

PROBLEMAS FUNDAMENTALES PARA LA DELIMITACIÓN DE LA “SITUACIÓN DE COMPETENCIA TÍPICA” EN EL DELITO DE CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES EN EL “MODELO DE LA COMPETENCIA”*

FUNDAMENTAL PROBLEMS FOR THE DELIMITATION OF THE “SITUATION OF COMPETITION” IN THE CRIME OF PRIVATE TO PRIVATE CORRUPTION IN A “COMPETITION MODEL”

OSVALDO ARTAZA¹

RODRIGO ALDONEY²

RESUMEN: En este estudio se analizan las principales dificultades interpretativas que en Chile estarían asociadas al delito de corrupción entre particulares y que derivan de que la conducta típica se restrinja al soborno de empleados o mandatarios para que en sus labores favorezcan la contratación de un oferente por sobre otro. Para esto, se contextualiza este tipo penal a propósito del modelo regulativo denominado “de la competencia” y se detectan una serie de divergencias de la doctrina comparada especializada respecto a qué clase de sobornos se llevarían a cabo en una “situación de competencia” y, por tanto, satisfarían tal requisito del tipo penal. Finalmente se proponen soluciones en base a los fundamentos del modelo regulativo escogido por el legislador y las consecuencias que legítimamente podrían extraerse de tal decisión.

Palabras clave: Corrupción entre particulares, soborno, situación de competencia, oferentes.

ABSTRACT: In this study, we analyze the main interpretative difficulties associated with the crime “private-to-private corruption” in Chile. These challenge are related to the *actus reus* requirements of the criminal offense, that restrict the behavior to the bribery of employees or agents so that in their work they favor the contracting of one bidder over another. To achieve the goals of this study, we analyze this crime from the perspective of the regulatory model “of competition”. We identify several contradictions based on prior studies describing what constitutes a bribe in a “competitive situation” that could satisfy the requirement of *actus reus*. We conclude by proposing solutions relying on the regulatory model adopted by the Chilean legislator and its further legitimate consequences.

Keywords: Private-to-private corruption, bribery, competitive situation, bidders.

* El presente artículo ha sido desarrollado en el marco del proyecto Fondecyt Regular N° 1210214.

¹ Doctor en Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Barcelona. Profesor asociado Centro de Estudios de Derecho Penal, Universidad de Talca (Chile). Dirección postal: Santa Elena 2222, San Joaquín, Santiago. Correo electrónico: oartaza@utalca.cl, número Orcid 0000-0001-8453-5069.

² Doctor en Derecho, Universidad Albert-Ludwig de Friburgo, Alemania. Profesor Pontificia Universidad Católica de Santiago, (Chile). Dirección postal: Av. Libertador Bernardo O’Higgins 340, Santiago. Correo electrónico: roaldoney@uc.cl, Orcid 0000-0002-9572-6167.

I. INTRODUCCIÓN

Mediante la Ley 21.121 se introdujo en Chile el delito de corrupción entre particulares a través de la incorporación de los artículos 287 bis y 287 ter en el Código penal. Al menos como ha sido introducido en nuestro país este delito puede ser caracterizado, en términos simples, como el soborno a empleado o mandatarios –y no al principal o dueño del negocio– para que en el ejercicio de sus labores favorezca la contratación de un oferente por sobre otro. Una de las primeras cuestiones que se aprecia al analizar los aportes recientes que la doctrina chilena ha desarrollado respecto a este tipo penal, es que se le ha asignado sentidos y alcances sumamente diversos³. Ello no es de extrañar si consideramos la evidente indeterminación del lenguaje utilizado por el legislador, en cuanto ofrece muy pocos puntos de apoyo para determinar el “campo de acción” que describe la tipificación⁴. Pero, además, se debe considerar que estas disposiciones carecen, en nuestro país, de una normativa precursora y, por lo tanto, de alguna tradición jurídica que le sirva de sustento para facilitar su interpretación. Una de las principales cuestiones interpretativas que suscita la incorporación de los delitos de corrupción entre particulares se refiere a la de la determinación del modelo regulativo escogido por el legislador, aspecto que resulta esencial por las consecuencias que podrían derivar de tal definición. En este sentido, se ha sostenido que del análisis de las diversas formas como se sanciona tales conductas en el ámbito comparado, así como de los diversos instrumentos internacionales que establecen directrices para la criminalización de las mismas, se extraería la identificación de diversos intereses que podrían verse afectados y que merecerían la protección por parte del Derecho penal. Dependiendo del énfasis propio de cada ordenamiento jurídico –penal en particular–, se han identificado diversos modelos regulativos⁵, aunque también se ha sostenido, con razón, que resulta sumamente difícil identificar modelos que se presenten en forma pura, esto es, sin incluir aspectos de otro⁶. En la actualidad, con matices, la doctrina los ha agrupado en dos grandes categorías⁷: Por una parte, aquellas legislaciones que ponen el acento en la protección de deberes fiduciarios o “modelo del empleador” y, por otra parte, aquellas en que se reconoce en estos tipos penales una forma de protección a intereses individuales o supraindividuales relativos al funcionamiento del sistema de mercado o “modelo de la competencia”.

Si bien es cierto que la –hasta el momento– escasa doctrina nacional que ha desarrollado estos preceptos ha reconocido que este tipo penal encuentra su justificación en la protección de la competencia y, en este sentido, se ha asumido que el legislador habría optado por un “modelo de la competencia”, no existe unanimidad, por ejemplo, respecto a cuál es la dimensión de esta institución que debe entenderse como el bien jurídico protegido y, especialmente, los alcances que tal punto de partida tiene para la delimitación del tipo.

³ HERNÁNDEZ (2019) pp. 186 y ss.; COLLADO (2020) *passim*.

⁴ En tal sentido también COLLADO (2020) p. 836, quien habla de una “textura abierta” al describir este problema.

⁵ Esta categorización se trata de una simplificación y su verdadera complejidad será abordada más adelante.

⁶ VOGEL (2004) pp. 395-414. En España, GARCÍA (2015) p. 563, para quien se protege la leal competencia, pero solo en la medida que, adicionalmente, se traicione la lealtad con el principal.

⁷ Ver, con mayor detalle ENCINAR (2016) pp. 169 y ss. y VOGEL (2004) pp. 398 y ss.

Así, en lo que respecta al primer aspecto, parece mayoritaria la consideración de la competencia leal como el objeto de protección⁸ pero, por otra parte, también se ha considerado que este tipo penal debe entenderse como un mecanismo de protección de la libre competencia⁹. Incluso se ha sostenido por un sector de la doctrina española, que tal protección –de la competencia– no es realmente inmediata o directa, sino que se protegería en forma mediata a través de la protección de los intereses de los competidores¹⁰. Como se podrá apreciar en este trabajo, tal definición no resulta irrelevante, en la medida que tendría importantes efectos a la hora de determinar los alcances de la norma de comportamiento. En segundo lugar, si bien es cierto parece claro que solo pueden ser subsumidos en este tipo penal aquellos sobornos que ocurran en situaciones de competencia, lo que viene dado por el hecho de que el tipo penal exija que este se solicite, acepte o reciba –artículo 287 bis– o se de, ofrezca o consienta en dar –artículo 287 ter– para favorecer o para ser favorecido “en la contratación con un oferente por sobre otro”, no resultan para nada evidentes los supuestos que satisfacen tal elemento del tipo penal.

Como se podrá apreciar en este estudio, del análisis de la doctrina comparada y sus propuestas de delimitación del tipo penal en atención al objeto de protección o al modelo regulativo escogido por el legislador, se desprenden una serie de ámbitos problemáticos. Así, en primer lugar, hay quienes sostienen que tal exigencia típica obligaría a restringir el campo de aplicación de los tipos penales a los supuestos en que el soborno se utiliza para desplazar a competidores que efectivamente concurren para captar un cliente en una operación comercial, como en el caso paradigmático de una licitación donde se ha presentado más de un oferente. Por el contrario, un sector mayoritario considera que el campo de aplicación del tipo alcanza a todo supuesto de soborno donde, al menos potencialmente, podrían haber sido escogidos otros competidores que concurren en el mercado respectivo. A modo de ejemplo, cuando el soborno se utiliza para que un empleado no tome una decisión comercial a partir de una licitación, sino que mediante la contratación directa del sobornador.

En segundo lugar, a propósito de la interpretación de estos tipos penales podrían presentarse importantes diferencias respecto a la clase de relaciones comerciales que se comprendan como parte de una “situación de competencia”. En este sentido, el campo de aplicación resulta distinto si se considera que oferente solo es aquel que oferta un bien o servicio para su venta y no, por otra parte, quien ofrece –compitiendo con otros– un precio para efectos de adquirir un bien o que se le preste un servicio determinado. Además, podrían identificarse otros supuestos en que difícilmente un soborno pueda comprenderse como efectuado por alguien para ser favorecido por sobre otros oferentes, como en los casos en que el soborno se lleve a cabo por un consumidor final. En este sentido, parece fundamental clarificar el alcance que se le debe otorgar al término “oferente” para la interpretación del tipo penal chileno en forma coherente con los fundamentos del tipo penal. Por otra parte, en ordenamientos jurídicos como el alemán y el español, tal situación de competencia está restringida –por la literalidad de los preceptos– a ámbitos en los que el

⁸ HERNÁNDEZ (2019) p. 186.

⁹ COLLADO (2020) p. 828.

¹⁰ En detalle, GILI (2007) p. 20; NAVARRO (2017) pp. 264 y ss.

sobornante es empleado o agente de una empresa, lo que no ocurre en Chile, donde solo basta que se soborne a un empleado o mandatario para que en el ejercicio de sus labores favorezca la contratación de un oferente por sobre otros. De esta comparación también se podrían extraer importantes consecuencias para la diferenciación del campo de aplicación del tipo penal chileno respecto al del ámbito comparado.

Por último, tampoco resulta evidente el alcance que debe asignársele a la exigencia de que se “favorezca la contratación” de un oferente por sobre otro y las modalidades que puede adoptar tal elemento del tipo penal. Así, por ejemplo, resulta indiscutida la tipicidad de los supuestos en que se soborna para contratar con el principal o dueño del negocio a través del empleado o mandatario sobornado. Pero, por el contrario, se ha puesto en duda la tipicidad de los supuestos donde, por ejemplo, un competidor soborna a empleados o mandatarios de una empresa cuya función sea la de vender tales bienes a los consumidores. ¿Se trata de un supuesto de favorecimiento en la contratación típica?

Estos problemas no son en absoluto exclusivos de nuestra legislación, sino que son comunes a aquellos ordenamientos que han optado por la tipificación de estos delitos en una situación de competencia, como en el caso del ordenamiento jurídico penal de Alemania y España. Tales ordenamientos responden a una historia y a un contexto legislativo internacional, lo que ha condicionado su legislación de manera relevante y ha permitido que la doctrina ofrezca soluciones concretas en la interpretación de ciertos elementos o estructuras del delito con base en estos contextos.

