

TRADUCCIÓN AUTÉNTICA

I-577/06

CHILE

REVISIÓN DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA CONVENCIÓN Y DE LA
RECOMENDACIÓN DE 1997

A. IMPLEMENTACION DE LA CONVENCIÓN

Temas formales

1. Chile firmó la Convención el 17 de diciembre de 1997 y depositó su instrumento de ratificación ante el Secretario General de la OCDE el 18 de abril de 2001. A nivel internacional, la Convención entró en vigencia en Chile el 18 de junio de 2001 conforme al artículo 15.2 de la Convención. Sin embargo, la Convención tuvo efecto a nivel nacional el 30 de enero de 2002, fecha en que su ley de ejecución - Decreto Supremo No. 496 - fue publicado en el Diario Oficial.

2. Si bien la Convención prima sobre la legislación nacional de Chile, no tiene efecto directo en el sistema jurídico nacional y se requiere de una ley para su implementación. En consecuencia, el 30 de septiembre de 2002, se promulgó la ley de ejecución (Ley No. 19.829). Esta ley entró en vigencia el 8 de octubre de 2002. Por ende, durante los dieciséis meses que transcurrieron entre la entrada en vigencia de la Convención y la entrada en vigencia de la ley de ejecución de Chile, al parecer la Convención no tuvo efecto práctico en Chile.

- // -

La Convención como un Todo

3. A objeto de cumplir los requisitos de la Convención y de implementar la política nacional de Chile para combatir la corrupción, la Ley No. 19.829 modificó el Código Penal de Chile incorporando el artículo 250 bis A, que pena el delito de cohecho de un funcionario público extranjero en transacciones comerciales internacionales, y el Artículo 250 bis B, que define el término "funcionario público extranjero". Esta Ley también modificó el delito de cohecho activo de un funcionario nacional (artículo 250) con el objeto de reflejar las distintas sanciones aplicables al delito de cohecho de un funcionario extranjero. Respecto de los demás requisitos de la Convención, Chile se basa en la legislación existente, como el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código Orgánico de Tribunales. Además, al momento de la revisión de la Fase 1 de Chile (octubre de 2003), antes de ser presentado al Congreso, se sometió a consideración del Comité de Hacienda del Senado un proyecto de ley destinado a prevenir el lavado de dinero. Este proyecto de ley tenía por objeto tipificar el lavado de dinero como delito predicado del cohecho de funcionarios públicos nacionales y extranjeros¹.

4. Las leyes recientemente dictadas en materia de cohecho de

¹ El proyecto de ley no estaba disponible para su revisión por parte del Grupo de Trabajo. El 18 de diciembre de 2003, se publicó en el Diario Oficial la Ley No. 19.913, que crea la Unidad de Análisis Financiero (UAF) y modifica varias disposiciones sobre lavado de dinero.

- // -

- // -

funcionarios públicos extranjeros incluyen la reforma del Código de Procedimiento Penal. A diciembre de 2004, el Código Procesal Penal de Chile (en adelante "Código Procesal") habrá gradualmente reemplazado al Código de Procedimiento Penal (en adelante, "Código de Procedimiento"), región por región, hasta la incorporación de la Región Metropolitana, que incluye la ciudad de Santiago, el 16 de diciembre de 2004². El Código Procesal Penal ya se encuentra en aplicación en ocho de las trece regiones de Chile, cuatro de las cuales se incorporarán el 16 de diciembre de 2003 (véase artículo 5 infra)³. También se contempla la reforma del Código Penal. En este sentido, el Decreto Supremo 443 de 12 de junio de 2002 creó un Comité Asesor del Ministerio de Justicia encargado de preparar un

² Luego de la reunión que el Grupo de Trabajo celebrara en octubre de 2003, la fecha de incorporación de la Región Metropolitana se aplazó hasta el 16 de junio de 2005 mediante la Ley 19.919, publicada en el Diario Oficial el 20 de diciembre de 2003. Al momento de la revisión de la Fase I de Chile, ya se habían nombrado cuatro Fiscales Regionales para la décimatercera región (Región Metropolitana). Actualmente se están nombrando jueces orales y jueces de garantía y se están llamando candidatos para proveer las vacantes de fiscales adjuntos. Además, se está fortaleciendo a los organismos de investigación y ejecución de la ley.

³ Desde la reunión del Grupo de Trabajo, las autoridades chilenas han informado a la Secretaría que al 16 de junio de 2003, 12 de las 13 regiones de Chile habían adoptado el nuevo Código Procesal Penal.

- // -

- // -

informe, el cual se espera que salga a la luz a fines del 2004.⁴

5. La Constitución Política de Chile prima sobre la Convención, la cual a su vez prima sobre cualquier otra ley. No obstante, el artículo 5 del Código Procesal señala que la ley debe interpretarse estrictamente respecto de la privación de libertad y prohíbe cualquier interpretación por analogía. En consecuencia, los tribunales chilenos no están obligados a interpretar la legislación de ejecución en conformidad con el Artículo 1 de la Convención y sus Comentarios, cuando los elementos del delito no estén claramente definidos en la legislación de ejecución. La jurisprudencia no es una fuente

⁴ Además, el poder legislativo chileno - el Congreso Nacional - está actualmente tramitando una serie de proyectos de ley destinados a contribuir al objetivo del Gobierno de combatir la corrupción. Estos incluyen el Boletín No. 2394-07 (que crea una declaración jurada obligatoria que han de formular los funcionarios públicos); el Boletín No. 1179-07 (que fortalece los poderes de fiscalización de la Cámara de Diputados); el Boletín No. 1296-03 (que prohíbe a los Ministros de Estado desempeñarse como Directores de sociedades que hayan recibido aportes estatales); y el Boletín 81-344 (que promueve la transparencia y limita los gastos electorales). Asimismo, luego de la revisión de la Fase 1 de Chile en octubre de 2003, las autoridades chilenas señalaron que el Mensaje Presidencial No. 7000-350 de octubre de 2003 propuso un proyecto de ley que regulara la "Administración de Intereses (Lobbying) y Transparencia en la Toma de Decisiones Públicas".

- // -

- // -

formal de derecho en Chile. Sin embargo, las autoridades chilenas señalan que los tribunales sí recurren a ésta en ciertas materias. El Artículo 342 (d) del Código Procesal señala que las sentencias deben estar estrictamente basadas en fundamentos o literatura jurídicos, y deben considerar las circunstancias que los rodean.

1. ARTÍCULO 1: DELITO DE COHECHO DE UN FUNCIONARIO PÚBLICO EXTRANJERO

6. La Ley No. 18.829 modificó el Código Penal de Chile incorporando el Artículo 250 bis A, que tipifica el delito de cohecho de un funcionario público extranjero. El tenor del Artículo 250 bis A es el siguiente:

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

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

- // -

- // -

señaladas con anterioridad".

7. El Artículo 10 del Código Penal estipula las circunstancias generales que eximen a una persona de responsabilidad penal, incluso por el delito de cohecho (estado de necesidad, error de derecho, etc.). Por ejemplo, la defensa de error de derecho exige que no se hubiera cumplido el requisito de demostrar la intencionalidad del cohecho. No obstante, esta defensa no absuelve al imputado, sino que reduce la pena. Si bien el actual Código Penal no contempla eximentes especiales en caso de cohecho, las autoridades chilenas han señalado que el proyecto de Código Procesal puede incluir algunas excepciones específicas aplicables a tal delito.

Elementos del delito

1.1.1. Cualquier persona

8. El Artículo 250 bis A del Código Penal sanciona a "quien ofrezca" una dádiva a un funcionario público extranjero. Ello se aplica a todas las personas naturales, ya que ninguna goza de inmunidad conforme a las leyes de Chile. No obstante, la Constitución señala las limitaciones procesales respecto de los miembros del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial.⁵ La Constitución los hace objeto de persecución criminal por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones oficiales, previa autorización del Parlamento o los tribunales.

1.1.2 intencionalmente

⁵ Ellos incluyen al Presidente de la República y los Ministros de Estado, gobernadores e intendentes, senadores y diputados, jueces, fiscales y funcionarios del Ministerio Público.

- // -

- // -

9. El Artículo 1 del Código Penal señala que es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley. Por lo tanto, todo delito contemplado en las leyes de Chile se considera intencional, salvo en casos especiales, en que la ley específicamente estipule una pena por un acto que pueda entrañar dolo o negligencia. El cohecho de un funcionario público extranjero puede ser objeto de una acción penal si se hubiere cometido en forma voluntaria y a sabiendas, por ejemplo, para obtener un cierto resultado (*dolus*). Esta definición no incluye imprudencia grave respecto de las consecuencias de nuestros actos (*dolus eventualis*).

1.1.3 Ofrecer, prometer o dar

10. El Artículo 250 bis A, inciso 1, se refiere a la persona que "ofrece" la dádiva. El Artículo 250 bis A, inciso 2, cubre a "quien ... haya consentido en dar el referido beneficio". Asimismo, el Artículo 250, relativo al delito de cohecho activo de un funcionario nacional se refiere a "quien ofreciere o consintiere en dar" un beneficio económico.

11. El Artículo 250 bis A no se refiere a la persona que "promete" o "da" una dádiva, como se señala en el artículo 1.1 de la Convención. Las autoridades chilenas señalan que el acto de "prometer" o "dar" una dádiva no es necesario, pues el mero "ofrecimiento" de ésta constituye delito conforme a las leyes de Chile. Además, Chile explica que se puede inferir una promesa y/o dádiva del acto de ofrecer una dádiva. A la inversa, se puede inferir un ofrecimiento del acto de prometer o dar una dádiva. Sin embargo, no existen precedentes judiciales que actualmente respalden dicha interpretación.

- // -

- // -

Además, dado que las autoridades de Chile parecen admitir que los actos de prometer, ofrecer y dar no son simultáneos, la interpretación del artículo 250 bis A que solo se refiere al "ofrecimiento" de una dádiva puede ser problemático si se hubiera hecho un ofrecimiento antes de que la legislación de ejecución hubiera entrada en vigencia y la dádiva se hubiera dado con posterioridad a la fecha de vigencia. En tal caso, conforme a lo señalado por las autoridades de Chile, los tribunales deberían decidir si el delito es perseguible conforme a la legislación chilena. No resulta difícil imaginar que un tribunal, no obstante, rechazará una causa basado en el principio de que los delitos en Chile son penados solo si se encuentran definidos en una ley anterior⁶.

12. Además, las autoridades chilenas señalan que el delito no se considera consumado si el ofrecimiento no hubiera sido conocido por el funcionario público extranjero y que la tentativa también exige el conocimiento del funcionario público extranjero (véase 1.3 *infra*). Esto no solo no cumple con la norma de la Convención - que no exige conocimiento de parte del funcionario público extranjero - sino que socava el tenor de la disposición, que expresamente señala que el mero "ofrecimiento" de una dádiva constituye delito.

13. La interpretación del artículo 250 bis A también hace una distinción entre la persona que dispone o solicita al funcionario público extranjero que cometa el cohecho ("ofrece") y la persona que accede a la solicitud del cohecho del

⁶ Constitución Política de Chile, Artículo 19 (3).

- // -

funcionario público extranjero ("consiente en dar"), el cual es un delito menor conforme a las leyes de Chile. Las autoridades chilenas explican que dado que el funcionario público, y no el sobornante, es quien da inicio al cohecho en caso de solicitud, se aplica una sanción menor. Como la persona no estaría ofreciendo una dádiva en respuesta a una solicitud ("ofrecimiento" implica que la persona es quien da inicio), en la práctica, la sanción reducida por responder a la solicitud solo podría aplicarse si la persona accede a la solicitud - por lo tanto, existe una promesa o bien la persona concede un beneficio.

1.1.4. cualquier beneficio pecuniario o de otra índole.

14. El Artículo 250 bis A se refiere a un "beneficio económico". Las autoridades chilenas señalan que el término "beneficio económico" se refiere a beneficios pecuniarias tangibles o intangibles. Asimismo, señalan que los beneficios no pecuniarios no tienen relación alguna con la interpretación del delito de cohecho conforme a las leyes chilenas. En consecuencia, al parecer, el término "beneficio económico" no cubriría beneficios no pecuniarios como, por ejemplo, una distinción honoraria o el ingreso a la universidad. Ello no se ajusta a la Convención, que prohíbe todo tipo de beneficios, incluidos los no pecuniarios. Según las autoridades chilenas, todo beneficio, tenga o no carácter pecuniario, puede ser valorizado y, por ende, cubierto. No obstante, las autoridades chilenas no han proporcionado jurisprudencia alguna al respecto.

15. El Artículo 250 bis A no exige expresamente que el

- // -

- // -

beneficio económico sea "indebido". Las autoridades chilenas señalan que en el delito de cohecho de un funcionario público extranjero se encuentra implícito el ofrecimiento, etc. de un "beneficio indebido".

16. Chile señala que si bien no hay precedentes judiciales en la materia, un "beneficio económico" permitido o exigido por el derecho escrito o las normas o jurisprudencia del país del funcionario público extranjero no constituiría delito en virtud de las leyes de Chile. No obstante lo anterior, si el beneficio no se encuentra expresamente autorizado o exigido por las leyes locales del país del funcionario público extranjero, pero tampoco prohibido, los tribunales chilenos - según señalan las autoridades de Chile - declararían que el beneficio es indebido y lo considerarían un delito conforme a las leyes del país.

1.1.5 Sea en forma directa o por medio de intermediarios.

17. El Artículo 250 bis A no estipula que el delito pueda ser cometido por medio de intermediarios, tal como se estipula en el Artículo 1.1. de la Convención. Las autoridades chilenas señalan, no obstante, que las personas que cometan el delito de cohecho por medio de intermediarios pueden ser penados conforme al derecho chileno: el artículo 15 del Código Penal señala que los que inducen a otra parte (por ejemplo, un intermediario) a cometer un acto criminal (por ejemplo, ofrecer o acceder a la solicitud de una dádiva) se consideran autores de un delito.

18. Cuando la persona que efectivamente realice el ofrecimiento, etc. (el intermediario) no está consciente de que el acto que está realizando es ilegal (por ejemplo, cuando el intermediario de buena fe cree que el beneficio es legítimo y

- // -

- // -

no cohecho, por ejemplo, cuando cree que se trata de una comisión legítima), el derecho penal chileno sanciona como autor a la persona que instruye al intermediario. No obstante, no se ha proporcionado jurisprudencia al respecto.

