

FINANCIACIÓN ILÍCITA DE LA POLÍTICA V. FINANCIACIÓN DE LOS POLÍTICOS. A PROPÓSITO DEL “CASO CORPESCA”

MIRIAM CUGAT MAURI*

Recibido: 30 de septiembre de 2021. Aceptado: 29 de octubre de 2021.

RESUMEN

Bajo la etiqueta genérica de la “corrupción” se agrupan hechos de muy diversa naturaleza y que requieren de respuesta jurídica diferenciada. El “Caso Corpesca” es una buena muestra de las distintas dimensiones de análisis que pueden confluir en el fenómeno de la corrupción política, más en concreto de los parlamentarios, y que no reciben una respuesta jurídica uniforme en los distintos países. Las concretas características de la actividad de senadores y diputados, que se sirven de asesores e intervienen en un proceso de toma de decisiones complejo y colectivo, ofrecen la oportunidad de reflexionar acerca de cuestiones como la identificación de los actos que pueden ser objeto del delito de cohecho, su delimitación del tráfico de influencias, o la responsabilidad de los partidos políticos.

PALABRAS CLAVE

Financiación ilícita de los partidos políticos, corrupción, tráfico de influencias, actividad parlamentaria

* Profesora titular de derecho penal de la Universidad Autónoma de Barcelona. Correo: miriam.cugat@uab.cat

ILLICIT FINANCING OF THE POLICY V. FINANCING OF POLITICIANS. ABOUT THE “CORPESCA CASE”

MIRIAM CUGAT MAURI**

Received: September 30, 2021. Accepted: October 29, 2021.

ABSTRACT

Under the generic label of “corruption”, facts of a very distinct nature are grouped together and which require a differentiated legal response. The “Corpesca Case” is a good example of the different dimensions of analysis that can converge in the phenomenon of political corruption and, more specifically, of parliamentarians, and which do not receive a uniform legal approach in different countries. The specific characteristics of the activity of senators and deputies, who act as advisors and intervene in a complex and collective decision-making process, offer the opportunity to reflect on issues such as the identification of the acts that may be the object of the crime of bribery, delimitation of influence peddling, or the responsibility of political parties.

KEY WORDS

Illicit financing of political parties, corruption, influence peddling, parliamentary activity

** Professor of Criminal Law at Universidad Autónoma de Barcelona. Email: miriam.cugat@uab.cat

1. INTRODUCCIÓN

Con frecuencia nos llegan noticias sobre la corrupción o financiación ilícita de la política cuando, en realidad o como mínimo en parte, de lo que se está hablando es de la corrupción personal de los servidores públicos que, aunque pueda confluir en los mismos hechos, responde a motivaciones y dinámicas distintas. Por este motivo, es importante diferenciar entre uno y otro fenómeno con el fin de acertar en la respuesta penal adecuada⁰¹. A este objetivo se dirigen las siguientes páginas sobre “Caso Corpesca” que nos invita a reflexionar acerca de los elementos distintivos de uno y otro fenómeno para los que los ordenamientos chileno y español prevén soluciones esencialmente coincidentes, aunque con matices.

2. EL CASO CORPESCA

De acuerdo con el “Acta de deliberación RIT 309-2018” de dos de diciembre de dos mil veinte de la Sala del Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago de Chile –en adelante, el Acta–, los hechos objeto de enjuiciamiento en el “caso Corpesca” pueden dividirse en tres grupos.

a) El *desvío de la función pública* en favor de Corpesca a cambio de contraprestación, por parte de dos parlamentarios. Por un lado, una diputada que habría facilitado a la corporación el “no a la licitación” “en plena época de tramitación del Boletín 8091-03, de la Ley de Pesca, en la Cámara de Diputados, sede de desempeño de la solicitante, quien además integraba la Comisión específica de discusión de la materia, la Comisión de Pesca, Acuicultura e Intereses Marítimos”, a cambio de la financiación de determinadas actividades políticas (págs. 11 ss. del Acta). Por otro lado, el senador, condenado por conseguir que la Contraloría General de la República aprobara un pronunciamiento favorable al criterio de Corpesca sobre el modo de establecer anualmente las cuotas de captura del jurel (págs. 23 y 25 del Acta) y “recibir instrucciones y observaciones con las posturas de la empresa Corpesca S.A