Ante una cierta semejanza, o al menos compatibilidad literal, entre tales legislaciones y la nuestra, y ante el explícito propósito de tomarlas como referente, surge inmediatamente la posibilidad razonable de alcanzar idénticas conclusiones en los aspectos problemáticos de la tipificación, ya que se trata de preceptos que son tributarios de legislación comparada, sirviendo como referente para su establecimiento tales regulaciones europeas, las que a su vez responden a exigencias normativas comunitarias. Con todo, más que ahondar simplemente en las soluciones propuestas en el ámbito comparado, parece adecuado detenerse en los argumentos y la metodología que permitirían reforzar cada una de estas. Para tales efectos se examinará especialmente una aproximación desarrollada por la doctrina comparada y considerada también por nuestra doctrina consistente en la identificación de un modelo regulativo al cual adscriba la legislación y cuya identificación y descripción material permitiría resolver los problemas particulares que el legislador no ha resuelto con precisión y de manera explícita. Si bien diversos trabajos sobre la corrupción entre particulares se sirven de tal aproximación¹¹, especialmente cuando se trata de resolver los problemas previamente identificados y que son consustanciales a la protección de la competencia por tales tipos penales, en lo que sigue se intentará profundizar en esta metodología y obtener rendimientos concretos en la interpretación de estos delitos. Para tales efectos, a continuación se ahondará tanto en el concepto de “modelo regulativo” como en la adecuada comprensión del “modelo de la competencia”. De esta forma se podrá contar con el aparato conceptual y teórico adecuado para, al menos, detectar ciertos resguardos mínimos que se deben adoptar a la hora de interpretar este tipo penal y solucionar las divergencias ya detectadas.

¹¹ Véanse los trabajos indicados en nota 1.

II. LA APROXIMACIÓN DE LA DOCTRINA PENAL COMPARADA Y NACIONAL A LOS DELITOS DE COHECHO ENTRE PARTICULARES DESDE EL MODELO REGULATIVO

1. UTILIDAD Y CLASES DE “MODELOS REGULATIVOS” EN EL ÁMBITO DE LA CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES

Kindhäuser sostiene que “las formulaciones de los tipos penales son resultados de una específica historia del delito y no son expresión de un concepto político criminal abstracto y teleológico”, razón por la cual, en su opinión, al regular una determinada materia generalmente los tipos carecen de una estructura sistemática¹². Conforme surgen y evolucionan ocupan un lugar normativo y establecen distintos contenidos normativos que no se pueden armonizar perfectamente entre sí, al menos de *lege lata*. Pero, en opinión de Kindhäuser, no es función de la dogmática superar todas las inconsistencias legislativas sino que más bien descubrirlas y transparentarlas. Una manera de identificar estas incoherencias y quiebres sistemáticos, con el objeto de reconocer adecuadamente los tipos, consiste en fundar el análisis en un nivel supra-legislativo que permita explorar denominadores comunes mediante la identificación de “modelos regulativos”. En su trabajo “Corrupción en la economía y derecho penal – una contribución a los modelos regulativos en el derecho penal económico” Vogel ofrece un análisis teórico de esta índole. Precisamente en el ámbito de las corrupción entre particulares este autor confronta los diversos delitos con lo que denomina un “modelo regulativo” y que entiende como: “una regulación sin fisuras de orden lógico, sistemático y teleológico, es decir ideal-típica, referida a ciertos supuestos de hecho típicos” y que se pueden concebir como “tipos modelo”¹³.

Al describir la utilidad del concepto de modelo regulativo, Vogel estima como evidente el provecho que genera para la política-criminal y para lo que denomina la “asesoría científica” a la misma. Pero igualmente le asigna relevancia en el análisis dogmático de los tipos consagrados en la parte especial del ordenamiento jurídico. Vogel reconoce que actualmente la dogmática penal descansa esencialmente en el concepto de bien jurídico en su función inmanente que busca guiar la interpretación y aplicación de los delitos. Pero este autor advierte el limitado rendimiento que ofrece tal proceder, en la medida que no es capaz de abordar toda la clase de elementos típicos y se reduce solo a la determinación del objeto de la conducta y la forma de su afectación¹⁴.

En cambio, plantea Vogel, un análisis de los tipos que parta de los modelos regulativos incorpora desde un inicio todos los elementos típicos de la figura en tal cometido, ofreciendo una mirada global e integrada de los delitos. Con todo, reconoce que, con cierta frecuencia, el análisis con base en estos modelos dará por resultado la identificación de un “tipo penal híbrido” que se sustenta en varios modelos regulativos, que no son necesariamente compatibles entre ellos, tal como sería precisamente el caso, al menos para un sector

¹² KINDHÄUSER (1999) pp. 34 y ss.

¹³ VOGEL (2004) p. 398.

¹⁴ VOGEL (2004) p. 399.

de la doctrina, de la regulación alemana y de la española¹⁵ de la corrupción entre particulares vigente con anterioridad a la reforma del año 2015. Esta constatación le permite concluir que

las dificultades de interpretación y de aplicación surgen entonces de quiebres internos que solo se pueden demostrar pero no erradicar, reconocimiento que aparece como metodológicamente más sincero que el extendido procedimiento consistente en forzar una interpretación y aplicación uniforme de un tipo con quiebres internos mediante la aseveración de un determinado bien jurídico¹⁶.

Aplicando este método de análisis a la corrupción entre particulares, Vogel concibe seis modelos de regulación penal. Una primera alternativa consiste en un modelo unitario que regula de la misma forma la corrupción pública y la privada y traslada a este último campo todas las regulaciones propias del primero, identificando un denominador común en el abuso de poder en provecho propio en un contexto de intercambio ilícito de prestaciones¹⁷.

En seguida plantea un modelo laboral que pone el acento en la vulneración de deberes de lealtad propios del derecho laboral, lo cual alcanza ámbitos mayores que la conducta del empleado en perjuicio patrimonial del empleador o principal, por cuanto todo sometimiento a terceros que sustituye la subordinación al empleador lesiona la relación laboral, excluyendo, por otra parte, todas aquellas conductas realizadas con consentimiento del empleador.

A su vez, este autor reconoce un modelo de la competencia que desde el punto de vista teleológico se enfoca en los intereses económicos de los competidores y de la competencia como institución, toda vez que la corrupción cuestiona la competencia basada en el mérito o el rendimiento, aspecto que podría ser vulnerado también por el empleado de un profesional independiente o un consumidor, todos los cuales pueden ser concebidos como autores de la corrupción, no así quien actúa en mercados monopólicos. Desde luego, y a diferencia del modelo anterior, en este modelo el consentimiento del empleador no excluye la tipicidad de la conducta del empleado.

Por otra parte la corrupción entre particulares se puede analizar bajo un modelo patrimonial que abarca todos los daños patrimoniales que son causalmente y objetivamente imputables a la conducta corruptiva, sin importar si el afectado es la empresa, el competidor, el consumidor o cualquier otro tercero y, más aun, no es necesario que la lesión se verifique, mientras se identifique un peligro al menos abstracto en tal dirección. Las estructuras de *kick back*, en las cuales el soborno se incluye en la propuesta que ofrece el competidor y acepta el empleado, de modo que es soportado por la propia empresa, describen conductas paradigmáticamente patrimoniales. En cambio bajo este modelo regulativo resulta difícil sostener la protección de los competidores que no contratan, por cuanto perderían una

¹⁵ BLANCO (2015) p. 542, BERENGUER (2020) pp. 89-102.

¹⁶ VOGEL (2004) p. 398 y ss.

¹⁷ Las diversas consecuencias que Vogel extrae de cada modelo no se pueden reproducir sino mediante breves ejemplos en esta revisión.

mera expectativa de incremento patrimonial que usualmente no se concibe como perjuicio habida consideración de la libertad de contratación que se asegura en la economía privada.

En seguida es posible construir un modelo de orden tributario que plantea la posibilidad de gravar tributariamente la corrupción entre particulares y poder imponer el impuesto por vía penal, volviéndola de tal modo económicamente poco atractiva. En este modelo los ingresos obtenidos por el empleado mediante el soborno generan una obligación tributaria y los pagados por el competidor no se pueden deducir como gastos, las falsedades en uno u otro contexto, por ejemplo, bajo la forma de pagos de asesoría, constituyen declaraciones tributarias falsas y punibles.

Finalmente, es concebible un modelo contable que pone el acento en la falta de transparencia, que precisamente constituye un aspecto central del peligro que genera la corrupción como actividad soterrada. Este modelo toma en cuenta que la formación de cajas negras constituye un mecanismo frecuente para ocultar la corrupción, lo cual en primer lugar genera una alteración contable que afecta a todo quien está llamado a revisarla y basar decisiones en tales registros.

2. EL DELITO DE CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES COMO MANIFESTACIÓN DEL MODELO DE LA COMPETENCIA EN EL ÁMBITO COMPARADO Y NACIONAL

Una parte predominante de la doctrina alemana ha entendido históricamente que los delitos de corrupción entre particulares establecidos en ese país son tributarios del modelo de la competencia y, eventualmente, presentarían características propias de una legislación híbrida al dar cabida a elementos que se avienen con el modelo del principal¹⁸.

En concreto, el origen de la tipificación penal de la corrupción entre particulares se remonta a la ley de competencia desleal del año 1909. Tal ubicación daba motivo plausible para entender que todas las alternativas típicas se encontraban encardinadas a la protección de la competencia. Diversos elementos típicos sustentaban tal comprensión, como por ejemplo, la explícita exigencia de una “preferencia desleal en la competencia” al realizar la conducta típica. Con todo, durante largas décadas se sostuvieron en la literatura posiciones divergentes porque se sostenía igualmente la protección de intereses, primordialmente patrimoniales, del empleador. Ello era posible a partir de cierta ambigüedad de la regulación, especialmente respecto de la función que cumplía el empleador en la punibilidad de la conducta de corrupción. Si el legislador había decidido claramente excluirlo del ámbito de los potenciales autores del delito, tal opción se podía explicar como necesaria consecuencia de su consideración como potencial sujeto protegido por el mismo, en sede de un modelo del principal¹⁹⁻²⁰.

¹⁸ Con detalle JANSEN (2020) pp. 309 y ss.

¹⁹ Desde luego, a ello se oponía una segunda explicación que favorecía la exclusiva consideración del modelo de la competencia, según la cual el empleador debía ser excluido, porque su decisión en favor de un competidor en un contexto del otorgamiento de beneficios, en favor del empleado o de él mismo, derechamente no afectaba intereses competitivos de nadie, radicando en esta circunstancia su exclusión del círculo de autores.

²⁰ Esta discusión dio lugar a múltiples comentarios respecto del célebre caso de los corchos (fallado por el Tribunal Supremo del Reich alemán en 1914, RGSt 48, pp. 291 y ss.) en el cual el tribunal supremo alemán sancionó a empleados de un restorán que aceptaban beneficios económicos de un proveedor de bebidas espuman-

Luego de la incorporación de los tipos en el Código Penal en el año 1997²¹, que solo pretendía un ajuste sistemático junto con ciertas innovaciones de contenido menores y aislados, se alcanzó, mediante la reforma del año 2015, la configuración actual de los delitos de corrupción entre particulares en la legislación alemana. Esta reforma tuvo por propósito separar dos modalidades de corrupción entre particulares: Mientras en el inciso primero el primer numeral regula la preferencia desleal en la competencia, condicionada por un beneficio, en el segundo numeral del mismo inciso se regula la infracción de deberes respecto del principal, condicionada por un beneficio sin el consentimiento de la empresa²². La primera modalidad sería tributaria del llamado modelo de la competencia, mientras que el segundo lo sería del modelo del principal, superando de esa manera la discusión acerca de la consagración de un modelo eventualmente híbrido en esta legislación²³.

A diferencia del ámbito alemán, en España esta figura no tenía consagración en el ordenamiento jurídico en forma previa a su criminalización el año 2010, por lo que, como reconoce cierta doctrina, el análisis de este tipo penal se llevó en condiciones muy diversas a las de Alemania, en el entendido de que existía una escasa tradición jurídica en lo que respecta tanto a esta forma delictiva como a la protección de la competencia²⁴. Pese a que el legislador expresamente vinculó su tipificación a la protección de esta institución²⁵, un sector significativo de la doctrina puso en duda la efectividad de tal decisión en la medida que del tenor literal –de la época– surgirían una serie de dificultades para afirmar lo anterior²⁶.