1.1.6 a un funcionario público extranjero.

19. El Artículo 250 bis B define "funcionario público extranjero" como:

"Toda persona que tenga un cargo legislativo, administrativo o judicial en un país extranjero, haya sido nombrada o elegida, así como cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, sea dentro de un organismo público o de una empresa de servicio público. También se entenderá que inviste la referida calidad cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional."

20. La definición chilena difiere de la contenida en la Convención pues no cubre todas las "empresas públicas", sino solo las "empresas de servicio público", la cual se limita a los servicios básicos y, por lo tanto, sería más restrictiva que la Convención. No obstante, las autoridades de Chile señalan que los tribunales del país se referirían a la definición de funcionario público contemplada en el artículo 260 (13) del Código Penal, que expande el ámbito de la función pública a las empresas públicas.

21. El Artículo 250 bis B no define lo que se entiende por "función pública", "organismo público", "empresa de servicio público", "organización pública internacional" o "país extranjero" (Comentarios 12 a 18). Las autoridades chilenas

- // -

- // -

indicaron que los tribunales actuarían sobre la base no solo de la Convención y sus Comentarios - pues tienen valor interpretativo para los tribunales chilenos - sino también de la definición de tales términos en la legislación chilena relativa a los funcionarios públicos nacionales.⁷ Por ejemplo, Chile hace referencia al artículo 260 (13) del Código Penal, que define el término "funcionario público" como:

"...todo el que desempeñe un cargo o función pública, sea en la Administración Central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean de nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldo del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular."

22. Finalmente, las autoridades chilenas señalaron que dado que el término "país extranjero" no está definido en la legislación de Chile, los tribunales actuarían en base a la definición de "Estado" contenida en el derecho internacional, es decir entidades reconocidas como tal en virtud del derecho internacional. Las autoridades chilenas también señalan que el

⁷ Chile también cita las siguientes fuentes jurídicas en las cuales podrían basarse los tribunales respecto del significado de los términos contenidos en la definición que otorga el artículo 250 bis B a la expresión "funcionario público extranjero": Ley No. 18.575 (Ley Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado; Estatuto Administrativo aprobado por Ley 18.834 y Ley No. 19.653 sobre Probidad de los Funcionarios Públicos).

- // -

- // -

delito de cohecho de un funcionario público extranjero se extendería a los funcionarios de todos los niveles y subdivisiones de gobierno local y nacional [artículo 1.4b) de la Convención]. No obstante, resulta incierto si se extendería a cualquier área o entidad extranjera organizada, como, por ejemplo, un territorio autónomo o un territorio aduanero separado, como se exige en el Comentario 18.

1.1.7 para dicho funcionario o un tercero

23. El Artículo 250 bis A estipula que el beneficio es en provecho de "ese funcionario público o un tercero". De conformidad con las autoridades chilenas, el término "tercero" incluye personas naturales y jurídicas.

24. Las autoridades chilenas confirman que el Artículo 250 bis A cubre los casos en que la dádiva es, o se pretende que sea, entregada directamente al tercero por la persona que da la dádiva, sin que el funcionario público extranjero la reciba físicamente, e independiente de la relación entre el funcionario público extranjero y el tercero. No obstante, Chile no ha proporcionado jurisprudencia al respecto.

1.1.8 para que realice una acción o incurra en una omisión en el desempeño de sus funciones oficiales

25. El Artículo 250 bis A se aplica a la dádiva ofrecida, etc. a un funcionario público extranjero para que "realice una acción o incurra en una omisión". Esta fórmula se ajusta al tenor de la Convención. El Artículo 250 bis A también cubre la dádiva a un funcionario público extranjero que "haya actuado" o "incurrido en una omisión". Ello no se contempla en la norma estipulada en la Convención y, por ende, no se analiza en el

- // -

- // -

presente.

26. El Artículo 250 bis A no especifica si la acción u omisión del funcionario debe encuadrarse en el ámbito de sus funciones oficiales. Si el artículo 250 bis A efectivamente se aplicara (lo que parece poco probable) a todos los actos de un funcionario público extranjero, incluidos aquellos que no se relacionan con sus funciones oficiales, tendría un mayor alcance en la materia que la Convención.

27. Las autoridades chilenas confirman que el delito se extiende a todo uso del cargo del funcionario público, se encuadre o no en el ámbito de sus funciones oficiales. Por consiguiente, al parecer, en conformidad con el Comentario 19, el artículo 250 bis A cubre el caso del ejecutivo de una empresa que otorga una dádiva a un alto funcionario de gobierno para que éste emplee su cargo - aun fuera del ámbito de sus funciones oficiales - y obtenga que otro funcionario otorgue un contrato a esa empresa.

1.1.9/10 con miras a la obtención o mantención de cualquier negocio o beneficio indebido en el ámbito de transacciones internacionales

28. *El Artículo 250 bis A se aplica a una persona que comete cohecho "con miras a la obtención o mantención, para sí o un tercero, de cualquier negocio o beneficio 'en el campo de las transacciones internacionales'". Según las autoridades chilenas, las personas jurídicas y naturales también pueden ser*

- // -

- // -

*terceros.*⁸

29. Si bien el delito no especifica que el beneficio pretendido sea "indebido", las autoridades chilenas señalan que el término "indebido" se encuentra implícito. Además, confirman que el Artículo 250 bis A proscibiría las situaciones en que la empresa en cuestión fuera el licitante más calificado o bien hubiera podido legítimamente obtener el negocio en conformidad con el Comentario 4. Asimismo, esta disposición también proscibiría situaciones cubiertas por el Comentario 5, por ejemplo, algo a lo que la empresa en cuestión no hubiera tenido legítimo derecho.

30. Las autoridades chilenas confirman que un ofrecimiento, etc. para obtener un beneficio que facilitaría los negocios internacionales a nivel global, como reducciones de impuestos locales, derechos de ingreso, licencias o permisos, estaría cubierto por el artículo 250 bis A, además de las transacciones que *per se* entrañan la obtención de beneficios en transacciones internacionales (por ejemplo, un contrato para construir un puente en un país extranjero).

1.2 Complicidad

31. El Artículo 1.2 de la Convención exige que las Partes tipifiquen como delito la "complicidad, incluida la

⁸ No obstante, dado que las personas jurídicas están exentas de responsabilidad penal en virtud de la ley chilena, las autoridades de Chile han señalado que, en tal caso, cada miembro del Directorio será considerado individual, pero no solidariamente, responsable.

- // -

- // -

instigación, encubrimiento o autorización de un acto de cohecho de un funcionario público extranjero".

32. En Chile, la complicidad es una forma de participación criminal sancionada por las normas generales de participación contenidas en el Código Penal, a menos que la ley establezca una sanción específica. Las sanciones aplicadas a la complicidad dependen de la participación de la persona en el delito: i) respecto de los instigadores, la sanción es la misma que la aplicada al autor del delito (artículo 15)⁹; (ii) para los cómplices que cooperan en la comisión del delito por actos anteriores o simultáneos, la sanción es un grado menos que la pena aplicada al delito consumado (artículo 16)¹⁰; (iii) los encubridores - es decir, los que con conocimiento de la perpetración de un crimen o simple delito o de los actos ejecutados para llevarlo a cabo, sin haber tenido participación en él como autores ni como cómplices, intervienen con posterioridad a su ejecución - son sancionados con una pena dos grados menor que la aplicada al autor (artículo 17)¹¹. Las

⁹ Véase la Sección 3.1/3.2 *supra*, que analiza las sanciones aplicadas al delito de cohecho de un funcionario público extranjero.

¹⁰ *Idem.* Para presidio menor, el rango de la pena varía entre 61 a 540 días; el grado medio oscila entre 541 días y 3 años y el grado máximo, entre 3 años y 1 día y 5 años.

¹¹ *Idem.* Dicha participación puede adquirir alguna de las siguientes formas: i) aprovecharse por sí mismos o facilitar al delincuente medios para que se aproveche de los efectos del

- // -

autoridades chilenas no han señalado si la autorización estaría cubierta por la complicidad.

1.3 Tentativa y conspiración

Tentativa

33. El Artículo 1.2 de la Convención exige que la tentativa y conspiración para cometer cohecho de un funcionario público extranjero se tipifiquen como delito, en la misma medida en que lo sea la tentativa y conspiración para cometer el delito de cohecho de un funcionario público de esa Parte.

34. *La tentativa de cualquier delito, incluido el cohecho de un funcionario público nacional o extranjero, se rige por el Artículo 7 (3) del Código Penal, el cual señala lo siguiente: "Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento".*

35. Según el Artículo 7 (3) la tentativa existe cuando se da principio a la ejecución por hechos directos. En el caso del cohecho de un funcionario público extranjero, tanto el

crimen o simple delito; (ii) ocultar o inutilizar el cuerpo, los efectos o los instrumentos del crimen o simple delito para impedir su descubrimiento; (iii) albergar, ocultar o proporcionar la fuga al culpable; (iv) acoger, recibir o proteger habitualmente a los malhechores, sabiendo que lo son, aun sin conocimiento de los crímenes o simples delitos que hubieran cometido; facilitarles los medios de unirse u ocultar sus armas o efectos, o suministrarles auxilios o noticias para que se guarden, precavan o salven.

- // -

- // -

sobornante como el funcionario público extranjero deben tener conocimiento de la dádiva para que exista tentativa. Cuando se ofrece una dádiva, pero el funcionario extranjero no tiene conocimiento de ésta, no se consideraría tentativa o delito consumado conforme a la legislación chilena. Resulta poco claro qué constituiría tentativa, en comparación con un delito consumado, especialmente dado que las autoridades chilenas señalan que el mero ofrecimiento de una dádiva constituye delito consumado. En virtud del Artículo 7 (2), hay crimen o cohecho frustrado cuando el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consuma y esto no se verifica por causas independientes de su voluntad.

36. El Artículo 7 (1) del Código Penal, que sanciona tanto las tentativas como los delitos frustrados, se aplica en caso de cohecho de un funcionario público extranjero. En virtud de las normas generales del Código Penal, la pena por tentativa es dos grados menos que la de un delito consumado.

Conspiración

37. Ni la conspiración para cometer cohecho de un funcionario público nacional ni de un funcionario público extranjero es penada en virtud del derecho chileno.

ARTICULO 2: RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURIDICAS

38. El Artículo 2 de la Convención exige que cada Parte "adopte las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios legales, para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por el cohecho de un funcionario público extranjero".

2.1 Responsabilidad penal

- // -

- // -

39. En Chile, las personas jurídicas no tienen responsabilidad penal, pues el Código Penal (artículo 39) y el Código Procesal (artículo 58) contemplan el principio *societas delinquere non potest*. No obstante, no existe impedimento constitucional para imponer responsabilidad penal a las personas jurídicas en Chile y el Gobierno chileno ha señalado que pretende abordar este tema en el marco general de la actual reforma al Código Penal. Se espera que conforme al Decreto Supremo 443 de 12 de junio de 2003, que creó el Comité Asesor del Ministerio de Justicia, se emita un informe sobre cuya base elaborar un proyecto de ley de reforma hacia fines de 2004.

2.2 Responsabilidad no penal

40. Las autoridades chilenas señalan que existe responsabilidad civil y administrativa para ciertos tipos de personas jurídicas o en ciertas circunstancias, que pueden aplicarse al delito de cohecho de un funcionario público extranjero. No obstante, estas disposiciones no abordan específicamente el cohecho de un funcionario público extranjero. Más bien, estipulan una responsabilidad más general por delitos que, en ciertas circunstancias, podrían incluir la corrupción y otros (es decir, disolución de organizaciones sin fines de lucro que no cumplan con su objeto social; multas, censura o reprimenda contra bancos y otras instituciones financieras que no cumplan las disposiciones reglamentarias), y disolución o multas por violaciones de las normas antimonopólicas. Respecto de las sociedades en general, la disolución de una sociedad o fundación puede imponerse cuando la entidad actúe en contravención de sus objetos sociales o

- // -

- // -

no cumpliere las exigencias reglamentarias.

3. ARTICULO 3: SANCIONES

41. La Convención exige a las Partes instaurar "sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasivas", similares a las que se aplican al cohecho de los funcionarios públicos nacionales de esa Parte. Cuando el derecho interno de una Parte no estipula la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la Convención exige que la Parte garantice que estarán supeditadas a "sanciones no penales efectivas, proporcionadas y disuasivas, incluidas las sanciones pecuniarias". La Convención también exige que, respecto de una persona natural, las sanciones penales incluyan la "privación de libertad" por un período suficiente para permitir la asistencia judicial mutua y la extradición. Además, la Convención exige que cada Parte adopte las medidas necesarias para garantizar que la dádiva y el producto del cohecho de un funcionario público extranjero sean embargados y confiscados o que se apliquen medidas pecuniarias de "efecto similar". Finalmente, la Convención exige que cada Parte considere aplicar sanciones civiles o administrativas adicionales.

3.1/3.2 Sanciones penales aplicables al cohecho de un funcionario público nacional y extranjero

42. Respecto de las personas naturales, el nivel de las sanciones aplicables al cohecho activo de un funcionario público extranjero (Artículo 250 bis A) y un funcionario público nacional (Artículo 250) depende de si el sobornante (i) ofrece la dádiva a un funcionario público o ii) accede a la solicitud de dádiva. Respecto del cohecho de un funcionario

- // -

- // -

público nacional, el nivel de las sanciones también depende de la gravedad del delito de cohecho pasivo en virtud de los Artículos 248 y 249, en especial del acto oficial u omisión solicitada a cambio de la dádiva. La comparación de sanciones del cohecho de funcionarios públicos nacionales y extranjeros muestra que existen discrepancias en el rango de las penas, particularmente por el delito agravado de cohecho de un funcionario público nacional con el fin de inducirlo a cometer ciertos tipos de delitos (señalados en el Título V, Libro II, o Título III, Párrafo 4, del Código Penal, por ejemplo violar funciones oficiales o derechos constitucionales). Si bien el Artículo 1 de la Convención cubre el caso correspondiente a este tipo de cohecho, el rango de las sanciones (multas) aplicadas en caso de ofrecer o acceder a la solicitud de una dádiva es el triple del "beneficio económico" en caso de cohecho de un funcionario nacional y el doble de ése en caso de cohecho de un funcionario extranjero. Además, por acceder a la solicitud de una dádiva en caso de un funcionario nacional en las circunstancias anteriores, la sanción de presidio es mayor que la aplicada por el cohecho de un funcionario público extranjero y, los tipos de sanciones accesorias (por ejemplo, inhabilitación) por este tipo de delito son diferentes.

