda y Director SII Minister of Finance and Commissioner SII	
Rusia	Ministro de Hacienda y Director SII Minister of Finance and Commissioner SII	
Suecia	Ministro de Hacienda y Director SII Minister of Finance and Commissioner SII	
Suiza	Ministro de Hacienda y Director SII Minister of Finance and Commissioner SII	
Tailandia	Ministro de Hacienda y Director SII Minister of Finance and Commissioner SII	

B. Propuesta de Diligencias a decretar para la Comprobación de la Comisión de un Delito de Soborno Transnacional.

El propósito de esta sección es dar a conocer y proponer un cúmulo de diligencias y procedimientos que pueden ser considerados y usados para llevar adelante una investigación eficaz, adecuada y exhaustiva del delito objeto de nuestro examen, que permita llegar a una formalización y eventual acusación por esta figura.

Al considerar el contexto en el cual se comete el delito soborno transnacional, es decir, una operación internacional, como también las personas que intervienen en el mismo –en una gran medida personas jurídicas–, las diligencias que deberían decretarse, no sólo necesitan estar destinadas a la obtención de antecedentes documentales o bien declaraciones de testigos, sino que también es necesario considerar incorporar la revisión de documentación contable y financiera de la empresa o persona natural involucrada, la evaluación de los controles internos del investigado, como la petición de Asistencia Legal Mutua y la utilización de los foros internacionales para obtener respuestas a las peticiones dirigidas a los estados extranjeros.

La propuesta de diligencias y procedimientos se presentan y analizan a continuación:

1. Antecedentes Documentales

Teniendo presente que el delito de soborno transnacional ocurrirá en el contexto de una transacción internacional, como antes mencionamos, sería importante contar con documentación que dé cuenta de la existencia y ocurrencia de la misma.

En este sentido resulta útil toda aquella documentación oficial que pueda allegarse, la que debería no sólo aportar antecedentes sobre la transacción internacional (licitaciones de servicios, por ejemplo) sino además precisar la vinculación del funcionario público con alguna repartición del Estado Extranjero o con una organización pública internacional.

Asimismo resulta conveniente recoger la información de prensa, que pueda dar cuenta de la ocurrencia de la transacción internacional.

De igual manera debería reunirse toda la documentación que permita esclarecer la participación de la persona natural o jurídica en la transacción internacional y para ello sería adecuado contar con aquélla que constata la existencia de la persona jurídica⁷¹, y los antecedentes que informen sobre la estructura orgánica de ésta y sus filiales. En el mismo sentido es necesario

⁷¹ Por ejemplo contar con copia de las constituciones de las sociedades y sus modificaciones que informan sus integrantes.

contar con la documentación que explica la vinculación entre una empresa y un determinado empleado o tercero que actúa a su nombre.

También sería importante consultar a Cancillería acerca de la recepción de alguna Nota o cualquier otro Comunicado Oficial por parte de un estado extranjero, que pongan en conocimiento de nuestras autoridades político-administrativas la participación de un nacional (persona natural o jurídica) en un delito de soborno transnacional. Sea que esta comunicación se reciba por nuestra Cancillería o por alguna de nuestras embajadas situadas en diferentes partes del mundo.

En esa línea, sería adecuado contar con copia de la investigación criminal o penal desarrollada en el país extranjero, en el evento que existiera una investigación del cohecho doméstico, y por tal razón debería requerirse su obtención.

Asimismo es relevante contar con documentación que dé cuenta del posible pago ofrecido o solicitado, y para ello una diligencia eficiente sería la revisión de las comunicaciones que eventualmente se concretaron entre el funcionario público extranjero y el nacional, sea que conste en soporte digital o en correos electrónicos.

De igual manera sería de utilidad solicitar al Servicio de Impuestos Internos copia de aquellas declaraciones presentadas por los investigados, individualizadas en el apartado 6.1 anterior, como también ponderar la solicitud de información tributaria utilizando para ello la cláusula de intercambio de información que contemplan los convenios suscritos por nuestro país para evitar la doble tributación.

2. Levantamiento societario

Para esclarecer las vinculaciones de determinadas personas naturales o bien empresas que operan en el exterior con personas jurídicas con domicilio en Chile, se estima necesario requerir un levantamiento societario, el cual puede clarificar esas vinculaciones como también informar acerca de la estructura orgánica empresarial.

3. Solicitud de Asistencia Legal Internacional

Para la obtención de antecedentes y pruebas que permitan acreditar la ocurrencia de un soborno transnacional, se requiere contar con el apoyo de un país extranjero, sea aquél en el que ocurre el delito, o bien aquél respecto del que es nacional el funcionario público extranjero.