Por lo mismo, es posible detectar una amplia divergencia respecto al objeto de protección. Si bien es cierto que un sector mayoritario ha asumido que lo que se protege es la competencia leal, se ha manifestado, por otro sector de la doctrina, algún grado de desconfianza respecto a la protección de la competencia como institución, por lo que resulta habitual encontrarse con “propuestas restrictivas” a través de la identificación de una serie de intereses diversos que debieran al menos ponerse en peligro para afirmar la tipicidad de la conducta²⁷. Así, por ejemplo, considerando que la protección de la competencia debe leerse en clave de protección de intereses patrimoniales de los intervinientes, o la postura

tes para favorecerlo en la venta a clientes por sobre otros oferentes de tal producto, con la expresa aprobación del empleador. En este contexto se debatía si tal decisión en favor de la punibilidad del llamado cohecho al descubierto (el empleador otorgando el consentimiento en un cohecho del empleado) era correcta, lo que dependía a la adscripción al modelo de regulación exclusivo de la competencia o también del empleador.

²¹ Mediante la ley de combate de la corrupción de 13 de agosto de 1997.

²² En el inciso 2 del mismo parágrafo se sancionan las conductas espejo que realiza el sobornante.

²³ Por cierto, tal diferenciación no ha puesto término a las discusiones, ya que una parte relevante de la doctrina, reconociendo la consagración explícita de una figura tributaria del modelo del principal, entiende que este tipo protege intereses competitivos y no patrimoniales, acercando considerablemente la figura al tipo penal propio del modelo de competencia. Véase en este sentido solamente KUBICIEL (2016), *passim*.

²⁴ FERNÁNDEZ (2017) p. 213; BERENGUER (2021) p. 81.

²⁵ Al respecto, BLANCO (2015) p. 451, con especial referencia al Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010 y con posterioridad, al Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015. Ver también, GILI (2007) pp. 5-6 y ss., respecto a la influencia de la Decisión Marco 2003/568/JAI de 22 de julio.

²⁶ Expresamente PUENTE (2015) p. 916.

²⁷ FERNÁNDEZ (2017) p. 214. Ver ESTRADA (2020) p. 554; GILI (2007) que asume también que la protección de la competencia debe ser comprendida en sede de protección de intereses económicos de competidores individualizables.

que concluye que debido a que el titular o dueño del negocio no está contemplado dentro del círculo de autores, el modelo regulativo escogido sería uno “híbrido” por lo que también se protegerían los intereses de este. Tal opinión se vio reforzada, en su momento, por la exigencia típica expresa de una “infracción de deberes” por parte del sujeto sobornado respecto al empleador, la que fue definitivamente eliminada, en España, en el año 2015. Por lo anterior, se ha indicado que desde el punto de vista de la estructura del tipo penal, ya no habrían inconvenientes para su calificación como una manifestación del modelo de la competencia²⁸.

Considerando que el tenor literal de los tipos nacionales se asemejan al tipo penal español y a la variante delictiva que en la legislación alemana se entiende como tributaria del modelo regulativo de la competencia, pareciera razonable asumir que el legislador quiso seguir este modelo y que efectivamente lo plasmó en el Código Penal. Si tal fuese el caso, pareciera *a priori* razonable observar los problemas que se han presentado en ambas legislaciones en lo que respecta a la comprensión del modelo de la competencia, en la medida que estos podrían también presentarse a propósito de la interpretación del tipo penal chileno. De esta forma, además, se podrán tomar una serie de resguardos a la hora de ofrecer soluciones a los problemas que pudieren detectarse.

Con todo, conviene aclarar que en lo que sigue se pretende aplicar los criterios desarrollados por la doctrina comparada respecto del modelo de la competencia no solo por semejanza literal con la legislación nacional. Adicionalmente cabe invocar en favor de la aplicación de este modelo la siguiente consideración de orden sistemático que atañe a nuestra legislación y que permite afirmar que, desde esta perspectiva, no es de recibo una comprensión patrimonialista propio del modelo regulativo del principal. La tipificación de la corrupción describe una acción que busca *generar una decisión* de orden contractual (“ofrecer”, “aceptar dar” y “dar”) que es lógica y cronológicamente anterior a tal decisión, por lo que no cabe duda que respecto de cualquier interés material involucrado, tal decisión solo representa un *peligro*. Este delito además tipifica una acción que expresa un *compromiso* respecto de la futura decisión de orden contractual (“aceptar” o “solicitar”), respecto de la cual la estructura descrita no varía²⁹. De lo anterior se sigue que cualquier interpretación que entienda como bien jurídico protegido por el delito de corrupción entre particulares el patrimonio que se involucra en la relación contractual, solo puede identificar un delito de peligro, ya sea del patrimonio del principal o de cualquier otro involucrado. En teoría tal estructura es posible, sin embargo, nuestro ordenamiento penal protege el bien jurídico patrimonio básicamente respecto de conductas lesivas, exigiendo el resultado de un perjuicio a la víctima. En tal sentido la corrupción entre particulares, entendida como un modelo de

²⁸ BLANCO (2015) p. 542. En contra, considerándolo aún un delito pluriofensivo BOLEA (2016) p. 110; GARCÍA (2015) p. 569.

²⁹ En este esquema la corrupción entre particulares “subsiguiente” –es decir, “por” haber favorecido– representa una anomalía, salvo que se entienda como un incentivo indirecto a futuras conductas que son lesivas a intereses individuales de orden material. Pero también esta aproximación no puede sino, y con mayor razón incluso, describir únicamente un peligro respecto de una futura lesión de tal interés.

protección patrimonial, constituye un cuerpo extraño en el ordenamiento,³⁰ que amerita una ulterior justificación³¹.

Asimismo se debe considerar que respecto de quienes no logran contratar (competidores) se frustra una expectativa que no se encuentra asegurada jurídicamente en cuanto a una futura incorporación del correspondiente incremento patrimonial. De tal suerte, no se puede entender como una puesta en peligro del patrimonio del competidor³² en los términos exigidos por la doctrina en otros contextos patrimoniales³³. También en este sentido el delito entendido como modelo de protección patrimonial se aparta de la comprensión que tiene nuestra doctrina de esta clase de delitos.

En cambio, la corrupción entendida a partir del modelo de la competencia se enfrenta a consideraciones distintas. Por un lado es posible sostener que desde esta perspectiva la corrupción entre particulares describe una estructura de lesión³⁴, pero, por otro lado, la consideración de una estructura de peligro, tal como lo sostiene una posición mayoritaria³⁵, no contradice claras decisiones sistemáticas del legislador nacional, como ocurriría con una comprensión patrimonialista.

En efecto, si bien el legislador nacional parece reticente a la protección penal de la competencia, cuando toma la decisión de establecer una figura penal recurre a una estructura de peligro abstracto, como ocurre con el delito de colusión del artículo 62 del DL 211, que sanciona conductas previas a la celebración del acuerdo o su ejecución (“ordene celebrar” u “organice un acuerdo”) prescindiendo incluso, al menos de manera expresa, de la cláusula de idoneidad que acompaña la conducta sancionada en la regulación extrapenal del artículo 3° (“que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos”). De tal suerte, los delitos de corrupción entre particulares entendidos como figuras de peligro abstracto contra ciertos intereses competitivos, no representan cuerpos extraños en la protección de la competencia.

En nuestro medio, Collado incluso ha planteado una interpretación de los delitos de corrupción entre particulares como atentados en contra de la *libre* competencia, reduciendo su alcance solo al ámbito del abuso de posición dominante y negando el carácter

³⁰ Si se entiende que la corrupción entre particulares es usualmente la antesala de la administración desleal, entonces este delito estaría flanqueado penalmente por una figura de peligro que no se consagra respecto de los demás delitos clásicos contra el patrimonio, especialmente la estafa.

³¹ Tal justificación, por cierto, se puede encontrar en la especial gravedad de la forma de ataque que representa la corrupción, pero si tal gravedad se identifica con la vulneración de las reglas de la competencia o la distorsión del proceso de los negocios, resulta claro que no se apunta a una lesión de intereses patrimoniales de ningún sujeto involucrado y, más bien, se busca explicar la afectación de la competencia como tal.

³² Las figuras de peligro no deben mermar el patrimonio, pero deben describir una conducta que conceptualmente puede generar tal efecto, lo que no se corresponde con la posibilidad de frustrar su incremento.

³³ Véase sólo ETCHEBERRY (1997) p. 401; POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ (2004) p. 439.

³⁴ Así TIEDEMANN (2006) nm. 200, cuando se refiere al bien jurídico institucional de la competencia; en contra DANNECKER (2017) nm. 21, entendiendo que el delito también sanciona situaciones de competencia sólo aparentes y que, por tal razón, también abarca situaciones no lesivas.

³⁵ Por muchos, en el sentido de un peligro abstracto, DANNECKER (2017) nm. 21, con numerosas ulteriores referencias.

de delito de competencia *desleal*³⁶. Sin adscribir necesariamente a esta fuerte restricción interpretativa, esta posición se corresponde con las consideraciones sistemáticas planteadas, ya que no solo reafirma la compatibilidad con la protección de la competencia en sentido lato, sino que rechaza expresamente la concepción patrimonialista por razones sistemáticas similares a las que aquí se sostienen³⁷.

III. DIVERGENCIAS RELATIVAS A LA COMPRESIÓN DE LA COMPETENCIA COMO BIEN JURÍDICO A PROPÓSITO DEL "MODELO REGULATIVO"

Tanto la postura anteriormente descrita, que advierte en la corrupción entre particulares un delito contra la libre competencia, como asimismo cierta tendencia a interpretar este delito como una forma de protección de los intereses patrimoniales de los competidores, permite advertir que, con base en el mismo modelo regulativo, surgen importantes diferencias en la comprensión del contenido y alcance de este.

En efecto, la doctrina alemana anteriormente descrita no solo plantea que el modelo busca proteger la competencia leal, sino que adicionalmente un ámbito relevante de la literatura refiere tal protección a intereses colectivos o institucionales. Incluso las posiciones que favorecen la protección de intereses individuales del competidor, de manera generalizada, no le reconocen contenido patrimonial, sino que igualmente competitivo, expresado como igualdad de chances³⁸.

Sin embargo, la disparidad de pareceres es aun mayor, porque, en lo que se podría entender como posiciones decrecientemente minoritarias, se plantea también la protección de los intereses patrimoniales del principal, de los consumidores, los intereses patrimoniales de la colectividad (respecto del encarecimiento de los precios) y, como planteamientos ya claramente aislados, la protección del carácter no comprable de decisiones transferidas o que atañen especialmente a terceros, como asimismo la correspondiente confianza general en tal actividad³⁹.

Una mención separada requieren los planteamientos que postulan la protección paralela o secundaria de dos intervinientes en el proceso competitivo. En cuanto a los intereses del principal, tal como indicamos, desde la reforma del año 2015 en Alemania ya no se cuestiona su protección autónoma, pero sí se advierten discrepancias respecto del específico interés protegido, planteándose la protección de sus intereses patrimoniales o de aquellos de carácter competitivo⁴⁰.

En cuanto a los intereses de los consumidores, si bien es usual que se niegue autonomía a la protección de sus intereses patrimoniales, en la medida que se trataría de expectati-

³⁶ COLLADO (2020) pp. 827 y ss.; en contra de esta interpretación HERNÁNDEZ (2019) p. 187.

³⁷ COLLADO (2020) pp. 829 y ss.

³⁸ Cuando se reconoce tanto la protección de intereses colectivos e individuales, en ocasiones la protección de los intereses de los competidores se entiende como una de orden secundario respecto de la protección institucional y, en otras exposiciones, se les asigna una función equivalente. Véase con detalle WALTHER (2011) pp. 59 y ss.

³⁹ PRAGAL (2006) pp. 151 y ss.