43. Conforme a las autoridades chilenas, el delito agravado de cohecho es específico de delitos conforme a las leyes chilenas que rigen la violación de funciones oficiales de los funcionarios públicos o de derechos constitucionales. Chile sostiene que dado que sería poco probable que un funcionario público extranjero pudiera violar sus leyes nacionales, las

- // -

- // -

sanciones por el delito agravado de cohecho de un funcionario nacional no pueden compararse con las sanciones aplicadas al cohecho de un funcionario extranjero. Aparte de esta distinción, Chile manifiesta que las sanciones por cohecho de funcionarios nacionales y extranjeros son similares.

Las sanciones aplicables (acumulativas) a las personas naturales por el delito de cohecho activo de funcionarios públicos extranjeros (artículo 250 bis A) y funcionarios públicos nacionales (artículos 248 a 250) se resumen en la siguiente tabla:

Acto/omisión del funcionario público	Multa	Presidio ¹²	Sanciones accesorias: inhabilitación de ocupar cargo público
Artículo 250 bis A: cohecho activo de un funcionario público extranjero			
Acto u omisión	Doble del beneficio	Ofrecimiento: 61 días a 3 años	Inhabilitación temporal parcial o absoluta
		Consentimiento: 61 a 540 días	
Artículos 248 a 250: cohecho activo de un funcionario público chileno			
Acto lícito por el cual no se estipulan honorarios ¹³	Mitad de los honorarios o beneficio	-	Suspensión de funciones públicas (61 días a 3 años)

¹² En Chile, la privación de libertad incluye presidio, reclusión y prisión. La prisión, presidio y reclusión temporal se dividen en mayor o menor, y éstos a su vez en mínimo, medio y máximo. El cohecho siempre es penado con presidio menor y el grado depende del tipo de cohecho.

- // -

- // -

Omisión de acto lícito o comisión de acto ilícito ¹⁴	Doble del beneficio	Ofrecimiento: 61 días a 3 años	Inhabilitación temporal parcial o absoluta
		Consentimiento: 61 a 540 días	
Comisión de un acto ilícito (tráfico de influencias) ¹⁵	Doble del beneficio	Ofrecimiento: 61 días a 3 años	Inhabilitación perpetua, parcial o absoluta.
		Consentimiento: 61 a 540 días	
Ciertos crímenes o simples delitos cometidos por el funcionario ¹⁶	Triple del beneficio	Ofrecimiento: 541 días a tres años	Ofrecimiento: inhabilitación perpetua parcial o absoluta o inhabilitación absoluta temporal
		Consentimiento: 61 días a 3 años	Consentimiento: inhabilitación perpetua parcial o absoluta o inhabilitación temporal absoluta

44. Las autoridades chilenas señalan que las multas pueden imponerse se concediere efectivamente o no la dádiva pues "el delito se consuma por el mero hecho del ofrecimiento". No obstante, dado que el nivel de la multa se determina según el "beneficio económico" ofrecido, su valor debe cuantificarse con el objeto de imponer la multa. En el caso de recibirse un

¹³ Véase artículo 248 y artículo 250, párrafo 1.

¹⁴ Véase artículo 248 bis, incisos 1 y 2, y artículo 250, inciso 2.

¹⁵ Véase el artículo 248 bis, incisos 1 y 2, y el artículo 250, inciso 2.

¹⁶ Véanse los artículos 249 y 250, inciso 3 (violación de funciones o de derechos constitucionales)

- // -

- // -

"beneficio económico" distinto del prometido u ofrecido, las autoridades chilenas señalan que para determinar el monto de las multas se empleará el monto de la dádiva ofrecida o prometida. Ello podría resultar en una multa de monto reducido, basada en el valor de la dádiva, aun cuando ésta hubiera generado un retorno sustancial ("quo"), y la gravedad del delito no se viere reflejada. Además, resulta poco claro si y cómo se impondrían las multas en caso de que en el futuro el delito incluyera beneficios no pecuniarios.

45. Por lo general, las agravantes y atenuantes pueden afectar el nivel de las sanciones, de conformidad con las normas relativas a sentencia contempladas en el Código Penal. Por ejemplo, de conformidad con el artículo 103 del Código Penal si el sobornante se entregare a las autoridades o si fuere habido luego de transcurridos dos años y medio (al menos la mitad del plazo legal de prescripción), la corte deberá considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante.

46. Cabe destacar que la pena por malversación de caudales públicos (apropiación indebida) conforme al artículo 233 del Código Penal oscila de entre 541 días a 3 años y de 5 años y 1 día a 15 años, dependiendo del monto sustraído. Estas sanciones son considerablemente superiores a las de cohecho de funcionarios públicos nacionales y extranjeros. Además se impondrá una multa y la inhabilitación para desempeñar cargos y oficios públicos.

3.3 Penas y Asistencia judicial mutua

47. La asistencia judicial mutua ("AJM") no depende de la pena

- // -

- // -

asignada a un delito en Chile o en el estado requirente para el que se solicita AJM, sino más bien de la existencia de tratados bilaterales y multilaterales. La AJM basada en la existencia de tratados, incluido el uso de medidas coercitivas como el allanamiento y decomiso, tampoco está condicionada al período de presidio contemplado en el derecho penal de Chile o el Estado requirente.

3.4 Penas y extradición

Generalidades

48. Las condiciones que deben cumplirse para solicitar u otorgar la extradición se rigen por el Código de Procedimiento Penal, excepto cuando existan tratados bilaterales o multilaterales. Como mencionáramos con anterioridad, el 16 de diciembre de 2004¹⁷, cuando se implemente en la Región Metropolitana, el Código Procesal Penal habrá totalmente al Código Penal (véase análisis en "Convención como un todo *supra*"). Durante el período de transición, cuando Chile solicite la extradición, el Código aplicable será el que se aplique en la región en que se persigue el delito al momento de la solicitud. Cuando otra Parte solicite la extradición a Chile, se aplicará el Código Penal hasta el 16 de diciembre de 2004¹⁸

¹⁷ Véase nota al pie 2, en que se indica que tras la reunión del Grupo de Trabajo, esta fecha se pospuso hasta el 16 de junio de 2005.

¹⁸ Idem.

- // -

y, con posterioridad a esa fecha, el Código Procesal.¹⁹

Cuando Chile solicita la extradición a otra parte ("Extradición activa")

49. Conforme al Artículo 635 del Código de Procedimiento Penal, la extradición puede solicitarse por cualquier delito sancionado con presidio por un período superior a un año. Si bien la disposición nada indica sobre si el criterio de "superior a un año" se refiere al período mínimo o máximo de presidio, la jurisprudencia ha aclarado que esta situación se refiere al período máximo de presidio.

50. Conforme al artículo 431, inciso 1, del Código Procesal, Chile puede solicitar la extradición en una acción criminal entablada por un delito con un período mínimo de presidio superior a un año o cuando la sentencia privativa de libertad impuesta sea superior a un año. Dado que la pena mínima por cohecho de un funcionario público extranjero se encuentra bajo este límite, es insuficiente para permitir a Chile solicitar la extradición del delincuente desde otro territorio.

Cuando otra Parte solicita a Chile la extradición ("Extradición pasiva")

51. Conforme al Artículo 644 del Código de Procedimiento Penal, no existe requisito relativo a la duración del presidio para otorgar la extradición. La ley solo estipula que se enjuicie a

¹⁹ Ello se debe a que la Corte Suprema, entidad responsable de las causas de extradición, tiene asiento en Santiago, parte de la Región Metropolitana y deberá adoptar el Código Procesal el 16 de junio de 2005 (véase nota al pie 2).

- // -

- // -

la persona en territorio chileno que sea objeto de una solicitud de extradición o haya sido condenada en el país requirente.

52. El Artículo 440 del Código Procesal estipula la extradición en caso de que un país extranjero solicite la extradición de una persona natural que se encuentre en Chile y haya sido acusada de un delito penado con más de un año de presidio en dicho país.

3.5 Decomiso y confiscación

53. El Artículo 3.3 de la Convención exige que cada Parte adopte las medidas que sean necesarias para estipular que "la dádiva y el producto del cohecho de un funcionario público extranjero o bienes por el valor correspondiente al producto de ése, sean objeto de decomiso y confiscación o que se impongan sanciones pecuniarias de efecto similar".

Decomiso

54. Los artículos 83, 217 y 218 del Código Procesal Penal permiten el decomiso anterior al juicio de la dádiva o su producto, previa autorización del Juez de Garantía, con el propósito de custodiar las pruebas o garantizar que se encuentren disponibles en caso de que en el juicio se decrete una multa o su confiscación. Además, luego de concluir la investigación, las víctimas pueden solicitar un decomiso por hasta 15 días antes de iniciarse la audiencia preparatoria. Durante el plenario, las partes no podrán solicitar el decomiso.

55. El Artículo 380 del Código de Procedimiento Penal estipula

- // -

- // -

que el juez que inicie una investigación formal puede decretar el decomiso de bienes que pertenezcan al imputado con el objeto de garantizar el pago de posibles costas, multas, etc. Los artículos 7 y 114 permiten al juez decretar el decomiso para garantizar las pruebas. En cualquier etapa del proceso, una víctima o cualquier persona afectada por el delito podrá solicitar el decomiso de bienes pertenecientes al imputado.

Confiscación

56. El Artículo 31 del Código Penal señala que "toda pena que se imponga por un crimen o un simple delito lleva consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los instrumentos con que se ejecutó, a menos que pertenezcan a un tercero no responsable del crimen o simple delito". Esto es digno de mención pues, dado que las personas jurídicas no tienen responsabilidad penal conforme al derecho Chileno, el artículo 31 no podría aplicarse a las sociedades que hubieran actuado como autores o terceros. Por lo tanto, si una persona jurídica estuviere en posesión de una dádiva o su producto, ninguno de los dos podría ser confiscado. El Artículo 251 del Código Penal señala que los bienes recibidos por un funcionario público nacional o extranjero serán decomisados en beneficio fiscal. No obstante, esta disposición se refiere al cohecho pasivo. No aborda la confiscación de una dádiva que aún se encuentre en poder del sobornante ni del producto del cohecho (es decir, lo que el sobornante recibe a cambio de la comisión del delito) que se encuentre o permanezca bajo el control del delincuente (es decir, el sobornante) en caso de cohecho activo.

- // -

- // -

57. La confiscación del producto e instrumentos del delito debe ser ordenada conforme al artículo 504 del Código de Procedimiento Penal y el artículo 348 del Código Procesal Penal. El Artículo 348 prescribe que la confiscación es obligatoria. Las autoridades chilenas indican que el artículo 504, si bien es poco claro en su redacción, también prescribe la confiscación obligatoria. En caso de que no se pueda efectuar la confiscación de la dádiva o su producto, las autoridades chilenas señalan que se pueden aplicar sanciones pecuniarias de efecto similar por el delito de cohecho de un funcionario extranjero, incluida la imposición de una multa o fianza. En caso de multa, su monto podrá ser fijo o variable, según el delito. En caso de fianza, el tribunal fijará su monto.

3.6/3.7 Sanciones civiles y administrativas adicionales

58. El Artículo 119 del Estatuto Administrativo estipula la destitución de un funcionario público que haya sido condenado por un crimen o simple delito, lo que incluiría el delito de cohecho de un funcionario público extranjero.

59. Además, si mediante el cohecho se ha obtenido un subsidio, licitación o beneficio económico, la autoridad otorgante anulará el acto ilegal.²⁰

²⁰ Actualmente no existen otras sanciones administrativas que pudieren imponerse por el delito de cohecho de un funcionario extranjero, como, por ejemplo, inhabilitación para recibir beneficios o asistencia pública, inhabilitación temporal o permanente para participar en licitaciones públicas o ejercer

- // -

60. Las "víctimas" pueden entablar una acción civil por daños y perjuicios durante un proceso criminal o, subsidiariamente, una acción civil ante un juzgado civil, de conformidad con los Artículo 59 y siguientes del Código Procesal y los Artículos 10 y siguientes del Código de Procedimiento Penal. El Artículo 24 del Código Penal - que autoriza a las víctimas a entablar una acción civil por daños y perjuicios - estipula que *"toda sentencia condenatoria en materia criminal lleva envuelta la obligación de pagar las costas, daños y perjuicios por parte de los autores, cómplices, encubridores y demás personas legalmente responsables."*

61. No obstante, resulta dudoso si los elementos "víctima" y "daños" están presentes en caso de cohecho de funcionario público extranjero. Ello se debe a la dificultad para calificar y/o catalogar, digamos, a un competidor como "víctima" y para caracterizar el producto del cohecho (es decir, lo que el sobornante obtiene a cambio de la comisión del delito) como "daños y perjuicios". No obstante, las autoridades chilenas parecen manifestar que los competidores podrían ser considerados como "víctimas" y que los daños y perjuicios pueden calificarse, por ejemplo, como "costo de oportunidad" (es decir, el valor de un posible contrato).

4. ARTÍCULO 4: JURISDICCIÓN

4.1 Jurisdicción territorial

62. El Artículo 4.1 de la Convención exige a cada Parte

otras actividades comerciales, dictación de una orden de intervención o disolución judicial (Véase Comentario 24).

- // -

- // -

"adoptar las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre el cohecho de un funcionario público extranjero cuando el delito sea cometido, total o parcialmente, en su territorio". El Comentario 25 aclara que "no se requiere una amplia conexión física con el acto de cohecho."