Cooperación internacional que, como reconoce la OCDE, resulta en algunas ocasiones un obstáculo para el avance de la investigación; por tal razón, junto con dar estricto cumplimiento a los criterios de actuación del Ministerio Público en actuaciones y diligencias de carácter internacional⁷²,

⁷² A los cuales se refiere el Oficio del Fiscal Nacional N°227/2021, de fecha 24 de marzo de 2021.

es necesario requerir la colaboración de la Unidad de Cooperación Internacional y Extradiciones de la Fiscalía Nacional como de la Unidad Anticorrupción, en la elaboración de la petición de colaboración internacional, con la finalidad que ella sea lo más explícita posible y no requiera complementaciones.

De igual manera se insta a recurrir a los distintos foros internacionales en los que participa Chile, a fin de generar la colaboración necesaria para obtener respuesta a la solicitud de asistencia legal mutua. Al efecto sería importante comunicar o bien ponderar la concurrencia a dichas reuniones, de los Fiscales Regionales a cargo de las investigaciones de soborno transnacional o de los fiscales adjuntos que los apoyen en esas tareas.

4. Documentación contable y financiera

La revisión de los registros y libros contables de los investigados, -personas naturales o jurídicas nacionales- junto con permitir determinar el contenido y precisión sustancial de las partidas registradas, es decir, si es que la contabilización da cuenta fielmente de la transacción; resulta útil en el rastreo de transacciones para determinar si ellas se encuentran correctamente registradas en los libros y cuentan con el respaldo suficiente que sustente el hecho económico.

Por ello su revisión puede ser conveniente para hacerse de indicios acerca de la existencia de un pago irregular, teniendo presente aquellos indicadores de la presencia de un delito de soborno transnacional ya revisados.

Con la finalidad de proporcionar una herramienta de análisis se adjunta ANEXO I que contiene procedimientos de revisión y verificación de eventuales pagos irregulares.

5. Evaluación de los controles internos del contribuyente

La experiencia en la investigación de los delitos de soborno transnacional que transmite el Manual de OCDE, da cuenta de que en muchas ocasiones las empresas intervinientes o imputadas por delitos de soborno transnacional son organizaciones de gran envergadura⁷³, que presentan una

⁷³ Debe tener presente que en nuestro país las empresas se clasifican según su tamaño considerando dos aspectos que son el volumen de ventas anuales y el número de trabajadores. Clasificación establecida en el Estatuto PYME (Ley N° 20.416), donde se definen las categorías de empresa como muestra la siguiente tabla:

Tabla 1: Estratificación por tamaño de empresa en Chile

Tamaño empresa	Clasificación por ventas	Clasificación por empleo
Micro	0 - 2.400UF	0 - 9
Pequeña	2.400,01UF - 25.000UF	10 -25
Mediana	25.000,01UF - 100.000UF	25 - 200
Grande	100.000,01UF y más	200 y más

Fuente: Ley N° 20.416

(Ver Boletín Revisión Clasificación Estatuto Pyme, División de Estudios, Ministerio de Economía, abril 2014).

estructura societaria y comercial que les permite tener presencia en varios países junto con realizar y participar en transacciones comerciales a nivel nacional e internacional.

Por lo anterior al investigar la participación de estas empresas en un cohecho transnacional se debería tener presente buscar y detectar, a nivel contable y de control interno, la presencia de transacciones sospechosas; indicio que es posible observar al realizar la revisión del funcionamiento y controles presentes en la empresa investigada.

Al efecto, es necesario precisar que los controles internos de una organización, se definen como “las políticas y procedimientos para identificar, medir y salvaguardar las operaciones de los negocios y evitar los errores materiales en la información financiera”.

Una evaluación de los controles internos de una persona jurídica resultan útiles para clarificar la fiabilidad de los libros y registros que mantiene la empresa investigada, lo cual es relevante cuando existe un indicio de un pago sospechoso, toda vez que un sistema débil de control interno, será más susceptible de ser utilizado para realizar pagos anómalos⁷⁴.

La evaluación de los controles internos permite asimismo entender y documentar la operativa completa del negocio, el entorno de control, los sistemas de contabilidad y los procedimientos de control⁷⁵.

Por su parte, el conocimiento de los sistemas de contabilidad proporciona información acerca de muchas de las transacciones de las empresas, por lo que resulta importante conocer cómo opera el negocio cotidianamente en relación con los clientes, proveedores, administradores, ventas, trabajo realizado, precios, localización, empleados, recursos utilizados, producción y mantenimiento de registros, ya que, cualquiera de estas áreas se puede utilizar para la realización de pagos anómalos.

Respecto a los procedimientos de control⁷⁶, la separación de funciones es el procedimiento de control básico que debería analizarse, ya que, si la segregación de funciones se realiza de forma apropiada, se reducirán, por ejemplo, las oportunidades para que se cometa u oculte alguna irregularidad y/o error, con el objetivo de realizar pagos por concepto de sobornos a funcionarios públicos, en el curso normal de sus obligaciones. Al contrario, si los procedimientos de control no son los adecuados se pueden dar las condiciones para efectuar estos pagos irregulares, mediante el registro en una cuenta o un grupo de cuentas contables utilizadas para provisionar fondos y realizar contribuciones políticas, cohechos, devoluciones, atender a los gastos personales de empleados de la empresa o incurrir en otras actividades ilegales; verificadas generalmente a través de esquemas complejos, fuera de los controles internos corporativos normales.