⁴⁰ KUBICIEL (2014) *passim*; DANNECKER y SCHRÖDER (2015) p. 49.

vas que no forman parte de los mismos, se reconoce su rol fundamental en la construcción del interés colectivo en una competencia sometida a reglas de lealtad. De acuerdo con esta posición, la autodeterminación económica del consumidor significa no solo libertad personal, sino que abarca, asimismo, la configuración activa de las consecuencias económicas y sociales generales por medio del mercado, lo que se designa como una función de “árbitro”⁴¹.

En definitiva, se puede afirmar que el planteamiento predominante en la doctrina alemana sostiene que los delitos de corrupción entre particulares protegen la competencia desleal como interés colectivo e institucional y que la protección de los intereses del empleador quedan relegados a la nueva figura propia del modelo de principal. Tal tendencia también se refleja en el ámbito español, donde un sector predominante de la doctrina ha reconocido que, luego de la modificación del tipo penal en el año 2015, el legislador se ha decantado por un modelo *puro* de la competencia.

El panorama descrito da cuenta de un uso abundante de conceptos para designar el o los bienes jurídicos protegidos por la corrupción entre particulares, lo que permite dudar de la utilidad de tales disputas doctrinarias, más aun, de la efectiva necesidad de diferenciar en tales extremos. Más aun, tal dispersión de conceptos solo permite generar una disputa con sentido si se pueden reconducir a alguna base común sobre la cual descansen todos ellos y que permita compararlos. Ello exige conceptualizar qué se entiende materialmente por el modelo regulativo de la competencia, es decir, determinar qué significa orientar la sanción de la corrupción hacia la protección de la competencia. Solo aclarando esto se podrán obtener rendimientos seguros en la interpretación de elementos de los tipos nacionales con base en este modelo.

Si bien la descripción de las características que se asignan a cada ámbito de la regulación de la competencia está fuertemente condicionada por la teoría económica que se adopte en cuanto a la función que se le asigne a esta institución⁴², es posible advertir, de todos modos, cierto consenso en torno a algunos principios básicos.

Así Jansen sostiene que la competencia opera en favor de dos objetivos principales, por un lado la eficiencia económica y, por otro lado, la libertad económica. El primer objetivo busca satisfacer primordialmente intereses colectivos o de la economía en su conjunto, ya que las actividades económicas eficientes logran una producción eficiente y con ello una asignación eficiente de los recursos. Los ingresos se definen de acuerdo con parámetros de eficiencia y generan un proceso de selección que, a su vez, fuerza la búsqueda de resultados eficientes y con ello la necesaria innovación para resistir el proceso de selección⁴³.

Por otro lado, la libertad económica representa un objetivo superior, un fin en sí mismo. Cuando la competencia se desarrolla como un juego libre bajo reglas de *fair play*, permite ejercer la libertad económica y, en definitiva, se generan por sí solo los resultados competitivos. Jansen destaca que entonces la competencia ya no se considera un instru-

⁴¹ Véase solamente JANSEN (2020) pp. 132 y ss., la cual enfatiza que los intereses económicos de los consumidores y la protección de la competencia suelen ir en la misma dirección y pueden considerarse “aliados naturales”.

⁴² Con detalle en SCHÜNEMANN y PEIFER (2020a) nm. 37 y ss.

⁴³ JANSEN (2020) p. 53.

mento sino que un valor en sí mismo, que se debe fomentar para alcanzar la eficiencia, libertad y prosperidad⁴⁴.

El principio de la eficiencia supone la conveniencia de que en la competencia todos los comportamientos económicos favorezcan la alternativa en esta medida más meritosa. Es lo que se ha denominado en la doctrina alemana como el “principio del rendimiento”⁴⁵. Sin embargo, este principio se debe poner en relación con la fundamental libertad económica en los términos expuestos por Jansen, la cual destaca como premisa básica que el individuo puede definir autónomamente sus preferencias, por lo que concretan el principio del rendimiento mediante el ejercicio de la libertad de elección en un contexto de competencia. Añade a esta consideración la circunstancia que rara vez existe un producto o servicio que sea claramente la mejor y más favorable oferta en todos los aspectos, para luego constatar que en este escenario la definición del principio del rendimiento se decide en el mercado, a través de las decisiones autónomas de sus actores. Lo anterior permite hablar de una *subjetivización* del principio del rendimiento⁴⁶.

La conveniencia de favorecer, mediante la competencia, la eficiencia y la libertad económica, reunidas en el principio del rendimiento subjetivizado de tal forma, se enfrenta, sin embargo, a ciertas fricciones que surgen de la posibilidad de abusar de esta libertad de competencia para perjudicar a otros. La posibilidad de restringir de ese modo la competencia devela una “tendencia autodestructiva” de la misma. En este sentido Jansen reconoce que tal tendencia es inherente a la competencia, por cuanto los actores tratan de eludir la competencia utilizando su libertad competitiva para mitigar o eliminar la presión competitiva. Si bien ello se aplica a un concepto de competencia general, esta autora especifica que en el caso de la competencia desleal la distorsión de la misma consiste en influir la decisión de elección del consumidor para obtener una ventaja que no se tendría en una competencia leal basada en el principio del rendimiento⁴⁷.

Debido a esta tendencia autodestructiva, es necesario restringir la libertad de competencia. Por lo tanto, la competencia también se concibe de manera normativa, ya que debe ser protegida, en particular mediante prohibiciones, para perdurar o funcionar. Como señala Jansen: “En resumen, se deduce que el principio de rendimiento se concreta en la libertad de competencia, que, sin embargo, debe ser restringida debido a la tendencia inherente de la competencia a la autodestrucción”⁴⁸.

La regulación jurídica de la libertad de competencia recién descrita se lleva a cabo usualmente y particularmente en los ordenamientos jurídicos incluidos en el presente análisis, de manera dual, a saber, la libre competencia, por un lado, y la competencia leal, por el otro.

⁴⁴ JANSSEN (2020) p. 53.

⁴⁵ La expresión que se utiliza en los textos alemanes es el de “Leistung” cuyo uso común designa el “rendimiento” y en un contexto jurídico se refiere a la “prestación”, lo que apunta en este contexto al mérito de una oferta. Por ello también se podría hablar del principio del mérito al designar este principio.

⁴⁶ JANSSEN (2020) p. 64.

⁴⁷ JANSSEN (2020) p. 77.

⁴⁸ JANSSEN (2020) p. 77.

Una comprensión clásica y generalizada sostiene que estos órdenes normativos persiguen fines distintos, por cuanto la libre competencia pretende asegurar “que” exista competencia, mientras que la competencia leal busca regular “cómo” esta se desarrolla. De ahí surgiría una normativa que protege intereses de orden público y que asegura una institución propia de la economía de mercado, en el primer caso, y en cierta medida “debajo” de esta normativa, una que protege intereses de orden privado, de carácter individual y carente de una componente supraindividual, en el segundo caso⁴⁹. En nuestro ordenamiento jurídico ello se expresaría con claridad en el artículo 1 de la ley 20.169 que solo contempla la “protección de competidores, consumidores y, en general, a cualquier persona afectada en sus intereses legítimos”.

Concordante con esta aproximación, la corrupción entre particulares podría comprenderse como un ilícito que afectaría a los competidores, sosteniendo parte de la literatura que tal afectación se concreta en su posición competitiva⁵⁰, mientras que otra posición refiere a la afectación a su patrimonio⁵¹.

En cambio, en la doctrina comparada se matiza crecientemente esta separación tajante, afirmando que existen importantes ámbitos de encuentro conceptual entre ambos ordenamientos. En tal sentido, la doctrina alemana desde hace un tiempo a esta parte sostiene que la regulación de la libre competencia, mediante la ley contra las restricciones a la competencia (GWB), también protege en parte la libertad de los competidores y los consumidores y la ley contra la competencia desleal (UWG) además protege la competencia como institución⁵². En nuestro medio Menchaca, concordando con esta comprensión, afirma que “en la actualidad los límites entre ambas disciplinas del derecho de la competencia se hacen cada vez más difusos, haciéndose más evidente que tiene un objetivo común”, añadiendo que “la más reciente doctrina en materia de competencia desleal reconoce la estrecha vinculación existente entre la protección de las empresas competidoras, la protección del consumidor final y la del interés general”⁵³.

Cabe consignar que, a diferencia de la ley 20.169 que regula la competencia desleal en Chile, la ley de competencia desleal alemana desde su completa reforma en el año 2005 fija en el artículo 1 el alcance tanto individual como supraindividual de sus regulaciones mediante la llamada “triada de protección”: “la protección de los competidores, de los consumidores y consumidoras, como asimismo de los demás partícipes del mercado”, agregando finalmente “la protección de los intereses generales en una competencia no distorsionada”.

En el panorama bastante disperso en la doctrina alemana respecto de la definición del bien jurídico protegido por el delito de corrupción entre particulares que hemos des-

⁴⁹ Representativo de esta aproximación en nuestro medio, TAPIA (2007) pp. 87 y ss.

⁵⁰ HERNÁNDEZ (2019) p. 188.

⁵¹ Aparentemente en España, ESTRADA (2020) p. 554. En nuestro medio COLLADO (2020) p. 836, sostiene que en el evento de comprender la corrupción entre particulares como un ilícito de competencia desleal, necesariamente se trataría de afectación del patrimonio del competidor por la fundamentación privatista de esta ley, planteando la necesidad de restringir, sin embargo, estos delitos a la afectación de intereses colectivos propios de la libre competencia.

⁵² Por muchos, SCHÜNEMANN y PEIFER (2020a) nm. 34 y ss. y SCHÜNEMANN y PEIFER (2020b) nm. 28 y ss.

⁵³ MENCHACA (2007) p. 33.

crita, no se niega, en todo caso, que la corrupción entre particulares es una manifestación nítida de conductas de competencia desleal y no se advierte ningún problema para considerar que los delitos de corrupción afectan la competencia leal en tanto interés colectivo o institucional.

Al menos desde la perspectiva de un modelo regulativo de la competencia y su correcta comprensión resulta de mayor utilidad entender que la corrupción afecta el *funcionamiento de la competencia*, por cierto, en un aspecto específico. Este ha sido descrito por Koepsel⁵⁴, en concordancia con la breve descripción de la competencia ofrecida anteriormente, bajo “el principio del rendimiento subjetivado” que opera en el sistema de competencia como “medida para las decisiones en operaciones de adquisiciones”. Tal caracterización ha recibido creciente apoyo en la doctrina y ha sido desarrollada recientemente por Jansen en su trabajo de habilitación⁵⁵, la que resalta precisamente que la comisión del delito pone en entredicho la libre materialización de este principio por lo intervinientes en la competencia.

De tal suerte, si el legislador busca proteger la competencia de conductas corruptas, luego de identificar el aspecto que tales conductas afectan en relación con el funcionamiento de la competencia, por ejemplo el referido “principio de rendimiento subjetivado”, no se advierten razones estructurales para condicionar el alcance de tal protección a un cuerpo legal específico, como es la ley de competencia desleal, ni a los intereses particulares que en este contexto se protegen.

La caracterización del modelo regulativo de la competencia permite a continuación adentrarse y avanzar en la interpretación de los alcances posibles de las figuras típicas consagradas en los artículos 287 bis y 287 ter. Con todo, se debe tener presente que la interpretación de los tipos no se puede agotar en la confrontación con el modelo de la competencia por al menos las siguientes razones. Según se ha indicado, los modelos regulativos constituyen constructos ideales y abstractos cuyo rendimiento permite describir ciertos resguardos que se deben adoptar al interpretar una figura concreta como tributaria de ciertos modelos. Asimismo, el modelo regulativo encasilla el tipo en un ámbito teórico y permite destacar eventuales contradicciones o inconsistencias de la regulación concreta respecto de este marco, y que podrían obligar a reconocer una tipificación de carácter híbrido, para cuya comprensión pasaría a ser necesario recurrir a otros criterios adicionales.