63. El Artículo 5 del Código Penal y el Artículo 5 del Código Orgánico de Tribunales estipulan el principio de territorialidad respecto de todo tipo de delito, incluido el cohecho de un funcionario público extranjero.²¹

64. Respecto de los delitos que no requieren producir daño efectivo para constituir un crimen, como el cohecho de un funcionario público nacional o extranjero (delito de peligro), la jurisdicción territorial se establece en donde se hubiere dado principio de ejecución. Las autoridades chilenas confirman que un correo electrónico, fax o llamada telefónica bastaría para establecer el nexo exigido, siempre que el ofrecimiento hubiera comenzado en Chile. Dado que el elemento constituyente del cohecho de un funcionario público extranjero es el "ofrecimiento" y no la promesa o la dádiva, el artículo 5 exige que el "ofrecimiento" (es decir, una parte específica del delito) haya comenzado en territorio chileno. Ello es problemático dado que si la acción hubiera comenzado con un ofrecimiento realizado fuera de Chile, Chile no podría

²¹ Además, los crímenes o simples delitos cometidos por chilenos o extranjeros a bordo de una nave chilena en altamar (artículo 6 4) del Código Orgánico de Tribunales) están sujetos a la jurisdicción de Chile.

- // -

- // -

establecer jurisdicción territorial, aun cuando la dádiva efectivamente se hubiere concedido en Chile. Tampoco resulta claro si todo el "ofrecimiento" debe realizarse en Chile o si basta con las gestiones iniciales para realizar el "ofrecimiento".

65. Respecto de los delitos que producen daño efectivo, la jurisdicción territorial se establece en el lugar en que el delito produce sus consecuencias o efectos. No obstante, como se señalara con anterioridad, ello no se aplica al delito de cohecho de un funcionario extranjero. Sin embargo, las autoridades chilenas consideran que dado que el principio de los "efectos" adquiere mayor reconocimiento en Chile, los tribunales pueden extender su jurisdicción para cubrir delitos como el cohecho, que produce sus efectos en Chile, produzca o no daños. Por el momento, este concepto existe solo a nivel de literatura jurídica.

4.2 Jurisdicción por nacionalidad / jurisdicción extraterritorial

66. El Artículo 4.2 de la Convención exige que cuando las Partes tengan jurisdicción para perseguir a sus nacionales por delitos cometidos en el extranjero, conforme a los mismos principios, "adopten las medidas necesarias para establecer jurisdicción respecto del cohecho de un funcionario público extranjero".

67. Las leyes chilenas establecen la jurisdicción por nacionalidad únicamente en un número limitado de delitos (artículo 6 del Código Orgánico de Tribunales). Esta lista no

- // -

- // -

incluye el cohecho activo de un funcionario público extranjero. Sí incluye delitos relacionados con intereses públicos chilenos legalmente protegidos, como crímenes y simples delitos contra la soberanía o la seguridad del Estado, falsificación de timbres del Estado o moneda nacional, malversación de caudales públicos, infidelidad en la custodia de documentos y cohecho de funcionarios públicos chilenos o de funcionarios públicos extranjeros que trabajen para Chile. Chile también aplica el principio de universalidad en caso de piratería.

68. No obstante, el artículo 6(8) del Código Orgánico de Tribunales señala que los delitos cometidos fuera del territorio chileno que se encuentren incluidos en los tratados celebrados con otros países están supeditados a la jurisdicción de Chile. Sin embargo, Chile señala que resulta poco claro si los tribunales establecerían jurisdicción por nacionalidad respecto del cohecho de un funcionario público extranjero conforme a esta disposición. Hasta la fecha, no existen precedentes que amplíen la jurisdicción extraterritorial sobre nacionales chilenos por delitos incluidos en los tratados internacionales.

4.3 Procedimientos de consulta

69. El Artículo 4.3 de la Convención exige que, cuando más de una Parte posea jurisdicción sobre un supuesto delito descrito en la Convención, las Partes en cuestión, a solicitud de cualquiera de ellas, celebrarán consultas con el objeto de determinar la jurisdicción más adecuada para perseguir el delito.

- // -

- // -

70. Las autoridades chilenas señalan que no existe disposición legislativa expresa respecto de los procedimientos de consulta, pero que la jurisprudencia autoriza tales procedimientos en virtud de los principios generales del derecho.

4.4 Revisión de la base de jurisdicción

71. Las autoridades chilenas señalan que dado que la legislación sobre cohecho de un funcionario público extranjero entró en vigor hace poco tiempo, resulta prematuro evaluar la efectividad de su jurisdicción sobre tal delito. No obstante, Chile pretende revisar su base jurisdiccional sobre el cohecho de un funcionario público extranjero.

ARTÍCULO 5: EJECUCIÓN

72. El Artículo 5 de la Convención estipula que la investigación y persecución del delito de cohecho de un funcionario público extranjero estará "sujeto a las normas y principios aplicables de cada Parte". También exige que cada Parte garantice que la investigación y persecución del delito de cohecho de un funcionario público extranjero "no estén influidas por consideraciones de interés nacional, su posible efecto en las relaciones con otro Estado o la identidad de las personas naturales o jurídicas involucradas".

5.1 Normas y principios relacionados con investigación y persecución del delito.

73. La investigación y persecución de este delito se inicia, suspende y termina de conformidad con las normas generales contempladas en el Código de Procedimiento Penal. La investigación y persecución de delitos en Chile están sujetos a

- // -

- // -

uno o dos código(s) de procedimiento, dependiendo de la región pertinente, pues Chile ha promulgado un nuevo Código Procesal Penal que, región por región, reemplazará gradualmente al Código de Procedimiento Penal, finalizando con la incorporación de la Región Metropolitana (que incluye a Santiago) el 16 de diciembre de 2004²². El Código Procesal Penal ha entrado en vigencia en ocho de las trece regiones de Chile.²³ El Artículo 483 del Código Procesal Penal estipula que se aplicará a delitos cometidos con posterioridad a su fecha de entrada en vigencia. Conforme al Artículo 11 del Código Procesal Penal, cuando éste se encuentre en vigencia, los tribunales podrán, a su arbitrio, aplicar el antiguo Código si determina que ése contiene disposiciones "más favorables para el imputado". No obstante, Chile también señala que esta disposición solo puede usarse en casos excepcionales y que, hasta la fecha, no se ha aplicado.

74. El Código Procesal modifica los procesos criminales al promover un sistema de justicia abierto, oral y acusatorio, a

²² Luego de la reunión celebrada en octubre de 2003 por el Grupo de Trabajo, la fecha de incorporación de la Región Metropolitana se aplazó al 16 de junio de 2005 mediante la Ley No. 19.919, que apareció publicada en el Diario Oficial de 20 de diciembre de 2003.

²³ Tras la reunión del Grupo de Trabajo, las autoridades chilenas informaron a la Secretaría que 12 de las 13 regiones de Chile habían adoptado el Código Procesal Penal al 16 de junio de 2003.

- // -

- // -

diferencia del Código de Procedimiento Penal que se basa en el tradicional sistema inquisitorio. El Capítulo VI-A de la Constitución Política crea el Ministerio Público, única entidad encargada de investigar y perseguir delitos. El Artículo 80A, inciso 1, de dicho Capítulo también señala que el Ministerio Público "entablará las acciones penales en conformidad con la ley" y "adoptará las medidas tendientes a proteger a las víctimas y testigos"²⁴. En comparación, en virtud del Código de Procedimiento Penal, un juez de instrucción actuaba como fiscal en la etapa de sumario y luego, una vez que había reunido las pruebas, como juez en la etapa de plenario, la cual era cerrada al público. Según el Código Procesal Penal, el Ministerio Público es el único encargado de realizar la investigación, en algunos casos bajo la supervisión de un Juez de Garantía. Luego de que el Ministerio Público formalice al acusado, la causa será vista por el Juez de Garantía o el Tribunal Oral, según

²⁴ El Artículo 6 del Código Procesal Penal estipula que el Ministerio Público deberá velar por la adecuada protección de la víctima del delito en todas las etapas del procedimiento penal y hacer cumplir sus derechos. El fiscal deberá promover acuerdos patrimoniales, medidas cautelares u otros mecanismos que faciliten la reparación del daño causado a la víctima. Ese deber no obstará al ejercicio de las acciones civiles por daños y perjuicios que pudieren corresponderle a la víctima. Además estipula que la policía y los demás organismos auxiliares deberán facilitar al máximo su participación en los trámites en que debiere intervenir durante el proceso investigativo.

- // -

- // -

corresponda. El plenario es público.

75. En virtud del Código Procesal, prima el principio de persecución obligatoria²⁵. Conforme al Artículo 166, inciso 2,

²⁵ Los Artículos 53 a 58 del Código Procesal Penal establecen el procedimiento que ha de seguirse en las acciones criminales. De conformidad con el artículo 53, las acciones criminales deben ser perseguidas *ex officio* por el Ministerio Público, a menos que se apliquen disposiciones especiales. El "principio de oportunidad" en virtud del nuevo sistema procesal permite a los fiscales optar por abandonar una acción y aplicar mecanismos "alternativos" o "selectivos" previstos en la ley. Estos incluyen el archivo provisional for falta de pruebas suficientes (artículo 167 del Código Procesal Penal), la facultad de no iniciar una investigación cuando los hechos denunciados no fueren constitutivos de delito o cuando se encuentre extinguida la responsabilidad penal del imputado (artículo 168), la facultad de no iniciar la persecución penal o de abandonar la ya iniciada conforme al principio de oportunidad *per se*, por ejemplo cuando se tratase de un hecho que no comprometiére gravemente el interés público, a menos que la pena mínima asignada al delito excediere la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo (61 días), lo que se aplica a la mayoría de los delitos de cohecho (artículo 170). En el último caso, las autoridades de Chile señalan que el cohecho de funcionarios públicos extranjeros *de facto* afecta gravemente el interés público y que las obligaciones internacionales contraídas por Chile impedirían el uso del

- // -

- // -

el Ministerio Público, cuando tomare conocimiento de la existencia de un hecho que revistiere caracteres de delito, con el auxilio de la policía²⁶, promoverá la persecución penal. Acción criminal significa i) iniciar una investigación preliminar conforme a los artículos 167 a 170 o ii) conducir una investigación formal ante el Juez de Garantía conforme a los artículos 229 y siguientes.

76. El Ministerio Público es el único organismo que puede promover una investigación *ex officio* o como resultado²⁷ de la

principio de oportunidad en caso de cohecho de un funcionario público extranjero. En caso de archivo provisional, la víctima podrá reclamar ante el Ministerio Público o los tribunales. La víctima podrá impugnar la decisión del Fiscal de no iniciar una investigación presentando una acción ante los tribunales.

²⁶ La policía (Investigaciones de Chile y Carabineros de Chile) no tiene facultades para promover, suspender o poner término a las acciones criminales. Conforme al artículo 79 del Código Procesal, la policía auxiliará al Ministerio Público en la investigación. El Artículo 80 estipula que desempeñarán sus funciones bajo la dirección, instrucciones y responsabilidad de los fiscales.

²⁷ Véase los artículos 3, 77 y 166 y siguientes del Código Procesal Penal. Las denuncias también pueden presentarse ante la policía o los tribunales (incluido un Juez de Garantía), en cuyo caso la denuncia debe ser remitida al Ministerio Público que corresponda. No existen requisitos especiales de índole

- // -

- // -

denuncia presentada por la víctima (artículo 172 del Código Procesal Penal). Además, cualquier persona puede denunciar el delito de cohecho, aunque solo la víctima puede tomar parte en la causa²⁸. Es opinión de las autoridades chilenas que conforme al artículo 108 del Código Procesal Penal, los competidores pueden ser catalogados como víctimas de un delito de cohecho de funcionario público extranjero cuando puedan demostrar que son parte "agraviada".

77. La persecución solo se podrá suspender, interrumpir o hacer cesar su curso en los casos previstos en la ley. Respecto de la suspensión, conforme al artículo 167, el Ministerio

procesal ni relativos a aprobaciones para que el Ministerio Público promueva una acción criminal.

²⁸ Los funcionarios públicos que tomaren conocimiento de un delito de cohecho en el desempeño de sus funciones están obligados a denunciarlo (artículo 84 3)) y artículo 55 k) de la Ley No. 18.834 (Ley de Estatuto Administrativo). No existe autoridad administrativa que pueda impedir la promoción, investigación, suspensión o terminación de una acción criminal por el delito de cohecho de un funcionario público extranjero. Una vez que se ha iniciado, la causa sólo puede ser terminada por fallo judicial, el cual puede ser objeto de apelación. Además, el artículo 139 de la Ley Orgánica No. 10.336 exige a la Contraloría General denunciar el cohecho, etc. del que tomare conocimiento en el curso de sus investigaciones.

- // -

- // -

Público podrá, con la autorización del Fiscal regional²⁹, suspender temporalmente una investigación si i) el juez de garantía aún no ha participado en el proceso y ii) la información reunida no conduce a un proceso tendiente a aclarar los sucesos. No obstante, según las Directriz No. 42 del Fiscal Nacional, de fecha 17 de enero de 2001, la suspensión temporal no se aplicaría al cohecho dado que tales medidas se refieren a simples delitos, no a crímenes que revistan mayores sanciones o afecten el interés público, como el cohecho.

78. El Artículo 237 del Código Procesal Penal permite la suspensión condicional de una investigación si la pena prevista para el delito fuere inferior o igual a tres años de presidio (pena que se aplica al cohecho de un funcionario público extranjero) y el imputado no hubiere sido condenado anteriormente por un crimen o simple delito y consintiere en dicho procedimiento³⁰. Dicha acción, que impone ciertos requisitos al imputado por un plazo determinado, no va al Tribunal Oral y no exige una admisión de culpabilidad. Si bien

²⁹ Respecto de los delitos punibles con privación de libertad, como el cohecho, el Fiscal regional revisa si la decisión del fiscal en el sentido de que no era posible llevar a cabo un procedimiento preliminar debido a la falta de pruebas que aclararan los hechos estaba debidamente fundada.

³⁰ El querellante tiene derecho a ser oído, pero el juez no está obligado a toma su opinión en cuenta. La suspensión condicional de la causa en virtud de este artículo no impide al querellante entablar una acción civil por daños y perjuicios.