⁷⁴ Aspecto que podría constituir un indicio de la presencia de un delito de cohecho transnacional.

⁷⁵ Para evaluar el entorno de control se debe entender en detalle cómo opera el negocio.

⁷⁶ Procedimientos de control, son las políticas y procedimientos establecidos por la dirección para lograr los objetivos del negocio, para verificar que la operatoria del negocio se desarrolla como se pretende.

En este sentido es importante esclarecer quienes participan en la toma de decisiones teniendo presente que podría ser altamente probable que el personal directivo de alto nivel estará involucrado en la concreción de los pagos irregulares —considerando para ello la forma de toma de decisiones en dichas empresas— y que dichos pagos serán verificados mediante diversas transacciones, y generalmente a través del uso de filiales extranjeras y nacionales, operaciones que requieren de la autorización de estos directivos o empleados de alto nivel⁷⁷.

Con la finalidad de proporcionar una herramienta de análisis, del aspecto examinado, se adjunta ANEXO II que contiene procedimientos de revisión y verificación de eventuales vulneraciones de los controles internos con la finalidad de permitir un pago irregular.

6. Toma de declaraciones

Las que pueden referirse a los imputados o bien terceras personas, y cuya finalidad puede ser diversa, y estar referida a acreditar la participación en la transacción internacional, la precisión del funcionario público que participó en la misma, el hecho de que determinada persona ocupa un puesto de trabajo específico en una empresa o persona jurídica, u otros.

Igualmente las declaraciones pueden proporcionar información acerca de la historia financiera de los entrevistados, de las operaciones de negocios, transacciones internacionales – específicas del caso- , así como proporcionar una explicación técnica de las anotaciones practicadas en libros y registros.

⁷⁷ Para ejemplificar lo relevante de la evaluación de los controles internos de los contribuyentes, nos menciona el Manual OCDE que las estructuras de negocios que operan en el ámbito internacional, importan que las empresas matrices utilicen una filial extranjera, un consultor extranjero o una cuenta bancaria extranjera para “lavar fondos”, de tal manera que el dinero pueda ser generado y repatriado a la empresa matriz, para suministrar los recursos con los cuales sobornar a funcionarios públicos nacionales. Los fondos, desde luego, no serán repatriados si el pago se hace fuera a un funcionario público extranjero. En este sentido se menciona el caso de un consultor jurídico extranjero, que también ha realizado servicios de consultoría legítimos para la empresa nacional, aumenta artificialmente sus honorarios a la compañía y luego, este exceso, lo envía de regreso a la compañía de origen, en forma de efectivo. O también el caso de algunos directivos y/o empleados clave de una empresa, a los cuales se les paga una remuneración adicional basada en su promesa de contribuir, ya sea con un porcentaje de la renta o la suma neta (ingreso neto de impuesto sobre la renta), a un pago político o a un pago por cohecho. También se menciona la sobre capitalización corporativa, en la cual la propiedad privada y real, es adquirida por la entidad mercantil, por un precio superior a su valor de mercado. En estos casos se ha observado que el exceso es devuelto o reembolsado y usado por el promotor del esquema para hacer una contribución a una organización política o un pago a un funcionario público. Nos advierte o alerta además el Manual OCDE que debe tenerse presente que el cohecho a funcionario público extranjero puede ser encontrado en cualquier sector empresarial, precisando que se ha observado en sectores en donde el “Know How” técnico es un elemento clave. Finalmente nos menciona que otro aspecto indiciario o indicativo de un pago irregular se presenta en el caso de necesitarse un permiso gubernamental para iniciar y desarrollar operaciones comerciales en un determinado país. En este caso la OCDE ha observado que los sectores vinculados a la exploración de recursos naturales (petróleo, minería), la construcción y la manufactura, son aéreas susceptibles de verse involucradas en una posible situación de cohecho.

7. Levantamiento de secreto bancario

Con la finalidad de contar con indicios del posible pago irregular al funcionario público extranjero, como de la participación de la persona natural o jurídica, nacional, involucrada puede resultar necesario levantar el secreto bancario de estas personas.

Contar con los antecedentes bancarios, servirá también para evaluar la situación financiera de los imputados, la posible presencia de alguno de los indicadores de un delito de soborno transnacional ya revisados, como también para asegurar el cumplimiento de las penas pecuniarias, que el delito examinado lleva consigo, y las costas de la causa⁷⁸.