IV. CONSECUENCIAS PARA LA DELIMITACIÓN DE LA “SITUACIÓN DE COMPETENCIA” TÍPICA ASOCIADAS A LAS DIVERGENCIAS SOBRE EL MODELO DE LA COMPETENCIA Y RESGUARDOS PARA SU SOLUCIÓN

Es importante advertir, en primer lugar, que uno de los aspectos que tienen en común modelos como el alemán⁵⁶, el español y el chileno, es que del tenor literal se desprende que se restringe la tipicidad del soborno entre privados a aquellos supuestos que se dan

⁵⁴ KOEPEL (2006) pp. 99 y ss.

⁵⁵ JANSEN (2020) pp. 320 y ss., con amplias referencias a la doctrina alemana que apoya esta conceptualización.

⁵⁶ Al menos la variante del modelo de la competencia ya descrita.

en el marco de relaciones comerciales desarrolladas en “situación de competencia”, es decir, a los beneficios ilícitos que se solicitan o aceptan para favorecer a un oferente por sobre otro –en Chile–, para favorecer a otro de forma desleal en la competencia –en Alemania–, o para favorecer a otro en la adquisición o venta de mercaderías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales –en España–. Sin embargo, en forma coincidente con la comprensión que se tenga respecto a la protección de la competencia se ha problematizado cómo debe ser interpretado tal elemento y las consecuencias que derivan de este para la delimitación de la conducta típica.

Al menos del análisis de la literatura especializada en este tipo penal en los ordenamientos observados se desprenden eventuales divergencias en aspectos sumamente relevantes para la delimitación del campo de aplicación del tipo penal. Tales diferencias están asociadas, en primer lugar, a la comprensión de tal situación como una de “competencia efectiva”, donde el soborno necesariamente debe desplazar a competidores en concreto que luchaban por un cliente, o como “competencia potencial”, esto es, donde el soborno al menos impide que otros oferentes –efectivamente existentes– en el mercado respectivo puedan competir por el cliente en particular.

En segundo lugar, no resulta evidente la clase de interacciones comerciales que se entienden realizadas en situación de competencia típica y, por tanto, si eventualmente deben ser excluidos ciertos supuestos de soborno –como, por ejemplo, los ofrecidos por consumidores finales– por no cumplir tal exigencia típica. Por último, constatada la posibilidad de que intervengan consumidores finales –no como sobornantes, sino como sujetos a los cuales se les ofrecen productos por parte de sujetos que han sido sobornados por competidores–, se han planteado serias dudas respecto al rol que cumplen los consumidores en tales supuestos. Vale decir, si en esta situación de competencia juegan el rol de eventuales perjudicados y, por tanto, se debe valorar la conducta en atención a su potencialidad para afectar sus intereses o si, más bien, deben ser entendidos como meros “jueces” de un proceso competitivo cuya labor no debe ser obstaculizada deslealmente por parte de los competidores.

1. DIVERGENCIA RESPECTO A LA “SITUACIÓN DE COMPETENCIA” TÍPICA: ¿COMPETENCIA POTENCIAL O EFECTIVA?

Del tenor literal de las disposiciones analizadas se desprende sin lugar a dudas que el soborno, en la corrupción entre particulares, es una herramienta para desplazar a competidores. Así, por ejemplo, García ha sostenido que “favorecer a quien soborna significa causar un correlativo perjuicio a otros. Esto significa que el tipo parte de situaciones de competencia efectiva en las que la corrupción se usa para desplazar a un competidor”⁵⁷. Por ende, para este autor, quedan excluidos del tipo penal “los sobornos a empleados no potencialmente perjudiciales para otros competidores, como los que puedan producirse en contextos de ausencia de competencia efectiva...”⁵⁸. Con todo, las consecuencias asociadas a tal afirmación no resultan en absoluto evidentes. Se podría llegar a pensar –en forma errónea– que tal desplazamiento se debe producir al momento del soborno, por lo que la

⁵⁷ GARCÍA (2015) p. 566.

⁵⁸ GARCÍA (2015) p. 566. Ver también NIETO (2018) p. 439; BLANCO (2015) p. 542.

exigencia de “competencia efectiva” supone restringir el campo de aplicación del tipo a sobornos en casos como el de una licitación donde efectivamente se haya presentado más de una oferta⁵⁹. Tal aproximación solo sería correcta si se asume que un modelo de la competencia protege los intereses de tales competidores en específico, como parece insinuarlo un sector minoritario de la doctrina española⁶⁰. En Chile, se ha defendido una solución similar –aunque sobre la base de la comprensión de este delito como una forma de protección de la libre competencia– asumiendo la exigencia típica de una distorsión de situaciones reales de competencia. Es decir, el tipo se aplicaría a las actuaciones desleales cometidas por sujetos en posición dominante o aquellas efectuadas en procesos formales de licitación⁶¹.

Por otra parte, un sector mayoritario de la doctrina alemana y española concuerdan en que basta con que el soborno se dé en situaciones de “competencia potencial”⁶², es decir, en el que este ocurra en negocios que usualmente se desarrollen en el marco de la competencia por lo que el empleado o mandatario pudo haber escogido en atención al mérito económico de diversos oferentes, sin ser relevante para el tipo que al momento del soborno pueda identificarse a más de un competidor que efectivamente estén en una situación de competencia respecto a un negocio en concreto⁶³.

Como se puede observar, una eventual fuente de problemas interpretativos del tipo penal viene dada por la comprensión adecuada de esta “situación de competencia” que es propia de este modelo regulativo. Como se podrá apreciar a continuación, será la propia estructura del tipo penal la que reforzará la postura representada por la doctrina mayoritaria y que, por lo demás, resulta coherente con la protección de la competencia leal como interés institucional.

Para resolver este primer ámbito de consecuencias para la delimitación de la conducta típica se deben tener en cuenta importantes cuestiones terminológicas. No siempre se quiere decir lo mismo cuando se sostiene la exigencia de competencia efectiva o potencial⁶⁴. Para evitar malentendidos se deben considerar tres situaciones diversas: a) los supuestos de soborno efectuados en ámbitos de concurrencia de competidores en la relación comercial concreta –como una licitación, o cuando se toma una decisión entre tres cotizaciones distintas en la elección de un proveedor concreto–, b) aquellos llevados a cabo en ámbitos de presencia actual de competencia potencial en el mercado del que se trate, pero en los cuales, a diferencia de la situación anterior, el empleado o mandatario no se ve enfrentado a la disyuntiva de elegir entre distintos competidores al desarrollar la intención de contratar, justamente en razón del soborno y, por último, c) aquellos donde a lo más se puede pro-

⁵⁹ Se debe considerar que en España se suelen ofrecer interpretaciones restrictivas de este tipo penal, pero que parten de la exigencia de afectación de intereses del principal. Así, FERNÁNDEZ (2017) y BOLEA (2018) p. 31. Al no responder a consideraciones propias de un modelo de la competencia, no serán abordadas estas propuestas interpretativas.

⁶⁰ En este sentido, ESTRADA (2020) p. 555. También, MARTÍNEZ (2015) p. 352. En sentido crítico y con más referencias respecto al ámbito español, BERENGUER (2020) pp. 93-94.

⁶¹ COLLADO (2020) pp. 846-848.

⁶² Por todos, BERENGUER (2020) p. 176 y ENCINAR (2016) p. 337.

⁶³ Ver, DANNECKER (2017) nm. 68-69, con más referencias respecto al ámbito alemán.

⁶⁴ Ver, GILI (2017) p. 82.

nosticar competencia potencial en abstracto, entendida como la posibilidad de que futuros competidores ingresen al mercado respectivo.

Lo que no se ha puesto en duda es que el primer grupo de casos, esto es los supuestos de concurrencia de competidores efectiva en la relación comercial concreta, satisfacen la exigencia típica. Al mismo tiempo, parece evidente que un soborno dado en un contexto donde a lo más se puede pronosticar situación de competencia potencial –en abstracto– no puede ser considerada como un supuesto típico⁶⁵. Más bien, las divergencias se producen respecto al tratamiento de los casos de soborno en ámbitos de presencia actual de competencia potencial en el mercado respectivo. Un supuesto habitual es el del soborno para que se contrate directamente a un proveedor –lo que se puede efectuar incluso en forma permanente en el tiempo– por lo que ni siquiera se consideran, por quien debe adoptar una decisión de contratación, competidores que actualmente podrían haber obtenido el negocio por presentar condiciones similares o mejores a quien soborna. Como se ha venido diciendo, para un sector minoritario, tales supuestos debieran considerarse atípicos.

Con todo, tal solución resulta incorrecta por varias razones. En primer lugar, porque la literalidad del precepto no restringe la tipicidad a los supuestos de “concurrencia de competidores en la relación comercial concreta”, ya que “oferente” –para el caso chileno, por ejemplo–, puede ser entendido como cualquiera que, en el mercado respectivo, ofrezca un producto o servicio en particular⁶⁶. Es decir, del tenor literal solo se deriva la necesidad de competencia potencial en un mercado en concreto, esto es, que existan otros oferentes que puedan ser marginados debido al soborno. De acá se sigue que solo resultarían excluidos los supuestos de proveedor único, salvo que tal posición se origine a través del soborno⁶⁷. En efecto, si bien se reconoce que la posición monopólica no enfrenta en principio una situación de competencia, más bien constituye la situación opuesta, se reconoce cómo típica la conducta que busca eliminar la competencia potencial y futura en este contexto⁶⁸, porque se trataría de una situación “objetivamente idónea para generar detrimento a competidores”⁶⁹.

En segundo lugar, si se observa la estructura de la conducta prohibida –caracterizada por ser un delito de mera actividad y de peligro– tampoco resulta correcto restringir el campo de aplicación a estos supuestos, ya que, al menos como está regulado en la actualidad, se satisface con la solicitud u ofrecimiento de un beneficio ilícito “para” ser favorecido en una situación de competencia. De acá se sigue necesariamente que desde un punto de vista temporal ambos momentos –el del soborno y el del favorecimiento posterior– pueden ser evidentemente diferenciados y que el momento típicamente relevante es únicamente el de la solicitud u ofrecimiento, ya que incluso el de la preferencia es meramente potencial⁷⁰, por tanto, solo resulta una exigencia típica que pueda llegar a realizarse. Al menos en Ale-

⁶⁵ JANSEN (2020) p. 365.

⁶⁶ Sin perjuicio de las reflexiones que se hagan más adelante respecto al alcance del término “oferente” y el rol que debe cumplir en la competencia para su inclusión en el tipo penal.

⁶⁷ DANNECKER (2017) nm. 68.

⁶⁸ Por muchos, TIEDEMANN (2007) nm. 37.

⁶⁹ DANNECKER (2017) nm. 71.

⁷⁰ Salvo, obviamente, en la modalidad de corrupción privada “subsiguiente” que contempla, a diferencia del Código penal alemán y español, el Código penal chileno.

mania se ha reconocido que el delito contempla una componente temporal en virtud de la cual la conducta típica se lleva a cabo en un momento previo al de la decisión de contratación, por lo cual no es necesario que el oferente desplace efectivamente a otro y que el empleado o mandatario enfrente una disyuntiva actual al momento de la realización típica⁷¹. La consumación del delito tampoco exige que un tercero –distinto al sobornante– exprese asimismo su intención de contratar⁷².