- // -

- // -

el cohecho de un funcionario público extranjero estaría cubierto por este mecanismo alternativo, el Fiscal Nacional instruido que se restrinja su uso y, por consiguiente, las autoridades chilenas consideran que, en la práctica, no se haría uso de este procedimiento³¹. Además, los fiscales parecen estar facultados para celebrar un acuerdo con el imputado conforme al nuevo sistema, siguiendo las directrices prescritas por el Ministerio Público³². Hasta la fecha, no se han celebrado acuerdos con el imputado ni se han empleado otros recursos extrajudiciales en casos de cohecho de funcionarios públicos nacionales y no se ha investigado ningún caso de cohecho de funcionario público extranjero.

³¹ Instrucciones 36 y 61. Oficios 256/00, 163/02, 295/02, 626/02, 404/03 y 551/03.

³² Véase *Comparative Report: Judicial Reform Process in Latin America, Follow-up Project*, elaborado por Christian Riego y Fernando Santelices para el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (modificado el 3/03 y disponible en el siguiente sitio: www.cejamerica.org). Respecto de los acuerdos con el imputado, el Informe cita el ejemplo de un imputado que se declara culpable a cambio de que el fiscal le garantice que su sentencia no será superior al período acordado. No obstante, este procedimiento no se aplica a los delitos respecto de los cuales se prevé una sentencia superior a cinco años de presidio. Id. (Según las leyes chilenas, la condena máxima para el delito de cohecho de un funcionario público extranjero es de tres años).

- // -

- // -

5.2. Consideraciones como Interés Nacional Económico

79. Las autoridades chilenas señalan que el Poder Judicial y el Ministerio Público son independientes y que el interés económico nacional, el posible efecto en las relaciones con otro Estado o la identidad de las personas naturales o jurídicas en cuestión no pueden influir en la investigación y persecución del delito de cohecho de un funcionario público extranjero. En especial, Chile señala que el interés económico nacional no influiría en la decisión del Ministerio Público de hacer cesar una acción criminal o no iniciar una acción criminal, incluso si el delito "no afecta seriamente el interés público". Conforme a la legislación actual, todo delito cuya sanción mínima sea superior a 540 días es considerado *de facto* como un delito que afecta seriamente el interés público (artículo 170)³³. Sin embargo, la sanción mínima por el delito de cohecho de un funcionario público extranjero (61 días) no cumple con esta exigencia. No obstante, el 15 de diciembre de 2000, el Fiscal Nacional emitió la Directriz No. 35, según la cual "la expresión *afecta seriamente el interés público* no se relaciona con la pena asignada al delito, sino al interés

³³ Asimismo, se considera que los delitos cometidos por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones oficiales también "afectan seriamente el interés público" de conformidad con el artículo 170 1). No obstante, esta disposición se restringe a sobornantes que tengan la calidad de funcionarios públicos y, al parecer, el ofrecimiento de una dádiva no puede catalogarse como parte de sus deberes oficiales.

- // -

- // -

protegido por ley, el cual debe evaluarse individualmente". Las autoridades chilenas señalan que la sanción aplicada al delito de cohecho de un funcionario público extranjero "no significa que debería necesariamente ser considerado como un delito que no afecta seriamente el interés público". Confían en que esta Directriz, junto con las salvaguardas del Código Procesal Penal y el derecho de la víctima a entablar una querrela, hagan inaplicable esta excepción al delito de cohecho de un funcionario público extranjero.

6. ARTÍCULO 6: PRESCRIPCIÓN

80. El Artículo 6 de la Convención exige que cualquier período de prescripción respecto del cohecho de un funcionario público extranjero sea "un período adecuado para la investigación y persecución" de este delito.

81. La prescripción del delito de cohecho de un funcionario público extranjero se rige por las normas generales del Código Penal (artículos 93 a 105). Dado que el cohecho de un funcionario público extranjero es un "simple delito", la prescripción para entablar una acción judicial y para fines de dictación de sentencia es de cinco años (sea que la dádiva haya sido ofrecida o bien que se haya accedido a una solicitud de dádiva). El término de cinco años para entablar una querrela comienza a regir en la fecha de comisión del delito. Cabe destacar que si han transcurrido dos años y medio o más entre la fecha de comisión del delito y la fecha en que se inicia la investigación, se reduce la sanción (véase *supra* 3.1/3.2).

82. La prescripción se interrumpe cuando la persona comete un

- // -

- // -

nuevo crimen o simple delito (la interrupción da lugar a un nuevo período de prescripción). Además, el Artículo 100 del Código Penal estipula que por cualquier período que el imputado pase en el extranjero durante el período de prescripción, el período original de cinco años se extiende en un día por cada día pasado en el extranjero, con un máximo de diez años. Por ende, respecto del delito de cohecho de un funcionario público extranjero, el período de prescripción podría extenderse a un total de diez años máximo.

83. El período de prescripción se suspende una vez que se interpone querrela contra el imputado³⁴. No obstante, si se "paraliza" su prosecución por tres años o se termina sin condenarle luego de tres años de haberse iniciado el proceso, se reinicia el período de prescripción (artículo 96 del Código Penal).

84. Además de la prescripción, el Código Procesal Penal introduce plazos para la investigación (artículo 247). El período durante el cual el Fiscal puede investigar una causa se limita a dos años desde la fecha en que ésta hubiera comenzado.³⁵ Transcurridos dos años, el Fiscal debe solicitar al Juez de Garantía una ampliación fundada en el hecho de que

³⁴ Conforme al artículo 233 del Código Procesal, se considera que se ha "interpuesto querrela" cuando el Fiscal da inicio a la investigación.

³⁵ Ese período de dos años se suspenderá en caso de que el proceso se suspenda en forma condicional o que la causa sea sobreseída definitivamente.

- // -

- // -

requiere de más tiempo para dilucidar los hechos. Si bien no existe plazo previsto para las investigaciones ampliadas, las autoridades chilenas señalan que el juez debe sopesar los intereses del imputado y de la Fiscalía al decidir si ampliar o no el plazo. Si el Fiscal no pusiere término a la investigación o se negare a hacerlo, el imputado o el querellante podrán solicitar al juez que cite a audiencia a las partes para tales efectos.³⁶

7. ARTÍCULO 7: LAVADO DE DINERO

85. El Artículo 7 de la Convención estipula que, si la Parte hubiera tipificado el cohecho de su funcionario público como un delito predicado para efectos de su legislación de lavado de dinero, deberá hacerlo en los mismos términos que el cohecho de un funcionario público extranjero, independiente del lugar en que se hubiera cometido el cohecho.

86. En Chile, ni el cohecho de un funcionario nacional ni el de un extranjero son delitos predicados del lavado de dinero. Al momento de la revisión de la Fase 1 de Chile, la Comisión de

³⁶ El Fiscal puede declarar en la audiencia que está dispuesto a cumplir la solicitud de poner término a la investigación, en cuyo caso tiene diez días para procesar al delincuente. De no hacerlo, el juez, *ex officio* o a solicitud de parte, oirá a las partes y decretará el sobreseimiento definitivo conforme a los artículos 406 y 409 del Código Procesal. Alternativamente, el juez puede decretar el sobreseimiento definitivo conforme a los artículos 406 y 408 del Código Procesal. Dicha decisión puede ser objeto de apelación.

- // -

- // -

Hacienda del Senado estaba estudiando un proyecto de ley que incorporaba el delito de cohecho de un funcionario público nacional o extranjero como delito predicado del lavado de dinero.³⁷ El proyecto de ley modificó varias disposiciones relacionadas con el lavado de dinero, creó una Unidad de Análisis Financiero ("UAF") y estableció la obligación de los bancos y otras instituciones financieras de informar cualquier sospecha de actividades relacionadas con el lavado de dinero.

8. ARTÍCULO 8: CONTABILIDAD

87. El Artículo 8 de la Convención exige que dentro del marco de sus leyes y normas sobre la mantención de libros y registros, divulgación de estados financieros y normas de contabilidad y auditoría, las Partes prohibirán la realización de transacciones extracontables o cuya identificación sea inadecuada, el registro de gastos inexistentes, el asiento de pasivos cuyo objeto sea incorrectamente identificado o el uso

³⁷ Tras la reunión del Grupo de Trabajo, se adoptó el proyecto de ley en diciembre de 2003. Dado que la Ley se publicó en el Diario Oficial el 18 de diciembre de 2003, el Grupo de Trabajo - que se reunió en octubre de 2003 para la revisión de la Fase 1 - no tuvo oportunidad de revisar el proyecto de ley. Durante la revisión de la Fase I, las autoridades chilenas manifestaron que el proyecto había sido enviado para revisión constitucional debido a que las disposiciones relativas a secreto bancario fueron catalogadas como inconstitucionales. Asimismo, la función fiscalizadora fue traspasada desde las autoridades judiciales al Ministerio de Hacienda.

- // -

- // -

de documentos falsos por parte de sociedades sujetas a tales leyes y reglamentos, con el objeto de cometer cohecho de funcionarios públicos extranjeros u ocultarlo. La Convención también exige que cada Parte estipule penas persuasivas, proporcionadas y disuasivas relacionadas con tales omisiones y falsificaciones.

8.1/8.2/8.3 Requisitos contables/Sociedades sujetas a los requisitos/Penas

Libros y Registros/Normas contables

88. Las normas contables se encuentran contenidas en la Ley de Sociedades de Chile y el Código de Comercio. Además, algunos organismos de fiscalización están facultados para emitir normas contables a las entidades que se encuentran bajo su control. Estos incluyen, entre otros, la Superintendencia de Valores y Seguros [en adelante SVS], que regula las sociedades y compañías de seguro registrados, y la Superintendencia de Bancos. Asimismo, la Ley No. 13.011 autoriza al Colegio de Contadores de Chile AG para emitir "principios contables generalmente aceptados" (PCGA) y "normas de auditoría generalmente aceptadas" (NAGA)³⁸. Dichos principios y normas

³⁸ Según Chile, los PCGA y las NAGA "por lo general tienden a converger con las Normas Contables Internacionales". Véase el Boletín Técnico No. 56 emitido por el Colegio de Contadores de Chile, el que señala que las fuentes de los principios y normas contables generalmente aceptados y que se aplican en Chile son:

i) las Normas Internacionales Contables (NIC) emitidas por el

- // -

contables y de auditoría tienen fuerza de ley. A falta de una guía específica de los principios y normas contables y de auditoría de Chile, la Ley No. 13.011 señala que se aplicarán las normas contables internacionales³⁹.

89. El Artículo 73 de la Ley No. 18.046 sobre Sociedades, que se aplica a las sociedades anónimas, exige que "los asientos contables de las sociedades se efectúen en registros permanentes, en conformidad con las leyes aplicables y los "principios contables generalmente aceptados". El Artículo 74 estipula que el Directorio deberá someter a la aprobación de los accionistas la memoria anual con la situación financiera de la sociedad durante el último ejercicio financiero y el balance

Comité Internacional de Normas Contables (IASC); ii) las decisiones de "organismos extranjeros" compuestos por expertos en materias contables; y iii) las prácticas o decisiones generalmente aceptados sea por que son "habituales" en una industria específica o por la adecuada aplicación de "conocimientos específicos o circunstancias específicas en decisiones generalmente aceptadas".

³⁹ Chile señala que a falta de decisiones específicas en Chile, el auditor externo debe considerar i) las Normas Internacionales de Auditoría emitidas por IFAC; ii) los Estados de Normas de Auditoría (SAS) emitidos por el Instituto Interamericano de Contadores Públicos; y iii) otras decisiones generales emitidas por prestigiosas asociaciones profesionales.

- // -

- // -

general⁴⁰, un estado de ganancias y pérdidas y el informe de auditores externos o inspectores de cuenta, según corresponda. Tales documentos deben reflejar claramente el patrimonio de la sociedad, utilidades y pérdidas al cierre del ejercicio fiscal, así como la remuneración de los directores durante el ejercicio financiero anterior⁴¹. La ley también estipula que la sociedad

⁴⁰ Cualquier accionista puede entablar una acción civil o penal para determinar la composición del balance aprobado, rechazado o modificado por acuerdo de los accionistas. (Los Artículos 2314 y siguientes del Código Civil; artículos 10 y siguientes del Código de Procedimiento Penal; y los artículos 53 y siguientes del Código Procesal Penal, en general, permiten a los accionistas impugnar acuerdos ilegales ante los tribunales). Los accionistas también pueden presentar una acción administrativa ante los organismos fiscalizadores (V.Gr. artículo 27, inciso 4, de la Ley Orgánica de la Superintendencia de Valores y Seguros). El Título XIV, artículo 133, de la Ley de Sociedades prescribe que los gerentes y representantes legales son solidariamente responsables por las penas civiles impuestas por violación de la ley en perjuicio de terceros.

⁴¹ La remuneración de los Directores incluye la remuneración ajena a su cargo de Director, como gastos de representación y otros gastos, y cualquier otro pago efectuado por la sociedad. (Extraído de "Informe sobre Temas de Gobierno Corporativo en Chile" de Ricardo Escobar C., Carey Cía. Ltda., en 8 (abril de 2000) (en adelante, "Informe de Gobierno Corporativo").

- // -

- // -

deberá poner a disposición de los accionistas los libros y actas relacionados con la sociedad, sus subsidiarias y filiales, 15 días antes de la junta de accionistas. Todas las transacciones de partes relacionadas entre un director que tenga algún interés en una transacción y la sociedad o entre filiales deben cumplir con las "condiciones de lealtad" normales e informar dicho interés ante la junta de accionistas.⁴²

90. El Artículo 25 del Código de Comercio exige que cualquier persona natural o jurídica lleve un libro diario, un libro mayor, un libro de balance y el libro copiador de cartas para

Respecto de las penas por incumplimiento de requisitos contables, el artículo 133 de la Ley No. 18.046 señala que si una persona viola la ley, las normativas o los estatutos aplicables en detrimento de un tercero, esa persona, los gerentes o representantes legales de las personas jurídicas (a menos que se establezca que no tuvieron participación en el acto ilícito o que expresaron su disenso respecto de éste) tendrán responsabilidad civil y administrativa y estarán sujetas a sanciones penales y al pago de compensación por daños y perjuicios. Sin embargo, esta disposición no se aplica al delito de cohecho de un funcionario público extranjero dado que resultaría difícil demostrar que el establecimiento de registros extracontables, falsificaciones, etc. causarían "detrimento a un tercero".

⁴² Véase *supra*, nota al pie 41, Informe de Gobierno Corporativo, en 9.