⁰¹ Sobre la situación en España me remito a Miriam Cugat Mauri “La responsabilidad penal de los cargos de los partidos políticos: alternativas típicas y zonas oscuras”, en *Responsabilidad Jurídica y Política de los Partidos en España*, comp. Mercedes García Arán/ Joan Botella Corral (Valencia, Tirant lo Blanch, 2018)

sobre las materias de la ley de pesca y haber votado en tal sentido en los temas esenciales : Licencias, Licitaciones y Transferibilidad” (págs. 24 y 26 del Acta), a cambio de beneficios económicos (págs. 27 ss. del Acta), sin que consiguiera acreditarse que estuvieran destinados al partido (págs. 23 y 30 del Acta).

b) El daño a *la integridad del patrimonio público* a través del pago de servicios de asesoría inexistentes o con sobrecoste, con recurso al mecanismo de “simular la contratación de asesorías parlamentarias en virtud del régimen antes descrito, y por las cuales se entregaban boletas ideológicamente falsas al Senado, ya sea, por constituir boletas de servicios sobrevaloradas, es decir, haciendo creer y pagar al Senado un valor mayor al cobrado por el asesor, y en otras ocasiones, donde las boletas eran absoluta y totalmente simuladas, al establecerse que las referidas asesorías nunca existieron” (pág. 15 del Acta).

c) El supuesto ataque a *los intereses recaudatorios del Estado* por la contabilización de los sobornos como costes de empresa bajo la cobertura de “boletas ideológicamente falsas con el fin que ésta pudiera ingresarlas a su contabilidad y así justificar dichos egresos, de modo que pudieran ser rebajados como gastos a la hora de determinar la Base Imponible del Impuesto a la Renta de Primera Categoría a que dicha empresa está obligada” (pág.4 del Acta), que en contra de lo pretendido por la acusación, no sirvieron para fundamentar la aplicación del delito contra la Hacienda Pública.

De acuerdo con la misma Acta, los anteriores hechos fueron *declarados constitutivos de los delitos* que se relacionan a continuación:

a) *delito de cohecho* por la negociación de comisiones a cambio de favores en el ejercicio del cargo por el que fueron condenados la diputada y el senador en la modalidad de cohecho pasivo del art. 248 bis del Código Penal chileno –en adelante, CPCh–⁰² y la *Sociedad Corpesca*, en la modalidad de cohecho activo del art. 250 CPCh⁰³, en virtud de la Ley núm. 20.393, de 2-12-2009 reguladora de la responsabilidad penal de las personas jurídicas -en adelante, RPPJ-⁰⁴.

b) *delito de fraude al fisco* tipificado en el art. 239 CPCh⁰⁵ por la emisión de boletas (facturas) de

02 Delito paralelo a los que el Código Penal español –en adelante, CPE– contiene en los arts. 419 (cohecho pasivo propio antecedente) y 421 (cohecho subsiguiente), y que presenta elementos coincidentes con el delito de tráfico de influencias que el Código Penal español regula en los arts. 428 a 430.

03 Delito equivalente al que el Código penal español –en adelante, CPE– contiene en el art. 424 (cohecho activo).

04 A diferencia del derecho penal chileno, en Derecho español, la RPPJ se regula en el Código penal (arts. 31 bis, ss y cc.) y también contempla la RPPJ por el delito de cohecho activo.

05 No se confunda el delito de “fraude al fisco” del CP chileno con el fraude fiscal español. La figura correspondiente a aquella debe encontrarse entre los delitos contra la Administración pública y, en especial, el delito de fraudes ilegales del art. 436 CPE.

honorarios y prestación de servicios falsos por el que fueron condenados el senador y uno de los emisores de las mismas.

Por el contrario, la sentencia *absuelve por el delito tributario* por la facilitación a la empresa de boletas de honorarios falsas, tipificado en el art. 97 N° 4 inciso final del Código Tributario⁰⁶, que se había imputado a la diputada y al senador.

3. LA CAPACIDAD DEL DELITO DE COHECHO PARA LA PERSECUCIÓN DE LA FINANCIACIÓN DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

3.1. LAS POSIBILIDADES DEL TIPO DE COHECHO FRENTE A LOS DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS Y FINANCIACIÓN ILÍCITA

En este caso se consideró probado que las sumas solicitadas por la diputada estaban destinadas a la financiación de actividades políticas, no así en el caso del senador a pesar de sus alegaciones defensivas. Es precisamente esta *dimensión política del caso* la que le confiere especial interés y nos lleva a plantear hasta qué punto el delito de cohecho por el que se acusó no solo sirve para la persecución de la corrupción destinada al propio beneficio, sino también la que contribuye a la financiación ilícita de los partidos políticos.

La premisa de la que se parte es que para que el delito de cohecho sea útil al fin de persecución de la financiación ilícita de los partidos políticos, debería poder apreciarse en los supuestos en que quien negocia es el partido y el beneficio redunda, asimismo, en su favor.