Por tanto, al momento del soborno no tiene por qué exigirse competencia efectiva sino solo aquella que podría resultar desvirtuada al momento de la preferencia. Representativo de la doctrina dominante es el aserto de Mommsen y Laudien: “es requisito, que el comportamiento *pueda* generar una desventaja de un competidor disponible”⁷³ o, como señala Dannecker: “Basta con que, en el momento del acuerdo ilícito, la competencia sea *posible* en el mercado en el que va a tener lugar el trato preferente y que *sea de esperar* que haya competidores debido a las circunstancias”⁷⁴.

Por otra parte, resulta fundamental considerar que el soborno en situaciones de presencia actual de competencia potencial satisface los requisitos asociados a la potencialidad de la conducta para poner en entredicho el interés tutelado. En este sentido, la solución mayoritaria resulta absolutamente coherente con el objeto de protección respectivo, ya que, como advierte Jansen “(...) el principio del rendimiento subjetivizado, como fundamento del modelo de la competencia, solo puede ser desatendido en una decisión cuando existe una elección, es decir si el sobornado tiene la posibilidad de elegir entre varios agentes”⁷⁵. Lo que no merece duda es que frente al principio del rendimiento subjetivizado que caracteriza el modelo de la competencia, el favorecimiento existiendo otros competidores ya representa un problema real y no solo aparente, por lo que la interpretación que favorece la competencia potencial respecto de competidores concretos se aviene perfectamente con este modelo.

De esta forma se pueden solucionar una serie de supuestos: piénsese, por ejemplo, en los sobornos para ser creado como proveedor en casos donde no se cumplan los requisitos para ingresar a la nómina o registro de proveedores de una empresa. En principio, la creación de un proveedor no pone en riesgo que puedan incluirse otros proveedores en la “nómina”, por lo que es difícil constatar todavía una situación de competencia que pudiera resultar desvirtuada por el soborno, ya que tal conducta no implica, necesariamente, que se termine favoreciendo al sobornante por sobre otro. Sin embargo, se podría pensar en casos donde la “cercanía con la adjudicación”⁷⁶ permitiera entender tales supuestos como típicos, por ejemplo, cuando sea evidente que el soborno está dirigido a ser considerado en una cotización o en una licitación, en la medida que tal decisión ya permitiría que –eventual-

⁷¹ DANNECKER (2017) nm. 68, citando abundante doctrina y jurisprudencia.

⁷² EISELE (2019), nm. 29: “Al tratarse de un delito de peligro abstracto, en última instancia no es necesario que se produzca algún daño a un competidor”.

⁷³ MOMSEN y LAUDIEN (2022), nm. 53, el destacado es nuestro.

⁷⁴ DANNECKER (2017) nm. 74, el destacado es nuestro.

⁷⁵ JANSEN (2020) p. 364.

⁷⁶ KRICK (2019) nm. 76.

mente— se termine desplazando a otros que sí cumplen los requisitos —aunque no se hayan presentado a tal licitación—.

Otra situación estructuralmente semejante es aquella en la que se presentan los presupuestos para poner término a un contrato o este expira y mediante soborno se evita que el empleado o mandatario concorra al mercado. Se trata de situaciones que podrían resultar problemáticas, en la medida que no se concurre al mercado, existiendo este y, por ende, otros competidores. Se debe reconocer un espacio donde podría presentarse mayor incertidumbre, al menos de cara a la interpretación del tipo penal chileno, en la medida que podría pensarse que del tenor literal se extrae, al menos, que la operación comercial de la que se trate debió haberse “abierto al mercado” respectivo. Con todo, igualmente se podría defender la inclusión de estos supuestos en el campo de aplicación del tipo penal si se entiende que una forma de favorecimiento —potencial— indebido, desde el punto de vista de la competencia leal, es la de mantener una relación comercial no recurriendo al mercado cuando se esperaba que el empleado o mandatario lo hiciera. En este caso se cumple, igualmente, la exigencia de competencia potencial en concreto.

2. ¿QUIÉNES INTERVIENEN EN LA SITUACIÓN DE COMPETENCIA TÍPICA?

Por otra parte, es de suma relevancia considerar que cuando se aborda la “situación de competencia” típica, no solo se hace alusión a la discusión entre competencia potencial o efectiva, en los términos ya abordados, sino que también se ha analizado desde una óptica diferente, relativa a qué clase de interacciones económicas se llevan a cabo con fines concurrenciales y cuáles, por el contrario, no pueden ser consideradas como un objeto de preocupación del sistema de protección de la competencia leal. Lo anterior también se desprende inmediatamente del tenor literal en la medida que, por ejemplo, en Chile, se restringe el tipo penal a los sobornos que puedan favorecer a “un oferente” por sobre otro. La consecuencia inmediata sería la de la exclusión de determinados sobornos privados cuando estos no satisfagan tal requisito. Con todo, se debe reconocer que la amplitud de la tipificación nacional deja sumamente abierta la determinación de quien ocupa la posición de “oferente” de cara al tipo penal. Así en la situación usual, quien cumple la función de “oferente-sobornante” es quien pretende vender un bien o servicio. Sin embargo, también es posible que el sobornante no cumpla la función de vendedor del bien o servicio, sino que, por el contrario, sea quien ofrezca un beneficio para ser preferido como comprador de los mismos, compitiendo con otros oferentes —“venta al mejor precio”—⁷⁷. Estructuralmente la redacción de los artículos 287 bis y ter no ofrecen resistencia a la completa inversión de tales roles.

Pero, además, se presenta otro ámbito de inseguridad respecto de la caracterización de quien otorga el beneficio. Si bien usualmente se trata de una persona dedicada al comercio o a la actividad empresarial, es posible que intervenga en tal función una persona para la cual la transacción tiene carácter civil y que pretende realizar —o realizó— una transacción única sin afán de reiteración, ni vinculada a actividad empresarial alguna.

⁷⁷ No es necesario que se trate de una verdadera subasta, que supone transparencia respecto de las ofertas, sino que puede tratarse de la venta de un bien singular respecto del cual se aceptan propuestas, como un bien raíz o una empresa.

Al menos la doctrina alemana encuentra respuesta a estos dos problemas —el rol del oferente y el de su condición de comerciante o empresario— en el modelo de competencia, propiciando respecto al primero una interpretación *amplia* y en el segundo una *restrictiva* para los tipos alemanes que en diversos aspectos se asemejan a los nacionales. Respecto del primer problema es posible asimilar la legislación alemana con la chilena, porque si bien la alemana no utiliza la expresión “oferente”, describe al sujeto sobornante como “otro” que “en la competencia” actúa en la “adquisición” de bienes y servicios. La opinión ampliamente mayoritaria entiende que la redacción de la disposición permite entender que el sobornante debe actuar en un *contexto* de adquisición, pudiendo ocupar perfectamente la función de adquirente⁷⁸, extendiendo el tipo a una lectura que si bien no surge primariamente del texto, sí es compatible con su tenor literal⁷⁹. La razón de tal interpretación extensiva dice relación con la pretendida protección amplia de la competencia y a la circunstancia que esta también se verifica en un contexto en el cual el sobornante pretende adquirir, aunque no sea la situación de competencia habitual. Pero nada se opone al carácter anticompetitivo y a la pugna desleal por el contrato en tal ámbito⁸⁰. Algo similar se puede concluir respecto del tipo penal chileno, porque efectivamente se puede “ofertar” un precio para la adquisición de un bien y sobornar en tal contexto en perjuicio de otros oferentes que intentan contratar, todo lo cual afecta la competencia por el bien en cuestión.

La situación se plantea de manera distinta en la legislación española, toda vez que estos delitos se refieren tanto a la adquisición como a la “venta de mercaderías”, todo lo cual permite incluir los dos esquemas sin mayor problema, tal como destaca Nieto⁸¹.

El segundo problema, en cambio, se resuelve de manera restrictiva, ya que la doctrina alemana exige el carácter de “comerciante” o “empresario” —en la terminología establecida mediante la última reforma en este país—, tanto de quien es representado por el empleado o mandatario, como también del oferente. Según expresa exigencia de los tipos alemanes, el empleado o mandatario debe actuar en representación de una “empresa” y tanto él como el oferente deben actuar en el “tráfico comercial”⁸²⁻⁸³. Ante esta clara decisión del legislador resta solamente llenar de contenido estas expresiones, entendiéndose por tal actividad “todas las medidas destinadas a promover cualquier propósito comercial, es decir, cualquier actividad independiente que persiga una finalidad económica, en la que se exprese la participación en la competencia”⁸⁴.

⁷⁸ Por muchos, TIEDEMANN (2019) nm. 31.

⁷⁹ VOGEL (2004) p. 404, enfatiza que esta interpretación es correcta, por cuanto satisface el modelo de la competencia, pero que bordea el límite de la comprensión literal posible.

⁸⁰ Cabe destacar que la doctrina también entiende que esta estructura del soborno es compatible con el modelo del principal, en cuanto pone en peligro su patrimonio, subsumiendo la conducta del sobornante-comprador bajo la nueva figura que responde nítidamente a este modelo, lo que recalca la trascendencia del soborno en este contexto.

⁸¹ NIETO (2018) p. 438, quien, en todo caso, entiende que sólo está abarcado por el tipo la situación de productos o servicios escasos, para así satisfacer la exigencia del favorecimiento de un competidor frente a otro.

⁸² Por lo tanto, al sobornante no se le exige estar constituido como empresa, quedando incluidas las personas naturales que ejercen comercialmente la profesión.

⁸³ La misma situación se da en el ámbito español. Al respecto, BERENGUER (2020) p. 248.

⁸⁴ LUDWIG (2006) nm. 73.

Cabe preguntarse si esta decisión restrictiva resulta defendible igualmente en base a consideraciones propias del modelo de la competencia o si solo puede fundarse en otras consideraciones –como el alcance posible del tenor literal de la regulación–. Todo indica que la respuesta exige una diferenciación. El ejemplo más nítido de exclusión en razón de la falta de propósito comercial está constituido por el soborno que paga o que se paga a un consumidor final –no comerciante–⁸⁵. En el evento que el consumidor final ocupe la posición de sobornante, se afirma por la doctrina alemana que ni este, ni los demás consumidores, que no pueden adquirir el bien producto del soborno, se favorecen o perjudican en sus intereses competitivos⁸⁶, lo que implica fundar su exclusión con base en el modelo de la competencia. De tal suerte, la doctrina favorece la decisión legislativa con base en este modelo. A la misma solución llega la doctrina española que ha abordado expresamente esta cuestión. Al respecto, resulta representativa la opinión de Otero, para quien: “nunca el particular consumidor puede ser sujeto activo de estas conductas pues su hipotético soborno no constituiría un acto de competencia desleal con ningún otro competidor (...)”⁸⁷.

En cambio, en el caso que el consumidor ocupe el lugar de la persona que adquiere o vende el bien, representado por el empleado o mandatario sobornado, si bien la doctrina alemana excluye sin dudas su conducta del ámbito típico⁸⁸, escasamente argumenta en favor de la decisión legislativa con base en el modelo de la competencia⁸⁹. Ello resulta llamativo, porque al consumidor se le asigna en la literatura alemana una función de árbitro entre los competidores, según se destacó con anterioridad, rol que resulta relevante para que pueda operar correctamente la libertad de competencia y el principio de eficiencia, en suma, el principio del rendimiento subjetivado descrito con anterioridad. Es por ello que Vogel, al exponer los alcances del modelo regulativo de la competencia, considera que “más bien todo partícipe de la actividad económica que potencialmente puede intervenir en la competencia debiese ser un sobornado idóneo, también el principal, los independientes y finalmente incluso los consumidores”⁹⁰, planteamiento que no permanece aislado, por cuanto Tiedemann igualmente favorece la sanción en estos casos en razón de la dañosidad para la competencia⁹¹. En definitiva, no es de recibo una argumentación que, por un lado, destaca la función de árbitro del consumidor en la competencia, para luego, por otro lado, restar toda trascendencia al soborno de aquel a quien el consumidor ha entregado su decisión, neutralizando el ejercicio de tal función. Siguiendo esta línea argumental es perfectamente plausible proponer una mirada diferenciadora para los artículos 287 bis y 287 ter.