- // -

- // -

finés contables. El Artículo 27 señala que en el libro diario se asentarán por orden cronológico y día por día las operaciones mercantiles que ejecute el comerciante, expresando detalladamente el carácter y circunstancias de cada una de ellas.

91. Las autoridades chilenas también citan numerosas disposiciones del Código Tributario respecto de la prohibición de cuentas extracontables, etc. y las atribuciones del Servicio de Impuestos Internos para decomisar documentos y registros y aplicar sanciones que van de multas a presidio.⁴³ No obstante,

⁴³ Véase, por ejemplo, el artículo 97, No. 4, del Código Tributario relativo a Facturas Falsas; la Circular No. 60 de 4 de septiembre de 2001 sobre infracciones y sanciones por facturas falsas y la Circular No. 78 de 23 de diciembre de 1997, que establece los procedimientos que han de seguirse al detectarse "irregularidades" penadas con presidio. Además, el artículo 197 del Código Penal prescribe: "El que, con perjuicio de tercero, cometiere en instrumento privado alguna de las falsedades designadas en el artículo 193 [faltar a la verdad en la narración de hechos sustanciales, alterar un documento verdadero, ocultar cualquier documento oficial, etc.] será penado con presidio menor en cualquiera de sus grados" y, en algunos casos, con multa de entre 11 a 15 unidades tributarias mensuales. Si tales falsedades se hubieran cometido en letras de cambio u otra clase de documentos comerciales, se castigará a los culpables con presidio menor en su grado máximo y, en algunos casos, con una multa de entre 16 y 20 unidades

- // -

- // -

dado que estas normas no se aplican directamente a la contabilidad para fines de informes financieros (aunque puedan tener una repercusión indirecta en las sociedades que apliquen las mismas normas para ambos propósitos), éstas no parecen ser las normas pertinentes para los efectos del Artículo 8 de la Convención. Sin embargo, Chile señala que las disposiciones del Código Tributario complementan las normas contables para fines de informes financieros, *inter alia*, exigiendo a los contribuyentes que empleen buenas prácticas contables (artículo 16 del Código Tributario) y estampen el timbre del Servicio de Impuestos Internos en sus libros y registros contables "para garantizar su veracidad" (artículo 17). Además, Chile señala que aun cuando existen diferencias en los criterios contables establecidos por los principios contables generalmente aceptados (PCGA) y aquellos para efectos tributarios, el marco contable formal contemplado en el Código de Comercio se ve "complementado por las pautas dictadas por el Servicio de Impuestos Internos, cuyas atribuciones se encuentran contenidas en el Decreto con Fuerza de Ley No. 7 de 1980."

92. Respecto de tipos específicos de entidades, Chile hace referencia a leyes específicas. En primer lugar, respecto de las sociedades inscritas en la Bolsa de Valores (con excepción de los bancos, instituciones financieras, administradores de

tributarias mensuales. El Artículo 198 estipula: "El que maliciosamente hiciere uso de los instrumentos falsos a que se refiere [el artículo 197], será castigo como si fuera autor de la falsedad."

- // -

- // -

fondos mutuos y otras personas/entidades sujetas a diversos organismos fiscalizadores), el Artículo 4 del Decreto Ley 3538 de 1980 (Ley Orgánica de la Superintendencia de Valores y Seguros), exige que tales sociedades mantengan registros contables de conformidad con las normas dictadas por la SVS y, en ausencia de una disposición específica, con los principios contables generalmente aceptados de Chile.⁴⁴ El Artículo 4 e) 3) señala que conforme a las atribuciones otorgadas, la SVS "podrá ordenar que el valor ingresado en algunas partidas de cuenta sea rectificado o corregido cuando se determine que dicho valor no se ha registrado conforme a las normas dictadas por la Superintendencia o los principios y normas contables generalmente aceptados" y, en especial, cuando dicho valor "no fuere fiel a la realidad". Dicha disposición también autoriza a la Superintendencia a revisar los estados financieros durante los cuatro años inmediatamente anteriores. El Artículo 4 i) señala que la Superintendencia tiene la atribución de dictar normas que garanticen que las actas, libros y registros exigidos son "fieles a la realidad".

93. Conforme a los Artículos 27 y 28 del Decreto-Ley 3538, la Superintendencia de Valores y Seguros puede imponer penas a las sociedades sujetas a su fiscalización, así como a sus directores, gerentes, empleados, etc. que violen las leyes, reglamentos, estatutos y otras normas, o que no cumplan las instrucciones de la Superintendencia. Según el artículo 27, las penas impuestas a una sociedad, sus directores, gerentes,

⁴⁴ También estipulado en la Circular No. 1501 de 2000.

- // -

- // -

empleados, inspectores de cuenta o liquidadores incluyen una o más de las siguientes: i) censura; ii) multa para beneficio fiscal por hasta 15.000 UF por sociedad (que puede triplicarse en caso de reincidencia)⁴⁵; y iii) en caso de sociedades, revocación de su personalidad jurídica. Conforme al Artículo 28, las penas impuestas a las personas o entidades - con excepción de las señaladas con anterioridad - incluyen una o más de las siguientes: i) censura; ii) multa para beneficio fiscal de hasta 15.000 UF por sociedad (que puede hasta quintuplicarse en caso de reincidencia); y iii) respecto de personas naturales nombradas o autorizadas por la Superintendencia para desempeñar algunas funciones o realizar algunos actos, suspensión de hasta un año y revocación de la autorización o nombramiento. Dichas penas son sin perjuicio de cualquier otra sanción que pueda imponerse en virtud de la legislación actual.

94. En segundo lugar, las autoridades chilenas se refieren a la Ley No. 18.045, que se aplica a las sociedades anónimas

⁴⁵ Chile señala que conforme al Artículo 29, el monto de la multa puede, a criterio de la Superintendencia, encontrarse dentro de los límites estipulados en los artículos 27 y 28 o hasta un 30% de la "emisión" o "valor de la operación irregular". "Reincidencia" se define como dos o más infracciones cometidas en un período de doce meses. El 4 de agosto de 2003, el valor de la Unidad de Fomento (UF) era de \$16.939,29 pesos chilenos o US\$ 24.

- // -

- // -

"abiertas"⁴⁶ y "sociedades en comandita"⁴⁷ en que al menos un 10% de su capital suscrito está en manos de 100 o más accionistas (con exclusión de aquellos cuya participación, sea individual o por medio de personas privadas o jurídicas, sea superior a ese porcentaje) o que posee 500 o más accionistas. En virtud del Artículo 59 de esa ley, i) la persona que deliberadamente entregue un documento falso o "ratifique" información falsa a la Superintendencia de Valores y Seguros, las bolsas de valores o el público general, o ii) un contador o auditor que emita una opinión incorrecta sobre la situación financiera de una persona conforme a la obligación de mantener registros contables contemplada en esta ley, serán penados con presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo (541 días a 10 años). Conforme al artículo 60 j), cualquier persona que deliberadamente esconda o elimine registros contables o en custodia de un corredor será penada con presidio menor en cualquiera de sus grados (61 días a 5 años).

95. Finalmente, las autoridades chilenas se refieren a la Ley

⁴⁶ Las sociedades anónimas abiertas son entidades cotizadas en la Bolsa que tienen al menos 500 accionistas o en que al menos 100 accionistas poseen al menos el 10% del capital suscrito y son fiscalizadas por la SVS.

⁴⁷ Las autoridades chilenas señalan que las sociedades en comanditas por acciones son entidades formadas por la reunión de un capital dividido en acciones o cupones de acción suministrados por socios cuyos nombres no figuran en la razón social o gestión de la sociedad.

- // -

- // -

General de Bancos, que se aplica a las instituciones financieras sujetas a la fiscalización de la Superintendencia de Bancos (así como sus filiales, con excepción de las fiscalizadas por la Superintendencia de Valores y Seguros) y señalan que, en conformidad con ésta, las transacciones deben asentarse en registros contables que identifiquen claramente su origen o propósito y que la contabilidad debe ajustarse a los principios contables generalmente aceptados en Chile, así como a las normas dictadas por la Superintendencia de Bancos. El Presidente de la Superintendencia puede imponer las sanciones administrativas de reprimenda, censura o una multa de hasta 5.000 UF por un acto que viole la Ley General de Bancos o las instrucciones de la Superintendencia.

96. Los Artículos 157 y 158 de la Ley de Bancos estipula que serán objeto de sanciones penales i) los funcionarios que aprueben o presenten balances fraudulentos o falsos o escondan su situación y ii) los gerentes generales o personas que actúen en dicha calidad si la institución financiera no registrare alguna operación que afectare su patrimonio o responsabilidad. Además, el artículo 157 de la Ley de Bancos establece que los directores y gerentes que hubieren aprobado o presentado una declaración o balance falsos o fraudulentos o disimulado su situación, especialmente las sumas anticipadas a directores o empleados, serán castigados con presidio menor en sus grados medio a máximo (541 días a 5 años) y una multa de mil a diez

- // -

- // -

mil unidades tributarias⁴⁸. Además, si una entidad es declarada en quiebra como resultado de tales actos, las personas responsables serán reputadas como culpables de quiebra fraudulenta. La quiebra fraudulenta se encuentra sancionada en la Ley 18.175, artículo 229, con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo (541 días a 5 años) o presidio mayor en su grado mínimo, esto es de 541 días a 10 años.

97. El artículo 158 de la Ley de Bancos establece que los accionistas, fundadores, directores, gerentes, ejecutivos, empleados o auditores externos que i) alteren o desfiguren datos o antecedentes en los balances, libros, estados, cuentas, etc.; (ii) oculten o destruyan estos elementos con el fin de dificultar, desviar o eludir la fiscalización que corresponda ejercitar a la Superintendencia de acuerdo con la ley; o iii) proporcionen, suscriban o presenten pruebas alteradas o distorsionadas incurrirán en la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo, esto es desde 541 días a cinco años. Los Artículos 14 a 17 del Código Penal relativo a autores, cómplices y encubridores también se aplican. El Artículo 159 estipula que si una institución financiera omitiere contabilizar cualquier clase de operación que afecte el patrimonio o responsabilidad de la empresa, su gerente general o quien haga sus veces será sancionado con presidio menor en su grado medio a máximo, esto es desde 541 días a cinco años.

Requisitos de auditoría

⁴⁸ En agosto de 2003, el valor de dicha unidad ascendía a \$29.711 pesos chilenos o US\$ 43.

- // -

- // -

98. El Colegio de Contadores de Chile AG⁴⁹ representa a los auditores profesionales y tiene por misión establecer normas de auditoría y especificaciones de los informes de auditoría.

99. Los auditores externos deberán ser elegidos entre los inscritos en el Registro de Auditores Externos que lleva y fiscaliza la SVS. El Decreto Supremo 587 de 1982 (Reglamento de Sociedades Anónimas) prohíbe ejercer como inspectores de cuenta o auditor externo a los directores, gerentes, empleados y liquidadores de las sociedades. Los auditores externos no pueden poseer directamente o a través de otras personas naturales o jurídicas más del 3% del capital suscrito de la sociedad auditada. Además, la remuneración de los auditores externos que provengan de un mismo cliente, sea directamente o a través de otras personas naturales o jurídicas, no podrán exceder del 15% de sus ingresos mensuales totales.

100. Chile señala que las sociedades anónimas "abiertas"⁵⁰, las

⁴⁹ El Colegio de Contadores es miembro de la Federación Internacional de Contadores (IFAC). Véase <http://www.ifac.org/About/MemberBodies.tmpl>.

⁵⁰ Si bien el nombramiento de auditores externos es un requisito legal, las sociedades anónimas abiertas también pueden disponer el nombramiento de inspectores de cuentas en sus Estatutos. Los inspectores de cuentas son ejecutivos designados por los accionistas que garantizan del debido cumplimiento de las obligaciones legales de la sociedad y su Directorio. Al igual que los auditores externos, los inspectores también supervisan la gestión.

- // -

- // -

empresas estatales, las entidades fiscalizadas y las instituciones financieras sujetas a la fiscalización de la Superintendencia de Bancos deben ser objeto de una auditoría externa independiente.

101. Los auditores externos son nombrados anualmente por la junta ordinaria de accionistas de las sociedades anónimas abiertas. Sus deberes consisten en examinar las cuentas, inventario, balances y otros estados financieros de la sociedad. Los auditores externos deberán informar cualquier deficiencia que encuentren en las prácticas contables adoptadas por la sociedad, la gestión contable y la suficiencia de la fiscalización interna. Garantizarán que los estados financieros se elaboren siguiendo los principios y normas contables aceptados por la SVS.⁵¹ Además, al desempeñar su función de opinar respecto a si los estados financieros reflejan fielmente la situación financiera de la sociedad según los "principios contables generalmente aceptados", los auditores externos deberán cumplir el artículo 326 de las "normas de auditoría generalmente aceptadas", el cual señala que "las cuentas deben ser fidedignas" y que la entrega de información falsa está penada por ley.⁵² Otras sociedades pueden optar por designar a

⁵¹ Véase *supra*, nota al pie 41, Informe de Gobierno Corporativo, en 19.

⁵² Las autoridades chilenas hacen mención a los "principios contables generalmente aceptados" que exigen, *inter alia*, que los estados financieros contengan información básica y adicional necesarias para una adecuada interpretación de la

- // -

auditores externos señalándolo en sus Estatutos o registrándose voluntariamente en la SVS. Además, las sociedades tienen la opción de que sus cuentas sean auditadas por un auditor externo de modo de cumplir los requisitos para la repatriación de capital con fines de inversión extranjera.

102. Respecto de sociedades que deben ser objeto de una auditoría externa, el auditor externo tiene la obligación de emitir una opinión respecto del contenido de los estados financieros relativo a la existencia o veracidad, integridad, derechos y obligaciones, estimación o asignación de recursos y entrega y exhibición de dicha información, de conformidad con el artículo 326 de las "normas de auditoría generalmente aceptadas" sobre pruebas de respaldo.