⁷⁸ De acuerdo a lo anterior, puede solicitarse que en el periodo investigado se tenga acceso a los siguientes aspectos:

- Contratación de alguna cuenta corriente, remitiendo las cartolas del período indicado anteriormente y copia de todos los antecedentes comerciales y legales que se acompañaron al momento de abrir la cuenta.
- Operaciones de tarjetas de crédito. En este caso, se solicita informar el nombre de la empresa que otorga la tarjeta, el o los tipos de tarjeta contratados (nacionales o internacionales), indicando el cupo disponible, los movimientos de dichas tarjetas, y acompañando los estados de cuenta.
- También se informe si se contrató tarjetas de crédito adicionales como titular, indicándose el nombre de la o las personas que figuran con alguna tarjeta adicional, acompañándose sus respectivos estados de cuenta.
- Se informe si mantienen alguna tarjeta de crédito adicional o en calidad de representante legal de alguna empresa. En este caso, se solicita informar el nombre del titular o de la empresa y se acompañen los últimos estados de cuenta.
- Si ésta o éstas personas, han realizado alguna operación del capítulo XIV del compendio de normas de cambios del Banco Central, a través del referido Banco. En caso de ser afirmativa la respuesta se sirva remitir todos los antecedentes que obren en su poder respecto a esta operación.
- También se informe de toda carta de crédito que haya sido tramitada por el banco, respecto de las personas anteriormente indicadas, tanto en calidad de ordenantes como de beneficiarios, acompañándose todos los antecedentes que se agregaron a dicha carta.
- Se informe de toda operación de comercio exterior ejecutada por alguno de los investigados en forma activa o pasiva, acompañándose todos los antecedentes que fueron requeridos por el banco.
- Se indique si han recibido giros u órdenes de pago desde el exterior, en donde aparezcan como receptores o beneficiarios de los envíos. En caso de existir este tipo de operaciones se indique la fecha, monto y todas las entidades que intervinieron en cada operación.
- Si se ha emitido a nombre de los investigados alguna boleta o depósito de garantía.
- Si el banco aparece como librador, librado o girador en alguna letra de cambio o pagaré en que figure alguna de los investigados.
- Si poseen o poseyeron algún tipo de cuenta de ahorro, libreta de ahorro o cuenta vista, informándose la fecha de apertura y acompañándose los documentos presentados al momento de abrir dicha cuenta y una copia de los movimientos que ha tenido en el período señalado más arriba.
- Se informe respecto de todos los depósitos a plazo, fondos mutuos, vales vistas o cualquier otro tipo de producto de inversión, tanto a nivel nacional como en el extranjero, en que figuren como ordenantes o beneficiarios, indicándose la fecha en que fue contratado, el valor de la inversión, el tiempo por el cual se contrató y los movimientos que ha experimentado durante el periodo de tiempo ya indicado.
- Si se ha otorgado a los nombrados algún tipo de crédito (hipotecarios, de consumo, automotrices), acompañándose todos los antecedentes que fueron requeridos por el banco.
- Si respecto de estas personas se ha aceptado o ejecutado alguna comisión de confianza. En este caso se deberán acompañar todos los antecedentes que el banco posea respecto de dicha comisión, en especial, una copia del mandato o escritura pública firmada por las partes.
- Si alguno de los nombrados ha recibido valores o efectos en custodia, o han contratado el servicio de arrendamiento de cajas de seguridad, indicando la fecha en que se contrató dicho servicio. También se indique si la o las personas tienen la calidad de apoderados en cajas de seguridad contratadas por otras personas.

VII POSIBLES SALIDAS O TÉRMINOS PARA ESTE TIPO DE INVESTIGACIONES, DE ACUERDO A LOS FACTORES GENÉRICOS QUE SE INDIVIDUALICEN.

Tomando en consideración el resultado de las diligencias de investigación propuestas en esta GUÍA DE APOYO, es posible sugerir o proponer los siguientes niveles de decisión a adoptar:

1ª HIPÓTESIS Se cuenta con indicios de la existencia de un pago sospecho a un funcionario público extranjero, en el contexto de una transacción internacional, por parte de un nacional, persona natural o jurídica.

Esta situación se presentará sí:

- Recibida una denuncia o información sobre la presunta participación de un nacional en un posible delito de soborno a funcionario público extranjero, es posible acreditar que éste toma parte en una transacción internacional.
- De igual manera, realizado un levantamiento societario para vincular al denunciado con una persona o empresa nacional, éste arrojó indicios de vinculación.
- Se cuenta con indicios del vínculo territorial con Chile y el presunto soborno de funcionario público extranjero.
- Solicitada la Asistencia Legal Mutua, no se obtuvo respuesta o bien esta fue parcial, por lo que se ha reiterado la solicitud o recurrido a los foros internacionales para este fin.

En este caso es posible entender contar con indicios para continuar con la investigación, a fin de reunir mayores antecedentes que permitan formalizar la misma.