Lo anterior nos lleva a plantearnos quién puede ser autor y qué debe hacer para cometer el delito de cohecho, y más concretamente en su modalidad de cohecho propio antecedente como el que fue objeto de condena, para lo que se hará mención a las diferencias entre el Código Penal chileno y el español (arts. 248 bis CPCh y 419 CPE, respectivamente).

Desde la óptica del derecho penal español, en la dinámica comisiva del cohecho propio antecedente del art. 419 del CPE⁰⁷ pueden aparecer hasta cuatro personas de las que tres pueden situarse en el lado del funcionario corrupto: quien negocia -solicita o recibe-, quien eventualmente actúa en su nombre -por sí o por persona interpuesta-, y quien eventualmente se beneficia del negocio corrupto -en provecho

⁰⁶ Hallándose su correspondiente español en el delito contra la Hacienda Pública previsto en el art. 305 CPE, y el delito de falsedad documental tipificada en los arts. 390 ss. CP.

⁰⁷ Art. 419 CPE: “La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta”.

propio o de un tercero-, que puede ser distinto del primero⁰⁸. Al otro lado de la negociación estaría el que ofrece o entrega la contraprestación, al que se le aplicaría el tipo de cohecho activo del art. 424 CPE. Los mismos sujetos pueden aparecer en los correspondientes tipos chilenos de cohecho pasivo del art. 248 bis CPCh, que hace mención al funcionario que *solicita o acepta* un beneficio, que puede ser *para sí o un tercero*, así como el cohecho activo del art. 250 CPCh. A parte de otras diferencias que no vienen al caso –como la regulación conjunta del cohecho antecedente y subsiguiente–, la diferencia más visible entre el tipo chileno y el español es que en el primero no se hace mención al intermediario (la persona interpuesta) del que puede valer el funcionario, lo que, sin embargo, no obsta a la aplicación del tipo a estos supuestos.

Así las cosas, “el tipo de cohecho puede servir para la persecución de la financiación ilícita de los partidos, en la medida en que incluye los supuestos en que el funcionario actúa en beneficio de un tercero”, con independencia de si coetáneamente obtiene o no un beneficio para sí. En esta línea, la resolución analizada no solo admite que el delito de cohecho pueda ser en beneficio del partido, sino que subraya que esta finalidad no puede actuar como causa de justificación de la conducta del funcionario⁰⁹.

Sin embargo, la dinámica comisiva no siempre será esta. La importancia que tienen los partidos como proveedores de cargos públicos es tal que puede llegar a conferirles poder bastante para negociar en nombre de los funcionarios que se hallan bajo su órbita de influencia. Así las cosas, el partido podría solicitar un precio a la contratista a cambio de conseguirle la adjudicación deseada por parte del funcionario de su órbita de influencia. Tales “supuestos, que se caracterizan por el protagonismo del partido en la decisión sobre la desviación de la función, pueden quedar al margen del tipo de cohecho que está pensado para los casos en que es el funcionario quien negocia o dispone acerca del destino de la contraprestación”.

08 Sin embargo, no pueden desconocerse algunas opiniones en contra que, interpretando estas expresiones en sentido restrictivo, consideran que el beneficio para el tercero debe serlo también para uno mismo como sucede claramente en el caso de conseguir un puesto de trabajo para el familiar que vive a expensas del autor del delito.

Ahora bien, fuera de esta línea interpretativa minoritaria, técnicamente no se observa problema alguno para apreciar el delito de cohecho por los negocios en beneficio del partido, como pueden ser los que tienen por fin el pago de sus gastos a cargo de otro. Con todo, como se explicará, el problema no reside tanto en la admisión del tercero como beneficiario, lo que incluiría al partido, como en la incoherencia de situar el centro de imputación penal en el funcionario y no en el partido cuando es éste el responsable último de que se actúe en su beneficio.

09 “Por otro lado, gran parte de los fundamentos de la defensa del señor Orpis se basó en justificar tanto las acciones referidas al delito de fraude al fisco como del delito de cohecho precedente, en un financiamiento de campañas y deudas políticas, tanto suyas como de correligionarios del partido, e incluso en un desorden o aprovechamiento de su equipo de trabajo. Al respecto, se considera que la motivación económica sustentada en un financiamiento del aparataje político general de la época, según manifiesta el acusado, aún de ser efectiva -circunstancia que no resultó probada- no parece razonable como una justificación plausible a dichas conductas, máxime, si afecta el patrimonio de todos los chilenos y el principio de igualdad de los mismos frente a la autoridad pública, no resultando aceptable actuar al margen de toda norma legal” (pág. 30 del Acta de deliberación RIT 309-2018).