103. El artículo 59 del Decreto Supremo N° 587 de 1982 (Reglamento sobre Sociedades) establece que los auditores externos e inspectores de cuentas "deberán informar a los accionistas sobre el cumplimiento de su cometido y denunciar a las autoridades judiciales y administrativas competentes los

situación financiera y el desempeño económico de la entidad (información); que todo "recurso y obligación" sea incluido para relacionar los costos y gastos con las ganancias generadas, etc. Además, las autoridades chilenas citan los Boletines Técnicos Nos. 1 a 6 (Circular No. 1501 de la SVS), los cuales estipulan que "toda deuda u obligación debe ser registrada y las eventuales contingencias y restricciones descritas en las notas de los Estados Financieros que forman parte integrante de éstos."

- // -

- // -

delitos y las irregularidades o anomalías que a su juicio existieren en la administración o contabilidad de la sociedad."

104. Las entidades sometidas a supervisión de las entidades reguladoras del Estado deben, por ley, publicar los estados financieros, debidamente auditados, en un diario de circulación nacional. Dichos estados, junto con la opinión o dictamen de los auditores externos, deben entregarse a la Superintendencia y ser puestos a disposición del público en general. Las demás entidades no están obligadas por ley a dar a conocer el informe de los auditores.

9. ARTÍCULO 9: ASISTENCIA JUDICIAL MUTUA

105. El Artículo 9.1 de la Convención requiere que cada Parte coopere con las demás, en la mayor medida posible, a objeto de proporcionar una "asistencia judicial pronta y efectiva" en investigaciones y procesos criminales y no criminales contra una persona jurídica dentro del ámbito de la Convención. Además de los requisitos del Artículo 9.1 de la Convención, existen dos requisitos adicionales respecto de las causas criminales. En virtud del Artículo 9.2, cuando se requiera la existencia de la doble incriminación para que una Parte pueda proporcionar asistencia judicial mutua, se considerará que ésta existe si el delito por el que se busca asistencia se encuentra dentro del ámbito de la Convención. Además, el Artículo 9.3 señala que las Partes no podrán rehusarse a proporcionar asistencia judicial mutua basándose en el secreto bancario.

9.1 Leyes, tratados y acuerdos que permiten la asistencia judicial mutua

9.1.1 Causas criminales

- // -

- // -

106. Chile presta asistencia judicial mutua en casos criminales i) conforme a tratados bilaterales⁵³ y tratados multilaterales principalmente con países dentro del continente americano⁵⁴; ii) de conformidad con las leyes nacionales, que permiten a Chile prestar asistencia a solicitud de un tribunal extranjero en caso de no existir tratado; y sobre la base de la Convención misma.

107. La asistencia judicial mutua basada en tratados

⁵³ Chile ha celebrado tratados bilaterales con España y México y también con Colombia, Uruguay y Nicaragua. Además, Chile ha suscrito, aunque no ratificado, un tratado bilateral sobre Asistencia Legal en Materia Criminal con Italia.

⁵⁴ Chile ha celebrado cuatro tratados multilaterales: i) el Código de Derecho Internacional Privado (que contiene normas específicas sobre exhortos); ii) la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero; iii) la Convención Interamericana sobre Exhortos, junto con su Protocolo Adicional; y iv) la Convención Interamericana contra la Corrupción. Chile ha suscrito, aunque no ratificado todavía, tres tratados multilaterales: i) la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal (y su Protocolo Facultativo), ii) el Acuerdo sobre Asistencia Mutua Legal en Materia Penal y su Acuerdo Complementario (entre MERCOSUR, Bolivia y Chile) y iii) la Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional, el 13 de diciembre de 2000 (actualmente ésta última se encuentra en la Cámara Alta del Congreso Nacional para su ratificación).

- // -

- // -

bilaterales se limita a ciertas medidas no coercitivas, como notificaciones judiciales o exigencias de pago. Algunos tratados bilaterales permiten el interrogatorio de testigos o la recepción de pruebas. La Convención Interamericana de Asistencia Mutua en Materia Penal - que según Chile será ratificada en corto tiempo - contiene disposiciones sobre confiscación e interrogatorio de testigos y peritos.

108. En virtud del derecho interno (artículo 76 del Código de Procedimiento Civil) y con arreglo al artículo 9 de la Convención, Chile prestará asistencia judicial mutua en ciertas materias, aún si no existiere tratado al respecto. El Artículo 76 del Código de Procedimiento Civil de Chile permite a los tribunales extranjeros solicitar la realización de diligencias en Chile.⁵⁵ Aún cuando dicha disposición puede usarse como base para la prestación de AJM, autos acordados de la Corte Suprema han circunscrito su uso a ciertas medidas no coercitivas, como notificaciones o exigencias de pago. La solicitud de AJM es tramitada por el Ministerio de Relaciones Exteriores de conformidad con la legislación nacional o los tratados pertinentes, según corresponda. Queda de manifiesto que la legislación nacional chilena, así como los tratados bilaterales

⁵⁵ Respecto de los exhortos internacionales, se tramitan siempre que no sean contrarios al orden público y se basen en los términos de los artículos 391 y 392 del Código de Derecho Internacional Privado, que exigen que la solicitud sea efectuada en idioma español o bien acompañada de una traducción al español.

- // -

- // -

sobre asistencia judicial mutua, se relacionan esencialmente con materias civiles, aun cuando puede recurrirse a ellos en materia penal), lo que explica las razones por las cuales la asistencia judicial mutua se limita a ciertas medidas no coercitivas.

109. Actualmente, Chile no tiene atribuciones conforme a los tratados bilaterales o multilaterales ni su legislación nacional para decomisar o confiscar la dádiva o su producto respecto de una solicitud de AJM. Dado que en Chile no existe la responsabilidad penal de las personas jurídicas, resulta poco claro si Chile acogerá las solicitudes de asistencia judicial en materia penal relativas a una persona jurídica.

9.1.2 Causas no criminales

110. Las autoridades de Chile señalan que Chile puede proporcionar asistencia judicial mutua en causas no criminales que una Parte entable contra personas jurídicas por el delito de cohecho de un funcionario público extranjero conforme a los tratados bilaterales y multilaterales, siempre que éstos se refieran a tales materias y que las causas fueren entabladas con arreglo al derecho interno (artículo 76 del Código de Procedimiento Civil).

9.2 Doble incriminación

111. Según las autoridades chilenas, la doble incriminación no es un requisito conforme a los tratados de asistencia judicial mutua celebrados por Chile.

9.3 Secreto bancario

- // -

- // -

112. En caso de no existir un tratado específico⁵⁶, en Chile no existe acceso a la información bancaria confidencial conforme a una solicitud de AJM. Chile no ha celebrado tratados bilaterales que permitan levantar el secreto bancario. Además, las autoridades chilenas han manifestado que la Convención misma no provee base legal suficiente para los tribunales chilenos.⁵⁷

⁵⁶ El proceso de levantamiento del secreto bancario en virtud de un tratado se rige por el Código de Derecho Internacional Privado.

⁵⁷ Conforme a la Constitución Política de Chile, el secreto bancario se establece en el artículo 19 5), que garantiza el derecho a la privacidad. El Artículo 154 de la Ley General de Bancos, Decreto con Fuerza de Ley No.3, estipula que los depósitos y captaciones de cualquier tipo recibidos por un banco estarán sujetos al secreto bancario. Solo se realizan excepciones en caso de que el titular o la persona que éste hubiera autorizado presten su consentimiento. De conformidad con el artículo 154, otras transacciones también están sujetas al secreto bancario, con la salvedad de que los bancos podrán divulgar información sobre tales transacciones si la persona demuestra tener un "interés legítimo" y que el hecho de divulgarlo no tendrá efectos negativos en el patrimonio del cliente. El Artículo 1 de la Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques también garantiza el secreto bancario respecto de las transacciones efectuadas por un titular y el

- // -

- // -

113. Respecto de la legislación nacional que rige el levantamiento del secreto bancario, los tribunales - si fuere necesario - podrán decretar que se provea y analice información sobre transacciones específicas que posean una relación directa con el proceso en curso (artículo 154 de la Ley General de Bancos). Además, la Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques permite a los tribunales de justicia decretar la divulgación de "algunas" partidas de una cuenta corriente en causas civiles o penales contra el titular.⁵⁸

10. ARTÍCULO 10: EXTRADICIÓN

10.1/10.2 Extradición por cohecho de un funcionario público extranjero/base jurídica de la extradición

114. El Artículo 10.1 de la Convención estipula que el cohecho de un funcionario público extranjero debe considerarse un delito extraditable conforme a las leyes de las Partes y de los

saldo de su cuenta, a menos que el titular o una persona autorizada por éste consienta en su divulgación.

⁵⁸ Véase el Artículo 13). Sin embargo, véase el inciso 4 de la Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, cuyo tenor es el siguiente: "No obstante, en causas criminales contra un funcionario público que hubiera cometido un delito en el ejercicio de sus funciones, el Ministerio Público, con la autorización de un juez, podrá ordenar la exhibición total de las partidas de su cuenta corriente y el saldo de ésta." Esa disposición no sería pertinente en la medida en que el cohecho activo de un funcionario público usualmente no constituye un acto en el ejercicio de sus funciones.

- // -

- // -

tratados que existan entre ellos. El Artículo 10.2 estipula que cuando una Parte que no puede extraditar sin un tratado de extradición recibe una solicitud de extradición de una Parte con la cual no ha celebrado dicho tratado, "puede considerar a la Convención como base jurídica de extradición respecto del delito de cohecho de un funcionario público extranjero".

115. Chile puede otorgar la extradición en base a los tratados multilaterales⁵⁹ y bilaterales⁶⁰. De no existir alguno, los Artículos 637, 647 y 651 del Código de Procedimiento Penal y los artículos 431 y 440 del Código Procesal Penal proporcionan la base jurídica para la extradición en virtud del cumplimiento de los principios legales internacionales que se señalan más

⁵⁹ Chile es país signatario de la Convención de Montevideo sobre Extradición, así como del Código de Derecho Internacional Privado, que contiene normas sobre extradición. Además, el Acuerdo de Extradición entre las partes del MERCOSUR ya fue firmado, aunque no ratificado.

⁶⁰ Chile ha celebrado tratados bilaterales de extradición con las siguientes Partes de la Convención: Australia, Bélgica, Brasil, Canadá, Corea, México, España, Reino Unido y Estados Unidos de América y los siguientes países, que no forman parte de la Convención: Bolivia, Colombia, Ecuador, Nicaragua, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Se ha firmado, aunque no ratificado todavía, un tratado bilateral con Italia. Se están analizando proyectos de tratados bilaterales de extradición con Irlanda, los Países Bajos y uno nuevo con Estados Unidos de América.

- // -

- // -

adelante.⁶¹ Además, Chile señala que la Convención es la base jurídica de extradición de no existir tratado respecto del delito de cohecho de un funcionario público extranjero. Como analizáramos con anterioridad (véase 3.4 *supra*), durante el período de transición - en que ambos Códigos se encuentran vigentes - si Chile solicita la extradición, el Código pertinente es el aplicable en la región en que se persigue el delito en cuestión. Cuando otra Parte solicite la extradición a Chile, se aplicará el Código de Procedimiento. Cabe destacar que ambos Códigos poseen requisitos distintos para la extradición respecto de las penas privativas de libertad.

116. Además, deben cumplirse los siguientes principios para otorgar la extradición en virtud del Código de Procedimiento Penal y el artículo 449 b) del Código Procesal Penal, de no existir un tratado: a) doble incriminación; (véase 10.5 *infra*); b) "mínima gravedad del delito"⁶²; c) delito actualmente perseguible (por ejemplo, un delito perseguible al momento de la solicitud. Existen, sin embargo, ciertas defensas o excepciones, como el incumplimiento de las condiciones exigidas para solicitar la extradición (incluida la no existencia de la

⁶¹ Las autoridades chilenas señalan que tales principios han sido reconocidos en decisiones de la Corte Suprema de Justicia.

⁶² Las autoridades chilenas señalan que la "mínima gravedad" puede determinarse sea por referencia a una lista de delitos extraditables en tratados o a una pena mínima, la cual, en el caso de los tratados celebrados por Chile, es usualmente una pena privativa de libertad de [más de] un año.

- // -

- // -

"mínima gravedad" o doble incriminación, etc., el incumplimiento por parte del país requirente de los requisitos formales o bien el hecho de que éste no hubiere demostrado la participación del imputado); d) que el delito no haya prescrito conforme a los tratados internacionales pertinentes⁶³; e) que el Estado requirente posea jurisdicción; f) doctrina de especialidad; y g) que el delito en cuestión no sea uno de los delitos prohibidos, como los "delitos políticos y anexos". (Chile observa que la mayoría de los tratados internacionales que ha celebrado "por lo general no permiten" exclusiones por delitos políticos; además, no consideraría el cohecho de un funcionario público extranjero como "delito político o conexo").

117. El Artículo 644 del Código de Procedimiento Penal y 440 del Código Procesal Penal estipulan que cuando un gobierno extranjero solicita la extradición, el Ministerio de Relaciones Exteriores es la autoridad que recibe la solicitud y, luego de

⁶³ Conforme a la Convención Multilateral de Montevideo, la extradición será negada si la acción criminal o pena hubiera prescrito tanto en el Estado requirente como en el requerido. Los tratados bilaterales que se basan en la prescripción en el Estado requirente incluyen los celebrados con Bolivia, Colombia, Ecuador, Paraguay y Uruguay. Los tratados bilaterales que se basan en la prescripción en el Estado requerido incluyen los celebrados con Bélgica, Perú y Estados Unidos. El tratado bilateral que Chile ha celebrado con el Reino Unido se basa en la prescripción en ambos Estados.

- // -

- // -

su verificación, remite la solicitud y los antecedentes a la Corte Suprema para decidir si acceder o no a la solicitud. El Ministerio de Relaciones Exteriores verifica que la solicitud y la documentación de apoyo cumplan las formalidades procesales y estén bien fundamentadas. La Corte Suprema informa al Ministerio su decisión y éste notifica al Estado requirente si la Corte ha autorizado o no la extradición del imputado. En el caso de que Chile solicite la extradición, el Ministerio deberá elevar la solicitud de extradición y remitir la documentación exigida.

118. Conforme al Código de Procedimiento Penal se puede apelar cualquier decisión de la Corte Suprema que niegue la extradición. El Artículo 450 del Código Procesal Penal también permite interponer recursos de apelación y anular la decisión que niega la extradición.