⁸⁵ Como actividad propia de la economía doméstica alguien puede ofrecer un soborno para adquirir un bien o un servicio singular (una casa o un servicio de reparación urgente) y asimismo puede contar con un empleado o mandatario a quien se ofrezca un soborno para ser preferido (a un jardinero o un constructor respecto de materiales; al asesor tributario; al administrador de un bien raíz, etc.). Al respecto, se puede recurrir sin problema alguno a la definición de consumidor o usuario de la Ley N°19.496 (Artículo 1°, N° 1).

⁸⁶ KRICK (2019) nm. 76.

⁸⁷ OTERO (2019) p. 10. Así también, GARCÍA (2015) p. 569; ENCINAR (2016) p. 336 y GILI (2017) p. 87.

⁸⁸ LUDWIG (2006) nm. 106.

⁸⁹ WALTHER (2011) p. 75, se manifiesta de *lege ferenda* contrario a la sanción, pero se manifiesta de este modo porque entiende que se trata de situaciones poco relevantes.

⁹⁰ VOGEL (2004) p. 405.

⁹¹ TIEDEMANN (1974) p. 1028.

Considerando que la noción de empresa y de comerciante, propia del derecho alemán, no se contempla en los tipos penales chilenos, la interpretación con base en un modelo de la competencia debiese llevar a considerar que el empleado o mandatario es idóneo como sujeto sobornable en representación de un consumidor, pero el consumidor –o quien lo represente– no puede ser un sobornante idóneo.

3. LA INCIDENCIA DEL CONSUMIDOR A PROPÓSITO DE LA EXIGENCIA DE UNA “SITUACIÓN DE COMPETENCIA”

Como se señaló con anterioridad, el soborno efectuado directamente por el consumidor final debe ser considerado atípico y existen buenas razones para calificar como típica la conducta mediante la cual se soborna al empleado o mandatario del consumidor. Una situación diversa, que se debe diferenciar de estas tipologías, en las que también interviene el consumidor se refieren al siguiente esquema. Se trata de las situaciones en las que interviene un intermediario, cuyos trabajadores o mandatarios son sobornados, pero que de modo alguno representan al consumidor, sino que ofrecen alternativas a este último. En efecto, en la actualidad, los competidores –distribuidores– luchan por la clientela a través de la intermediación de quienes comercializan el producto, poniéndolo a disposición de los consumidores finales.

Un sector de la doctrina española se ha manifestado en desacuerdo con tal posibilidad en atención a que el tipo penal aparentemente se restringiría a los supuestos en que el empleado –en la modalidad pasiva– puede obligar al principal, por ende, sostienen que el favorecimiento típico es solo aquel que potencialmente puede concretar el empleado a través de sus posibilidades de contratar en nombre del dueño del negocio⁹². En Alemania, por el contrario, resulta mayoritaria la solución que entiende que el tipo penal se aplica a tales supuestos, en la medida que del tenor literal no se desprende que el empleado o agente puedan favorecer exclusivamente a través de la contratación entre oferente-sobornante y el principal, sino que basta que el empleado, en virtud de su poder decisorio o de influencia respecto a una relación comercial, pueda favorecer la contratación de un oferente en desmedro de otro⁹³. En este sentido Krick señala que no resulta decisivo el hecho de que el participante –sobornado– en el mercado tome él mismo la decisión sobre la demanda sino que pueda influir o controlar de forma significativa la decisión sobre la demanda que en última instancia va a tomar un tercero, por ejemplo, un consumidor⁹⁴.

Esta es la solución que debiera entenderse como correcta en Chile. El tipo penal, que supone que un empleado o agente en el ejercicio de sus funciones acepta o solicita un soborno como contraprestación para favorecer a otro –en forma desleal en la competencia– en la adquisición de bienes o servicios, solo permitiría extraer como única exigencia significativa que las labores del sujeto lo pongan en posición de poder influir en la toma de decisión respecto a la contratación de un oferente. Ello es evidente en el caso cuando es este

⁹² Con más referencias respecto al ámbito español, BERENGUER (2020) p. 222 y ENCINAR (2016) p. 289. En contra de esta postura, GARCÍA (2015) p. 572.

⁹³ DANNECKER (2017) nm. 29.

⁹⁴ KRICK (2019) nm. 23.

el que toma la decisión definitiva respecto a quién contratar, pero también cuando tiene poder sobre quién decide, ya sea por su posición jerárquica o porque su posición lo permite, como en el caso donde el empleado convence a un consumidor para elegir a un distribuidor por sobre otro⁹⁵. Así, paradigmáticamente, los incentivos ocultos a vendedores para que ofrezcan con especial énfasis ciertas marcas en desmedro de otras o, incluso, los supuestos de médicos –que a su vez sean empleados– que favorezcan a ciertas farmacéuticas por sobre otras, recetando sus medicamentos debido al pago de un soborno⁹⁶. Por otra parte, desde el propio objeto de protección no se aprecia contradicción alguna en la inclusión de tales supuestos, sobre todo si se asume que la competencia por la clientela frecuentemente se efectúa a través de tal intermediación. En suma, también cuando se lucha por un cliente –consumidor final– a través de un empleado o mandatario que representa a un tercero, se da una “situación de competencia” de relevancia típica.

Esta intromisión de la “dimensión del consumidor” debe ser analizada con mayor profundidad, ya que permite comprender mejor ciertos malentendidos que podrían producirse a propósito del análisis del modelo de la competencia. Sin duda alguna, el que aparece de mayor relevancia práctica es el de considerar que en tales supuestos se debe atender a los intereses de los consumidores como parámetro –teleológico– para la valoración de la conducta. Al respecto, se puede considerar la contribución, en buena medida inicial, de Rengier⁹⁷ y más reciente de Wackernagel y Gschoßmann⁹⁸ respecto a lo que han denominado “un cambio de paradigma” en el modelo de consumidor que define el derecho del consumidor en Alemania y su incidencia en materia penal. Con base en el célebre caso del corcho en Alemania, que describe una relación entre productores de bebidas espumantes y los consumidores, mediatizada por los garzones de un restorán que reciben pagos por ofrecer tales productos⁹⁹, reconocen que en Alemania los premios o incentivos a vendedores han sido considerados tradicionalmente como una amenaza anticompetitiva para la prestación de un asesoramiento adecuado al cliente o una influencia anticompetitiva sobre el consumidor. Al mismo tiempo, ponen en duda que en la actualidad se puedan resolver tales supuestos sobre la base de las apreciaciones que en su momento hicieron los tribunales alemanes respecto de este caso y otros posteriores con base en el mismo, en la medida que las propias prácticas de la competencia “han cambiado tanto como las expectativas de los consumidores”¹⁰⁰. En efecto, la profunda reforma a la ley de competencia desleal en cuanto ahora concibe al consumidor promedio como uno “informado y razonable”¹⁰¹, conllevaría la necesidad de aplicar el alto parámetro que esta ley impone tanto para la calificación de una ilicitud en este ámbito normativo como también en el campo penal. En la medida que la conducta busque influir en el consumidor mediante un engaño, situación que se presenta en el caso de corrupción entre particulares, en el cual el intermediario no actúa objetiva-

⁹⁵ Así también en Chile, HERNÁNDEZ (2019) p. 192.

⁹⁶ En detalle, GORIUS (2015) pp. 171 y ss.

⁹⁷ RENGIER (2008) pp. 842 y ss.

⁹⁸ WACKERNAGEL y GSCHOSSMANN (2021) pp. 51-56.

⁹⁹ Véase referencia en nota 18.

¹⁰⁰ WACKERNAGEL y GSCHOSSMANN (2021) pp. 53-55.

¹⁰¹ Al respecto, RHEINLÄNDER (2014) pp. 145-146; WACKERNAGEL y GSCHOSSMANN (2021) pp. 53-55.

mente, sino que sobornado, ya no sería correcto partir de un consumidor que puede aceptar toda clase de consejos.

La pregunta que se plantean estos autores es si puede afirmarse hoy en día una especie de “influencia desleal en el acto de mediación con respecto al cliente final” cuando se ha condicionado por el pago de un soborno para influir en el consumidor. El análisis desde la óptica del consumidor se hace patente cuando lo centran en la “clase de consumidor” de la que se debe partir para determinar si se trata o no de una influencia indebida. Si se trata de un consumidor que puede esperar del vendedor una influencia imparcial o de un consumidor que, por el contrario, sabe que el vendedor no lo representa, sino que, por ejemplo, a la marca del producto que le ofrece. Esto es, un “consumidor informado”¹⁰². En definitiva, para esta postura solo resultarían típicos –los supuestos de bonos, incentivos a vendedores– en aquellos casos donde el consumidor tiene expectativas normativas de ser asesorado imparcialmente por el empleado. Ello no sería la regla general, en la medida que se le trata como un consumidor informado, que sabe que el vendedor que tiene en frente representa otros intereses, no los de él, por tanto, no puede esperar que le asesore en forma imparcial.

Con todo, tal intromisión del consumidor no puede ser entendida en el sentido de que se incorpore la protección de sus intereses al ámbito típico¹⁰³. En este sentido, debe advertirse que buena parte de la literatura alemana niega al consumidor el carácter de titular de un bien jurídico tutelado en la corrupción entre particulares¹⁰⁴, pero ello no quita trascendencia a la intervención del consumidor en esta situación de competencia que enfrenta. Es perfectamente posible sostener que la competencia distorsionada que implica tomar una decisión de compra sin conocer el soborno que ofrece un competidor no compromete el patrimonio u otro interés del consumidor y, más bien, se trata de un aspecto integrado en la protección del interés colectivo en el funcionamiento de la competencia desarrollada bajo parámetros de lealtad, tal como lo sostiene Jansen¹⁰⁵. Pero ello no implica negar que un modelo de la competencia permite sancionar la pugna desleal por el consumidor final, precisamente porque tal modelo requiere que este último desempeñe su función de árbitro y también sostenga el principio del rendimiento subjetivizado como presupuesto para el funcionamiento de la competencia¹⁰⁶.

No está demás advertir que, por tanto, en un modelo de la competencia lo central será, en estos supuestos, la definición de criterios que permitan diferenciar entre supuestos donde la influencia a un consumidor –aunque esté mediada por sobornos– sea considera

¹⁰² Al respecto, RHEINLÄNDER (2014) pp. 145-146; WACKERNAGEL y GSCHOSSMANN (2021) pp. 53-55.

¹⁰³ En forma expresa en España, GILI (2017) p. 87 y BERENQUER (2020) p. 140. Incluso si se toma en cuenta la estructura del tipo penal chileno se hace difícil defender que se protejan expectativas de transparencia en las relaciones de consumo, ya que hay muchas cuestiones que resultarían inexplicables, por ejemplo, la exclusión del titular del círculo de autores. Es decir, si lo que está en juego es la prohibición de conductas que afecten ciertas expectativas normativas de asesoramiento imparcial a consumidores, no se entiende o no resulta posible explicar la exclusión del titular del círculo de autores del delito respectivo.

¹⁰⁴ JANSEN (2020) pp. 135 y ss., 336 y ss.

¹⁰⁵ JANSEN (2020) pp. 135 y ss., 336 y ss.