2ª HIPÓTESIS Fue posible acreditar la existencia de un pago sospecho a un funcionario público extranjero, en el contexto de una transacción internacional, por parte de una persona natural o jurídica nacional.

Esto podría ocurrir sí:

- Recibida una denuncia o información sobre la presunta participación de un nacional en un posible delito de soborno a funcionario público extranjero, es posible acreditar la participación de éste en una transacción internacional.

- De igual manera realizado un levantamiento societario para vincular al denunciado con una persona o empresa nacional, éste arrojó indicios de vinculación.
- A ello se agrega que las declaraciones aportadas a la investigación permiten relacionar a un nacional —persona natural o jurídica— con la transacción internacional y el funcionario público extranjero.
- Del examen de la documentación contable y financiera de la persona natural o jurídica nacional, que participa en la transacción internacional, se obtienen antecedentes de pagos irregulares, la existencia de empleados ficticios o inexistentes, la existencia de doble contabilidad, la existencia de documentos relacionados antedatos, o bien se constata la presencia de otro indicador de un delito de soborno transnacional ya revisados.
- Solicitada la Asistencia Legal Mutua, se obtiene respuesta que allega información o antecedentes suficientes para acreditar la calidad de funcionario público extranjero del involucrado y también se logra acceder a su información financiera, por ejemplo.
- Finalmente requerido y obtenido el levantamiento del secreto bancario de la persona natural o jurídica, nacional, involucrada en el hecho investigado, el análisis de estos antecedentes permite contar con antecedentes serios para afirmar la existencia de un pago irregular al funcionario público extranjero.

En este caso es posible entender contar con antecedentes suficientes para formalizar la misma, continuar las restantes etapas de la persecución penal e instar por una salida judicial.

3ª HIPÓTESIS Agotadas diligencias mínimas de investigación, no fue posible acreditar la existencia de indicios de un pago sospecho a un funcionario público extranjero por parte de una persona natural o jurídica nacional, en el extranjero o en Chile.

Esto podría ocurrir sí:

- Recibida una denuncia o información sobre la presunta participación de un nacional en un posible delito de soborno a funcionario público extranjero, no es posible acreditar que toma parte en una transacción internacional.
- De igual manera decretado y realizado un levantamiento societario para vincular al denunciado con una persona o empresa nacional, que participa en una negociación internacional, éste no arroja indicios de vinculación entre esas personas.

- Solicitada y obtenida la incautación de la toda evidencia útil al esclarecimiento de los hechos materia de la investigación, entre ellos la incautación y revisión de correos electrónicos, no se logra vincular a ninguna persona natural o jurídica, nacional, con un funcionario público extranjero.
- De la misma forma las declaraciones aportadas a la investigación no resultan útiles para vincular a un nacional —persona natural o jurídica— con la transacción internacional y el funcionario público extranjero.
- Revisados los antecedentes contables-financieros incautados no es posible detectar la presencia de indicios contables relacionados con una operación irregular que permita vincular la transacción internacional al funcionario público,
- Solicitado el levantamiento del secreto bancario de la persona natural o jurídica, nacional, eventualmente involucrada en el cohecho, no se obtiene la autorización judicial correspondiente o habiendo sido obtenida ésta, el análisis de los antecedentes no entrega indicios de algún movimiento sospechoso, relacionado con los hechos y en el período investigado.
- De igual manera solicitada y reiterada la Asistencia Legal Mutua, no se obtiene respuesta alguna, no obstante recurrir también a los foros internacionales para este fin.

En este caso, al no ser posible acreditar la existencia del delito y tampoco la participación de una persona natural o jurídica nacional en el delito investigado, puede optarse por el archivo provisional o bien, en el caso que se ha producido la intervención del juez de garantía, instar por la aprobación de una decisión de no perseverar o eventualmente, un sobreseimiento definitivo.

UNIDAD ESPECIALIZADA ANTICORRUPCIÓN



ANEXO I

USO DE LOS ESTADOS FINANCIEROS PARA CONTABILIZAR, OCULTAR O DISIMULAR EL COHECHO.

Informes Financieros Engañosos - Áreas Contables generalmente utilizadas.

Informes Financieros Falaces - Áreas Contables generalmente utilizadas.	
Reconocimiento de ingresos	Registro de ingresos por la venta de bienes o servicios que no ocurrieron o el indebido registro de ingresos en un período diferente.
Manipulación de provisiones	Uso de estimaciones indebidas.
Manipulación de inventario	Registro de inventario inexistente o sobrevaloración.
Manipulación de gastos /deudas	Registro indebido de gastos o deudas.
Inadecuada provisión de información (disclosures o hechos esenciales)	Provisión de información relevante y/o transacciones con compañías relacionadas inexacta o incompleta.