10.3/10.4 Extradición de nacionales

119. No existen impedimentos legales o constitucionales para extraditar a los nacionales de Chile. Sin embargo, las autoridades chilenas estiman que sería preferible enjuiciar a sus nacionales en los tribunales chilenos, en caso de que éstos tengan jurisdicción y se trate del mismo delito.

10.5 Doble incriminación

120. Como se mencionara con anterioridad, Chile señala que, por lo general, la doble incriminación es un requisito para la extradición. Sin embargo, las autoridades chilenas también señalan que el requisito de la doble incriminación se cumpliría cuando el delito extraditable fuere penado tanto en el país que solicita la extradición como en Chile, sea o no conforme a una

- // -

- // -

ley penal diferente y sea o no que el delito sea idéntico en ambos países. No obstante lo anterior, al parecer la doble incriminación no se requeriría específicamente para el delito de cohecho de un funcionario público extranjero, dado que el requisito de doble incriminación conforme a sus leyes o tratados se consideraría cumplido en virtud del Artículo 10.4 de la Convención.

11. ARTÍCULO 11: AUTORIDADES RESPONSABLES

121. El Artículo 11 de la Convención exige a las Partes notificar al Secretario General de la OCDE la o las autoridades que actuarán como canal de comunicación para efectuar y recibir solicitudes de consulta, asistencia judicial mutua y extradición.

122. Chile aún no ha notificado al Secretario General de la OCDE el nombre de las autoridades responsables.

B. IMPLEMENTACIÓN DE LA RECOMENDACIÓN MODIFICADA

3. Deductibilidad tributaria

123. El Decreto-Ley 824 sobre Impuesto a la Renta (en adelante, "Ley de Renta") se aplica a la tributación de personas naturales y jurídicas. La Ley de Renta no prohíbe expresamente la deducción de las dádivas efectuadas a funcionarios públicos extranjeros. Además, el artículo 31 permite deducir los "gastos necesarios para generar renta" y contiene una lista no restrictiva de gastos deducibles, incluidos: "i) Sueldos, salarios y otras remuneraciones pagados o adeudados por concepto prestación de servicios, incluidas las gratificaciones legales y contractuales, y asimismo, toda cantidad por concepto de gastos de representación; ii) los gastos incurridos en la

- // -

- // -

promoción o colocación en el mercado de artículos nuevos fabricados o producidos por el contribuyente; iii) las donaciones efectuadas con el único fin de realizar programas de instrucción básica o media gratuitas, técnica, profesional o universitaria en el país, ya sean privados o fiscales, sólo en cuanto no excedan del 2% de la renta líquida imponible de la empresa o del 0,16% del capital propio de la empresa al término del correspondiente ejercicio".

124. No obstante, según las autoridades chilenas, el pago de dádivas a funcionarios públicos extranjeros no es deducible. Sin embargo, no han proporcionado jurisprudencia al respecto. Asimismo, señalan que si bien en principio existe la posibilidad de que un contribuyente intente simular el pago de una dádiva bajo alguna de las deducciones establecidas por el artículo 31 de la Ley de Renta, dicho pago simulado podría ser impugnado y no ser considerado por este Servicio pues no califica como un gasto necesario e indispensable para producir renta. Señalan que su normativa tributaria implícitamente prohíbe deducir el pago de dádivas. No obstante, como las dádivas no se encuentran específicamente excluidas de las deducciones permitidas, no es seguro si los inspectores tributarios se abocarán a detectar tales pagos ilícitos en sus inspecciones.

125. Respecto de la cooperación entre las autoridades tributarias y policiales, de conformidad con el Artículo 84, No. 3, del Código de Procedimiento y el Artículo 175, letra b, del Código Procesal, cualquier funcionario público, incluido el Director del Servicio de Impuestos Internos, deberá informar

- // -

- // -

cualquier crimen o simple delito del que tomare conocimiento en el desempeño de sus funciones al Ministerio Público, la policía (Carabineros, Gendarmería e Investigaciones) o los tribunales (artículo 173 del Código Procesal). Además, conforme al artículo 55 k) de la Ley 18.834, que establece el Estatuto Administrativo, cualquier funcionario público deberá informar los crímenes o simples delitos al Ministerio Público o a la policía e informar a las autoridades competentes cualquier irregularidad de la que pudieren tomar conocimiento en el desempeño de sus funciones.

126. El Artículo 60 del Código Tributario estipula que el Servicio de Impuestos Internos podrá examinar los inventarios, balances, libros de contabilidad y documentos del contribuyente, en todo lo que se relacione con los elementos que deban servir de base para la determinación del impuesto o con otros puntos que figuren o debieran figurar en la declaración. El Servicio de Impuestos Internos podrá pedir una declaración jurada por escrito del contribuyente o citar a toda persona domiciliada dentro de la jurisdicción de la oficina que la cite, para que concurra a declarar, bajo juramento, sobre la veracidad de los hechos, datos o antecedentes de cualquier naturaleza que se relacionen con terceras personas.

127. Adicionalmente, el Director del Servicio está facultado para intercambiar información con otras administraciones tributarias para los efectos de establecer la tributación que afecta a determinados contribuyentes. Esta facultad está prevista tanto para países con los cuales Chile mantiene convenio vigente para evitar la doble tributación como con

- // -

- // -

cualquier otro, previa autorización del Ministerio que corresponda.

EVALUACIÓN DE CHILE

Observaciones generales

El Grupo de Trabajo felicita a las autoridades chilenas por su cooperación y apertura durante el proceso de examen y reconoce sus esfuerzos por lograr la comprensión de sus leyes.

A objeto de cumplir los requisitos de la Convención, Chile promulgó la Ley No. 19.829, la cual entró en vigencia el 8 de octubre de 2002. Dicha Ley modificó el Código Penal chileno incorporando el artículo 250 bis A y artículo 250 bis B, los cuales tipifican como delito el cohecho de un funcionario público extranjero. El Grupo de Trabajo expresa su satisfacción por la amplia definición dada por Chile al término "funcionario público extranjero", que se ajusta al tenor de la Convención, y la incorporación (prevista para fines del 2003) del delito de cohecho de funcionarios públicos nacionales y extranjeros como delito predicado del lavado de dinero.

El Grupo de Trabajo advierte que la legislación chilena presenta deficiencias en cuanto a los elementos del delito, la responsabilidad de las personas jurídicas, el nivel de sanciones, la jurisdicción territorial y el secreto bancario. Además, durante la Fase 2 se revisarán otras materias, como la jurisdicción por nacionalidad, asistencia judicial mutua y no deducibilidad de dádivas, con el objeto de determinar si la aplicación de la Convención es efectiva.

Temas específicos

1. Delito de cohecho de un funcionario público extranjero

- // -

- // -

Ofrecer, prometer o dar

Conforme a la legislación chilena, el acto de "ofrecer" o "consentir en ofrecer" un beneficio económico constituye delito de cohecho. El Artículo 250 bis A no menciona explícitamente el acto de dar una dádiva.

Chile señala que el mero acto de "dar" una dádiva implica que se efectuó un ofrecimiento, sea antes o simultáneamente con la dádiva. Las autoridades chilenas señalaron que se basarían en la interpretación dada por los tribunales a este punto y que, si el acto de ofrecer no fuere implícito en el acto de dar, sería necesario modificar la ley.

El Grupo de Trabajo tomó nota de la explicación dada por Chile, pero expresó su preocupación en el sentido de que, de no existir jurisprudencia, el delito no podría cubrir el mero acto de otorgar una dádiva. El Grupo de Trabajo recomienda que las autoridades de Chile adopten medidas correctivas al respecto.

Cualquier beneficio indebido, de índole pecuniaria u otra

La Convención especifica que constituye delito ofrecer, prometer o dar cualquier beneficio indebido, sea pecuniario o de otra índole. No obstante, la legislación chilena se limita a los "beneficios económicos". Por ende, parece ser más restrictiva que la Convención y excluir algunos tipos de beneficios del alcance del delito.

El Grupo de Trabajo insta a Chile a realizar los cambios legislativos necesarios. Las autoridades chilenas han expresado su intención de revisar la legislación pertinente con miras al pleno cumplimiento de la Convención.

2. Responsabilidad de las personas jurídicas

- // -

- // -

La legislación chilena actual contempla solo una sanción general contra las sociedades y fundaciones, a saber la disolución de las entidades que tengan un fin ilegítimo. Además, no existe posibilidad de imponer multas a las personas jurídicas. El Grupo de Trabajo consideró que esta situación no cumple con las exigencias de la Convención de que las Partes establezcan, al menos, sanciones no criminales efectivas, proporcionadas y disuasivas para las personas jurídicas, incluidas sanciones pecuniarias, por el delito de cohecho de funcionarios públicos extranjeros (artículos 2 y 3). Además, esto limita la posibilidad de recurrir a la confiscación y de prestar asistencia judicial mutua en investigaciones dirigidas únicamente contra la persona jurídica.

Las autoridades chilenas señalaron que el Ejecutivo se ha comprometido a considerar la responsabilidad legal de las personas jurídicas en el contexto de la reforma del Código Penal y que a más tardar a fines del 2004, el Comité Asesor del Ministerio de Justicia emitirá un informe sobre el nuevo Código Penal.

El Grupo de Trabajo observó que Chile no cumplía adecuadamente los requisitos de la Convención en este tema e instó a las autoridades chilenas a implementar, a la brevedad posible, los artículos 2 y 3 de la Convención.

3. Sanciones

El Grupo de Trabajo hizo notar que, en un número restringido de situaciones, la legislación de ejecución de Chile hace distinciones respecto a las sanciones aplicadas al cohecho de funcionarios públicos nacionales e internacionales. No

- // -

- // -

obstante, el Grupo de Trabajo aceptó que ello no afectaba la comparabilidad general de las sanciones por el cohecho de funcionarios públicos nacionales y extranjeros.

El delito de cohecho activo de funcionarios públicos extranjeros es sancionado con presidio de 61 días a 3 años por ofrecer una dádiva, y de 61 a 540 días por haber consentido en otorgar una dádiva. El Grupo de Trabajo considera, por lo tanto, que la sanción vigente no cumple la norma de la Convención según la cual las sanciones deben ser efectivas, proporcionadas y disuasivas.

Además, el monto máximo de las multas es el doble del valor del "beneficio económico". El Grupo de Trabajo recomienda que las autoridades chilenas modifiquen la forma de fijar el nivel de sanciones pecuniarias cuando modifiquen la legislación con el objeto de cubrir beneficios no pecuniarios.

Finalmente, considerando que el presidio impuesto en caso de cohecho activo de un funcionario público extranjero es de 61 días a 3 años, el Grupo de Trabajo hizo notar que Chile no podría solicitar la extradición de un sobornante conforme al artículo 250 bis A, dado que dicha norma exige que el delito sea sancionado con un período de presidio superior a un año.

El Grupo de Trabajo recomienda a las autoridades chilenas realizar las modificaciones legislativas que se requieran. Las autoridades chilenas han expresado su intención de modificar el nivel de sanciones en el contexto del proceso de reforma del Código Penal.

4. Jurisdicción

La jurisdicción territorial de Chile en casos de cohecho se

- // -

- // -

establece cuando se ha dado principio de ejecución en Chile. Chile señaló que debido a que el principio de los efectos está ganando reconocimiento en nuestro país, este tema podría resolverse si los tribunales chilenos extienden su jurisdicción para cubrir los delitos que producen sus efectos en Chile.

A la luz de la posiblemente limitada jurisdicción territorial y de la manifiesta no aplicación de la jurisdicción por nacionalidad, el Grupo de Trabajo considera que la legislación chilena no cumple el requisito del artículo 4.1 de la Convención, que exige a cada Parte "adoptar las medidas necesarias para establecer jurisdicción sobre el cohecho de un funcionario público extranjero cuando el delito se comete, total o parcialmente, en su territorio", independiente de la parte del delito que se considere.

El Grupo de Trabajo insta a Chile a revisar la deficiencia detectada respecto de la jurisdicción territorial. Además, el Grupo de Trabajo revisará la aplicabilidad de la jurisdicción por nacionalidad durante la Fase 2.

5. Asistencia judicial mutua y secreto bancario

El Artículo 9.1 de la Convención exige que cada Parte coopere, en la mayor medida posible, en la prestación de una "asistencia judicial pronta y efectiva" en investigaciones y procesos criminales y procesos no criminales contra una persona jurídica que se encuentren dentro del ámbito de la Convención. Chile presta asistencia judicial mutua conforme a los tratados bilaterales y multilaterales. En caso de no existir tratado con otra Parte de la Convención, Chile ha señalado que consideraría a ésta como base para prestar asistencia. No obstante, el Grupo

- // -

- // -

de Trabajo hizo notar que el alcance de la asistencia mutua prestada conforme a las leyes chilenas se limita a ciertas medidas no coercitivas "mínimas". El Grupo de Trabajo reconsiderará este tema en la Fase 2.

Además, Chile no cumple con el artículo 9.3 de la Convención, el cual señala: "Las partes no se negarán a prestar asistencia judicial mutua en materia penal dentro del ámbito de esta Convención basados en el secreto bancario." El Grupo de Trabajo insta a Chile a examinar su posición y a enviarle un informe en un año.

6. No deducibilidad de dádivas

La Ley de Impuesto a la Renta chilena no prohíbe expresamente la deducción de los pagos de dádivas a funcionarios públicos extranjeros. Además, estipula una lista no restrictiva de gastos específicamente autorizados como gastos deducibles (por ejemplo, gastos de representación, gastos incurridos en la promoción de bienes, etc.). Chile señala que existe una prohibición implícita en los reglamentos tributarios y sanciones vigentes que no permiten que las dádivas sean simuladas bajo alguna de las deducciones.

El Grupo de Trabajo tomó nota de las explicaciones dadas por las autoridades chilenas. Está preocupado de que las dádivas puedan deducirse si se les intentare simular bajo la forma de gastos legítimos y no está seguro de cómo se determinará en la práctica si un gasto era legítimo o constituía una dádiva. El Grupo de Trabajo invita a Chile a considerar la posibilidad de incluir una prohibición expresa en sus pautas a las autoridades tributarias y hará un seguimiento de la materia en la Fase 2

- // -

- // -

del proceso de evaluación.

=====

SANTIAGO, CHILE, a 1 de septiembre de 2006.

LA TRADUCTORA OFICIAL.

- // -