¹⁰⁶ Asimismo, cabe recordar que VOGEL (2004) p. 398, destaca que el análisis de un tipo penal con base en un modelo regulativo no es idéntico al del bien jurídico protegido, porque utiliza una mirada global de los elementos y funciones del tipo que eventualmente el principio de lesividad no abarca.

irrelevante en la medida que no resulte idónea para desvirtuar la competencia por el cliente –por suponerse que el “consumidor informado” podrá desempeñar igualmente su rol de árbitro–, de aquellos supuestos en que sí la presente.

BIBLIOGRAFÍA

- ALDONEY RAMÍREZ, Rodrigo (2008): “Breves consideraciones sobre la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y el tratamiento de los tipos penales destinados a combatir la corrupción en el sector privado con especial referencia al bien jurídico tutelado”, *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 35: pp. 97-103.
- ALDONEY RAMÍREZ, Rodrigo (2020): “El cohecho entre particulares y la incidencia del empleador en su comisión”, en ACEVEDO Nicolás, COLLADO, Rafael y MAÑALICH, Juan Pablo (coord.) *La justicia como legalidad. Estudios en homenaje a Luis Ortiz Quiroga*, (Santiago, Thomson Reuters) pp. 801-826.
- ARTAZA VARELA, Osvaldo (2019): “Corrupción entre particulares: lesividad de la conducta y consecuencias en sede de tipificación de acuerdo al análisis comprado”, *Revista de Derecho (Coquimbo)*, vol. 26: pp. 1-35.
- ARTAZA VARELA, Osvaldo y ROJAS MORÁN, Luciano (2020): “La protección penal accesoria de la competencia a propósito de los delitos de colusión y corrupción entre particulares”, en ACEVEDO, Nicolás; COLLADO, Rafael y MAÑALICH, Juan Pablo (coord.), *La justicia como legalidad. Estudios en homenaje a Luis Ortiz Quiroga* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 775-800.
- BERENGUER PASCUAL, Sergio (2020): *El delito de corrupción en los negocios* (Madrid, Boletín Oficial del Estado).
- BLANCO CORDERO, Isidoro (2015): “Artículo 286 bis”, en GÓMEZ TOMILLO, Manuel (dir.), *Comentarios Prácticos al Código Penal. Delitos contra el patrimonio y socioeconómicos. Artículos 234-318 bis*, Tomo III (Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi) pp. 539-547.
- BOLEA BARDÓN, Carolina (2018): “El delito de corrupción privada tras la reforma del Código Penal español operada por LO 1/2015, de 30 de marzo”, en GÓMEZ, Víctor; MONTIEL, Juan Pablo y SATZGER, Helmut (edit.) *Estrategias penales y procesales de lucha contra la corrupción* (Madrid, Marcial Pons) pp. 25-34.
- COLLADO GÓNZALEZ, Rafael (2020): “¿Qué se protege en el delito de corrupción entre particulares?”, en ACEVEDO Nicolás, COLLADO, Rafael y MAÑALICH, Juan Pablo (coord.), *La justicia como legalidad. Estudios en homenaje a Luis Ortiz Quiroga* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 827-852.
- DANNECKER, Gerhard y SCHRÖDER, Thomas (2015): “Neuregelung der Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr”, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2015: pp. 48-51.
- DANNECKER, Gerhard (2017): “StGB § 299 Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr”, en KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid y PAEFFGEN, Hans-Ullrich (edit.), *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch* (Baden-Baden, Nomos, 5ª ed.) nm. 1-157.
- EISELE, Jörg (2019): “§ 299 Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr”, en *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch* (Munich, C.H. Beck, 30ª ed.) nm. 1-52.

- ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel (2016): *El delito de corrupción privada en el ámbito de los negocios* (Navarra, Thomson Reuters Aranzadi).
- ESTRADA I CUADRAS, Albert (2020): “Tema 16. Protección de la propiedad intelectual e industrial, del mercado y de los consumidores”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús (dir.) *Lecciones de derecho penal económico y de la empresa* (Barcelona, Atelier) pp. 495-570.
- ETCHEBERRY, Alfredo (1997): *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo III (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 3ª ed.).
- FERNÁNDEZ BAUTISTA, Silvia (2017): “El delito de corrupción entre particulares (Art. 286 bis CP): Una interpretación restrictiva”, en QUERALT, Joan y SANTANA, Dulce (dir.), *Corrupción pública y privada en el Estado de Derecho* (Valencia, Tirant lo Blanch) pp. 211-238.
- GARCÍA ALBERO, Ramón (2015): “Corrupción en los negocios y modificación del cohecho”, En QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015* (Navarra, Thomson Reuters Aranzadi), pp. 553-576.
- GIL NOBAJAS, María Soledad (2015): “El delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis): análisis de la responsabilidad penal del titular de la empresa, el administrador de hecho y la persona jurídica en un modelo puro de competencia”, *Estudios penales y criminológicos*, Vol. XXV: pp. 567-624.
- GILI PASCUAL, Antoni (2007): “Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada. Contribución al análisis del art. 286 bis del Código Penal según el Proyecto de reforma de 2007”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 09-13: pp. 1-35.
- GILI PASCUAL, Antoni (2017): *El delito de corrupción en el sector privado* (Madrid, Marcial Pons).
- GORIUS, Michaela (2015): *Die Strafbarkeit des Prinzipals im Lichte des § 299 StGB* (Fráncfort, Peter Lang GmbH).
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (2019): “Artículos 287 bis y 287 ter”, en COUSO, Jaime y HERNÁNDEZ, Héctor (dir.), *Código Penal Comentado. Parte Especial. Libro Segundo. Título VI (Arts. 261 a 341). Doctrina y jurisprudencia* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 182-195.
- JANSEN, Scarlett (2020): *Der Schutz des Wettbewerbs im Strafrecht* (Baden-Baden, Nomos).
- KINDHÄUSER, Urs (1999): *Strafrecht Besonderer Teil, II, Straftaten gegen Vermögensrechte – Teilband 1. Eigentumsdelikte*, (Baden Baden, Nomos, 2ª ed.).
- KOEPSSEL, Anne K. (2006): *Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr (§ 299 StGB) Eine Fallanalyse zur Ermittlung von Anwendungsbereich und Grenzen der Norm* (Osnabrück, Vandenhoeck & Ruprecht Verlag).
- KRICK, Carsten (2019): “StGB § 299 Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr”, en ERB, Volker y SCHÄFER, Jürgen (edit.) *Münchener Kommentar zum StGB*, Tomo 5 (München, C.H. Beck, 3ª ed.) nm. 1-240.
- KUBICIEL, Michael (2016): “Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr. Zu einer wettbewerbsorientierten Umsetzung des sog. Geschäftsherrnmodells in § 299 StGB”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, Vol. 13: pp. 667-673.
- LUDWIG, Ilka (2006): “Korruption” en MÜLLER-GUGENBERGER, Christian y BIENECK, Klaus (eds.), *Wirtschaftsstrafrecht. Handbuch des Wirtschaftsstraf- und -ordnungswidrigkeitenrechts* (Colonia, Otto Schmidt Verlag) nm. 1-128.

- MENCHACA OLIVARES, Tomás (2007): “Libre competencia y competencia desleal en la ley N° 20.169, ¿existe contradicción entre ambas disciplinas?”, en *Competencia desleal, Análisis crítico y elementos para la aplicación de la Ley N° 20.169*, Cuadernos de Extensión Jurídica 14, Universidad de los Andes, pp. 31-39.
- MOMSEN, Carsten y LAUDIEN, Sebastian (2022): “Beck’scher Online-Kommentar StGB” (Munich, C.F. Beck, 52ª ed.) nm. 1-91.
- NAVARRO, Irene (2017): “Retribuciones externas y corrupción de los administradores sociales”, en QUERALT, Joan y SANTANA, Dulce (coord.) *Corrupción Pública y Privada en el Estado de Derecho* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- NIETO MARTÍN, Adán (2018): “Delitos de corrupción en los negocios”, en DE LA MATA BARRANCO; DÓPICO GÓMEZ-ALLER; LASCURAÍN SÁNCHEZ y NIETO MARTÍN (eds.), *Derecho penal económico y de la empresa*, Madrid, Dykinson).
- OTERO GÓNZALEZ, Pilar (2019): “La progresiva ampliación del ámbito típico del delito de corrupción privada”, *Indret*, N° 4: pp. 1-41.
- POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia (2004): *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª ed.).
- PRAGAL, Oliver (2006): *Die Korruption innerhalb des privaten Sektors und ihre strafrechtliche Kontrolle durch § 299 StGB: Erscheinungsformen, Rechtsgut, Tatbestandsauslegung und ein Reformvorschlag* (Colonia, Carl Heymanns Verlag).
- PUENTE ABA, Luz María (2015): “Corrupción en los negocios (art. 286 bis CP)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, José (dir.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015* (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 915-921.
- RENGIER, Rudolf (2008): “Korkengelder und andere Maßnahmen zur Verkaufsförderung im Lichte des Wettbewerbs(straf)rechts” SIEBER y otros (eds.), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht, Festschrift für Klaus Tiedemann* (Colonia, Carl Heymanns Verlag), pp. 837-849.
- RHEINLÄNDER, Markus (2014): “Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr, § 299 StGB – Gedanken zur Bestimmung der Grenzen des Anwendungsbereichs der Norm”, *WiJ*, N° 3: pp. 143-150.
- TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (2007): “Responsabilidad civil por actos de competencia desleal en el derecho chileno”, en *Competencia desleal, Análisis crítico y elementos para la aplicación de la Ley N° 20.169*, Cuadernos de Extensión Jurídica 14, Universidad de los Andes, pp. 85-93.
- TIEDEMANN, Klaus (1974): “Literaturbericht zum Wirtschafts(straf)recht”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 86: pp. 990-1028.
- TIEDEMANN, Klaus (2006): *Wirtschaftsstrafrecht, Besonderer Teil, mit wichtigen Gesetzes- und Verordnungstexten* (Colonia, Carl Heymanns Verlag).
- TIEDEMANN, Klaus (2008): “§ 299 Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr”, en LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm; RISSING-VAN SAAN, Ruth y TIEDEMANN, Klaus (eds.), *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch* (Berlin, De Gruyter, 12ª ed.) pp. 312-350.
- VOGEL, Joachim (2004): “Wirtschaftskorruption und Strafrecht – ein Beitrag zu Regelungsmodellen im Wirtschaftsstrafrecht”, en HEINRICH, Bernd; HILGENDORF, Eric;

- MITSCH, Wolfgang y STERNBERG-LIEBEN, Detlev (eds.), *Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag* (Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Gieseking) pp. 395-424.
- WACKERNAGEL, Udo y GSCHOSSMANN, Anna-Maria (2021): "Von der „Korkengeld-Entscheidung“ des Reichsgerichts und dem modernen Verbraucherbild: Der Paradigmenwechsel bei der Bewertung von „Verkäuferprämien“ als Bestechung im geschäftlichen Verkehr (§ 299 StGB)", *Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht*, N° 51: pp. 51-56.
- WALTHER, Felix (2011): *Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr - Internationale Vorgaben und deutsches Strafrecht* (Herbolzheim, Centaurus Verlag).
- SCHÜNEMANN, Wolfgang y PEIFER, Karl-Nikolaus (2020a): "Einleitung, A. Wettbewerb und Wirtschaftsordnung", en PEIFER, Karl-Nikolaus (ed.), *UWG. Großkommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb mit Nebengesetzen* (Berlin, Boston, De Gruyter, 3ª ed.) nm. 1 y ss.
- SCHÜNEMANN, Wolfgang y PEIFER, Karl-Nikolaus (2020b): "Einleitung, G. Einordnung des Wettbewerbsrecht in das Rechtssystem", en PEIFER, Karl-Nikolaus (ed.), *UWG. Großkommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb mit Nebengesetzen* (Berlin, Boston, De Gruyter, 3ª ed.) nm. 28 y ss.