Informes Financieros Engañosos - INGRESOS

Informes Financieros Falaces - Ejemplos específicos - Cómo podrían darse		
INGRESOS	VENTAS/CLIENTES FALSOS	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Ventas falsas ▪ Clientes ficticios ▪ Ventas a entes relacionados ▪ Comisiones a clientes ▪ Sobrefacturación a clientes
	ADELANTAR O DEMORAR REGISTRO DE LOS INGRESOS	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Ventas reconocidas sobre la base del pedido ▪ Facturación anticipada en colusión ▪ Ventas o devoluciones ocultas ▪ Inventario asignado a depósitos de terceros bajo su control.
	MANIPULACIÓN DE DESCUENTOS	<ul style="list-style-type: none"> ▪ No se acumulan las rebajas/descuentos o existen acuerdos ocultos ▪ Créditos ocultos en manipulación de precios en el año siguiente ▪ Se acepta devolución del inventario a su valuación original. ▪ Los débitos/créditos se transfieren a cuentas falsas para eliminarlos después.
	MANIPULACIÓN DE PROVISIÓN DEUDORES INCOBRABLES	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Falsa representación de la situación real. ▪ Manipulación de la antigüedad (ageing) de los créditos de clientes. ▪ Reciclado de fondos dan la apariencia que la cuenta tiene saldos corrientes.

Informes Financieros Engañosos - GASTOS

Informes Financieros Falaces - Ejemplos específicos - Cómo podrían darse		
GASTOS	MANIPULACIÓN DE PROVISIONES	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Provisiones en defecto, reversión de provisiones ▪ Provisiones falsas ▪ Realización de provisiones para alcanzar el presupuesto ▪ Órdenes de compra anticipadas ▪ Costo de mercaderías sobre o sub valuadas ▪ Falsos contratos de consultoría
	RECONOCIMIENTO DE GASTOS ACELERADO O DEMORADO	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Términos de pago no estándar para compensar precios reducidos o inflados ▪ Representación incorrecta de la antigüedad de deuda de clientes.
	MANIPULACIÓN DE REEMBOLSOS Y DESCUENTOS	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Reconocimiento anticipado de descuentos ▪ Cargos extra contra descuentos posteriores ▪ Diferimiento de erogaciones ▪ Acuerdos ocultos
	CONTABILIZACIÓN IRREGULAR DE ITEMS DE CAPITAL	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Ocultamiento de ítems de capital en ingresos o ítems de ingresos en capital ▪ Imputación de costos indebida respecto de políticas contables.
	TÉRMINOS DE OCULTOS DE CONTRATACIÓN	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Condiciones y términos de contratación ocultos que impactan en resultados ▪ Reconocimiento anticipado o demorado de resultados.

Informes Financieros Engañosos - INVENTARIO

Informes Financieros Falaces - Ejemplos específicos - Cómo podrían darse		
INVENTARIO	INCORRECTA VALUACIÓN	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Sobre o subvaluación del inventario de materia prima ▪ Sobre o subvaluación del inventario de productos en proceso
	DIFERENCIAS EN CANTIDAD	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Ítems ya vendidos incluidos en el conteo de inventario ▪ Inventario prestado ▪ Cantidades falsas en el conteo de inventario ▪ Manipulación del corte de documentación ▪ Cajas vacías incluidas en los pallets
	CALIDAD FALSA	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Documentos falsos relacionados con la calidad del inventario ▪ Eliminación de información adversa sobre la calidad del inventario
	FALSO ESTADO DE PROPIEDAD	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Información falsa sobre las posibilidades de disponer de los bienes ▪ Falsificación del estado de propiedad del inventario.
	MANIPULACIÓN DEL COSTO ESTANDAR	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Manipulación de precios y otras variables del costeo estándar. ▪ Cambios del costo estándar inconsistente con cambios en precios de venta/costos generales.

Informes Financieros Engañosos - TESORERÍA

Informes Financieros Falaces - Ejemplos específicos - Cómo podrían darse		
TESORERÍA	REGISTRACIONES DE CAJA FALSAS	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Conciliaciones bancarias “ajustadas”. ▪ Reciclado de fondos a través de subsidiarias, Joint-ventures y otras terceros relacionados.
	REGISTRACIÓN DE INDEBIDA DE COBRANZAS	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Contabilización de recibos de un cliente para reducir el saldo de otro. ▪ Existencia de diferencias conciliatorias debido a “cobranzas en tránsito” o “pendiente de imputación”.

Informes Financieros Engañosos - OTROS

Informes Financieros Falaces - Ejemplos específicos - Cómo podrían darse		
OTROS	USO INDEBIDO DE CUENTAS INTERCOMPANY Y DE MOVIMIENTO	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Registros indebidos en cuentas intercompany. ▪ Ocultamiento de cualquier forma de manipulación de cuentas de movimiento.
	VALUACIÓN INDEBIDA DE OTROS ACTIVOS	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Valuación falsa de activos fijos o intangibles. ▪ Eliminación de información o análisis que contradicen una valuación o un pronóstico.
	MANIPULACIÓN DE JOINT VENTURES	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Activos cambiados por acciones o valores inflados. ▪ Valores incrementados o disminuidos moviendo activos dentro del grupo. ▪ Activos adquiridos con deudas ocultas o subvaloradas.

DETECCIÓN – ÁREA DE ANÁLISIS Y MODALIDADES MÁS COMUNES DE ENCUBRIR UN COHECHO

Modalidad de Cohecho y Conducta Irregular

Área de Análisis	Modalidad de Cohecho y Conducta Irregular
CUENTAS POR PAGAR	Proveedores ficticios
	Facturas ficticias, sobre facturadas y/o duplicadas
	Pagos estructurados
	Conflictos de Interés
	Manipulación de Licitaciones
TARJETAS DE COMPRA	Manipulación de reembolsos y compra duplicadas
	Compras no autorizadas y/o indebidas
	Compensaciones con gastos no autorizados/indebidos
	Clientes ficticios
INVENTARIO	Compras ficticias, infladas, duplicadas o innecesarias
	Reducciones excesivas
NÓMINA	Empleados fantasma
	Pagos complementarios indebidos
	Pagos indebidos de gratificaciones o incentivos
	Sueldos / Horas infladas
GASTOS DE VIAJES Y REPRESENTACIÓN	Pedidos de reembolso falsos o inflados
	Uso indebido de la tarjeta de crédito corporativa
	Compras para uso personal
	Manipulación de reembolsos y compras duplicadas
VENTAS	Ventas falsas o infladas
	Clientes ficticios
	Abusos en el reconocimiento de ingresos, incluyendo channel stuffing (“llenar el canal”), políticas de devolución amplias y prácticas bill and hold (facturar y retener)
PROVISIONES / RESERVAS	Gastos no autorizados / indebidos
	Gastos inflados o ficticios
	Registro irregular de provisiones
ASIENTOS EN EL LIBRO DIARIO	Administración de ganancias
	Administración indebida
	Activación indebida de gastos

ANEXO II

CAPÍTULO 3: Detección - Análisis Proactivo de Datos

Cuentas por Pagar

Detección - Análisis Proactivo de Datos - Ejemplos		
RUTINA	FUNCIÓN	
CUENTAS POR PAGAR	FACTURAS SIN ORDEN DE COMPRA	<ul style="list-style-type: none"> Identifica todas las facturas que tienen en blanco en campo del N° de OC.
	PAGOS IRREGULARES	<ul style="list-style-type: none"> Identifica todos los pagos en el registro de cheques sin referencia a un N° de factura. Identifica todos los pagos en el registro de cheques que contienen N° de facturas, que no aparecen en el archivo de facturas de Cuentas a Pagar (N° de factura ficticios).
	PROVEEDORES CON INFORMACIÓN FALTANTE	<ul style="list-style-type: none"> Cruza pagos en cheques con facturas de proveedores e identifica pagos en exceso Muestra todos los proveedores del maestro de proveedores con datos faltantes en los campos seleccionados.
	FACTURAS DUPLICADAS	<ul style="list-style-type: none"> Compara nombres de proveedores, N° de facturas y montos para detectar facturas duplicadas.
	PAGOS FUERA DE HORA	<ul style="list-style-type: none"> Identifica pagos realizados: <ul style="list-style-type: none"> - Fuera de los horarios habituales - Fuera de los días laborales.
	PROVEEDORES FICTICIOS	<ul style="list-style-type: none"> Identifica potenciales relaciones irregulares entre proveedores. Identifica entidades con potenciales irregularidades impositivas o en las que se observaron documentos que fueran categorizados como apócrifos. Identifica relaciones con entidades gubernamentales a través de cruces de información con bases públicas y privadas (para casos FCPA). Identifica similitudes y potenciales relaciones irregulares entre proveedores, clientes y empleados. Identificar cambios inusuales en el maestro de proveedores. Identificar aquellas entidades con características inusuales y que presentaron los mayores niveles de actividad (por ejemplo, proveedores, sin empleados).

Detección - Análisis Proactivo de Datos
Asientos Manuales

Detección - Análisis Proactivo de Datos - Ejemplos		
	RUTINA	FUNCIÓN
ASIENTOS MANUALES	ASIENTOS MANUALES INDEBIDOS	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Identifica asientos manuales registrados por usuarios con potenciales transacciones irregulares, si existieran. Verifica las correspondientes aprobaciones, en caso de ser requeridas en función de las políticas y procedimientos de la Compañía. ▪ Identifica asientos registrados en cuentas específicas bajo análisis. ▪ Listado de asientos que no balancean, si existieran. ▪ Pares de cuentas inusuales: Listado de asientos que contienen combinaciones de cuentas inusuales (Ej, cuentas de pasivo con crédito en cuentas de ingreso). ▪ Detecta asientos contables con cuentas no utilizadas periódicamente. ▪ Identifica asientos creados en horarios y días inusuales (durante la noche, feriados, fines de semana). ▪ Búsqueda de palabras claves en las descripciones de los asientos (ajustes, nombres de personas claves). ▪ Tendencias en cuentas de ingreso (foco en los inicios o cierres de trimestres). ▪ Tendencias en cuentas de provisiones y previsiones. ▪ Identifica asientos registrados y revertidos en el período subsiguiente. ▪ Análisis de asientos registrados con una posterioridad superior a los días estándar de cierre periódico.

Detección - Análisis Proactivo de Datos
Circuito de Compras

Detección - Procedimientos	
RUTINA	FUNCIÓN
CIRCUITO DE COMPRAS	<p>FORENSIC ACCOUNTING</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ RELEVAMIENTO DEL CIRCUITO DE COMPRAS <ul style="list-style-type: none"> - Análisis de políticas y procedimientos de compra de insumos y contratación de servicios - Validación de tales normas a través de entrevistas a personal relevante. ▪ ANÁLISIS DE DOCUMENTACIÓN <ul style="list-style-type: none"> - Revisión de carpetas de licitación a fin de verificar cumplimiento en cuanto a: <ul style="list-style-type: none"> • Evaluación y selección de proveedores • Existencia de toda la documentación requerida • Niveles de autorización y adecuada justificación de excepciones (tales como compras directas). - Análisis de una muestra de facturas tendiente a identificar documentación falsa (según datos SII). - Revisión de una selección de notas de débito crédito para analizar motivo y autorización. - Análisis de remitos que respalden la provisión de bienes (o servicios), validando lugar de entrega. - Análisis de una muestra de pagos, validando autorizaciones, beneficiarios y consistencia con bienes o servicios facturados y recibidos. ▪ ANÁLISIS CONTABLE <ul style="list-style-type: none"> - Revisión de una manera de registraciones de compras, validando adecuada imputación.
	<p>CORPORATE INTELLIGENCE</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ BACKGROUND SEARCH <ul style="list-style-type: none"> - Búsqueda de antecedentes de personal del área de compras. - Identificación de potenciales conflictos de intereses con proveedores o clientes de la Compañía. - Identificación de posibles testaferros.

Detección - Procedimientos	
RUTINA	FUNCIÓN
CIRCUITO DE COMPRAS	<p>ANÁLISIS PROACTIVO DE DATOS</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ BÚSQUEDA DE INCONSISTENCIAS EN EL MAESTRO DE PROVEEDORES. <ul style="list-style-type: none"> - Cruce del maestro de proveedores con el maestro de empleados y clientes de la Compañía. <ul style="list-style-type: none"> • Identificación de coincidencias sospechosas (RUT/RUN, domicilios, números de teléfono), Ctas. Ctes., proveedores unipersonales con alta facturación. - Cruce del maestro de proveedores con fuentes externas <ul style="list-style-type: none"> • Identificación de información inconsistente (RUT, domicilios o teléfonos no coincidentes). ▪ APLICACIÓN DE ASIENTOS MANUALES. <ul style="list-style-type: none"> - Análisis de usuarios que contabilizaron comprobantes de Compras vs perfiles autorizados. - Identificación de registraciones manuales y ajustes contabilizados por personal del área de Compras. Análisis de las cuentas y terneras partes involucradas en tales transacciones e impacto en los estados contables de la Compañía. Verificación del cumplimiento de los niveles de autorización requeridos según las normas de la Compañía. - Detalle de registraciones que no balancean, si existen. - Listado de imputaciones vinculadas a cuentas contables poco utilizadas. - Detección de registraciones manuales ingresadas en horarios o días inusuales (fines de semana/feriados). - Identificación de asientos manuales a partir de la selección de palabras clave en la descripción (tales como “reclas”, “comisión”, “reserva”, nombres propios, etc). - Análisis de tendencias de ingresos y provisiones. - Análisis de asientos contabilizados en un período, que ajustan el periodo anterior con posterioridad a la fecha de cierre de los estados contables de la Compañía. - Identificación de combinaciones de cuenta contables inusuales en los asientos manuales registrados, tales como pasivos contra ganancias.
<p>FORENSIC TECHNOLOGY*</p> <p>(*Según la normativa legal del país respecto al resguardo y privacidad de la información)</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Recupero de evidencia digital <ul style="list-style-type: none"> - Permite preservar cualquier evidencia digital relevante a la investigación. - Obtención de imágenes de los discos rígidos utilizados por los individuos claves, recuperando información borrada y existente. - Copia de emails del servidor corporativo de emails. - Copia de archivos almacenados en carpetas compartidas del servidor corporativos. - Procesamiento y cruce de la información con palabras clave. - Análisis forensic del contenido. - Identificación de evidencia útil para la investigación.