Ante tal limitación del delito de cohecho, “en España, puede acudirse al delito de tráfico de influencias” que permite castigar a quien solicita una contraprestación a cambio de influir sobre el funcionario competente u otro con influencia sobre el mismo (art. 430 CPE¹⁰), así como a quien efectivamente ejerce influencia sobre aquel (arts. 428¹¹ y 429¹² CPE).

Por esta vía el tipo de tráfico de influencias podría servir para reprimir determinados mecanismos de financiación ilícita de los partidos. Con todo, en su actual configuración, esta tipicidad presenta limitaciones.

En primer lugar, porque tal como sucede con el delito de cohecho antecedente que fue objeto de acusación en el caso Corpesca, “el delito de tráfico de influencias también exige demostrar la orientación final o causalidad” entre el pago y el acto del cargo –que es lo que en el caso de autos se discutía respecto de alguno de los episodios imputados a la diputada¹³– o el destino a un funcionario concreto aun sin concretar el acto –en el caso del llamado cohecho de facilitación que al tiempo de los hechos todavía no se hallaba tipificado en Chile¹⁴–.

En segundo lugar, porque en su actual configuración, la figura española de tráfico de influencias “deja fuera del objeto del delito a las actuaciones no constitutivas de resolución administrativa”, como pueden ser las votaciones parlamentarias que en el caso enjuiciado tuvieron lugar a lo largo de la tramitación de las leyes de pesca.

Por lo tanto, el tipo penal español de tráfico de influencias, aun adaptándose más precisamente a la dinámica negociadora de los partidos que sitúa su centro de gravedad fuera de la Administración pública, no es plenamente satisfactorio.

Distinta es la respuesta del Derecho penal chileno que regula las conductas de ejercicio de influencias en dos tipicidades distintas. Por un lado, en el ap. 2 del art. 248 bis CPCh que tipifica como cohecho

10 Art. 430 CPE: “Los que, ofreciéndose a realizar las conductas descritas en los dos artículos anteriores, solicitaren de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración, o aceptaren ofrecimiento o promesa”.

11 Art. 428 CPE: “El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaleciéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero.”

12 Art. 429 CPE: “El particular que influyere...”.

13 “considerándose asimismo que tales pagos fueron efectuados, en una época a la que no puede vincularse una actuación de ésta, en materia legislativa pesquera, en los términos expuestos en la inculpación, por lo cual no cabe sino demeritar este rubro de la acusación” (pág. 10 del Acta de deliberación RIT 309-2018).

14 Arts. 422 CPE y 248 CPCh, introducido por Ley 21121 Art. 1 N° 10, D.O. 20.11.2018, que en consecuencia era inaplicable retroactivamente a los hechos enjuiciados previos a la misma.

pasivo la exigencia de contraprestación a cambio del ejercicio de influencias en favor de tercero¹⁵; por otro lado, en el art. 240 bis CPCh¹⁶ que castiga el ejercicio de influencias en interés propio o de personas afines¹⁷. Las diferencias con la regulación española son manifiestas.

Desde el punto de vista de la autoría, mientras los delitos de tráfico de influencias recogidos en los arts. 429 y 430 del CP español son comunes, los tipos recogidos en los arts. 240 bis y art. 428 bis del CP chileno son especiales. En otras palabras, “el Código penal chileno solo contempla el ejercicio de influencias por parte del funcionario”, no así del particular, sin perjuicio de que, en su caso, éste pueda responder como partícipe a título de inductor del acto efectivamente realizado por aquél. “Por el contrario, el Código penal español no solo castiga al funcionario, sino también al particular que vende o ejerce influencias”. Por lo tanto, el CP chileno no contiene una figura delictiva que tipifique como acto de corrupción los supuestos en que es el partido –en su calidad de particular ajeno a la Administración– quien negocia la influencia que puede ejercer sobre los funcionarios de su órbita. Ello sin perjuicio de recorrer a las figuras genéricas de participación, cuando proceda.

Por otro lado, a diferencia del Código chileno, “el Código penal español no castiga la mera compra de influencias que no vaya seguida de su ejercicio. El delito de tráfico de influencias del art. 430 CP español se limita a los actos de venta de influencias”¹⁸; a diferencia del delito de cohecho activo del art. 250 CP chileno que castiga la mera compra de los actos recogidos en el art. 248 bis¹⁹, que incluyen el ejercicio de influencias.

En contrapartida, “el Código penal chileno exige que la negociación se realice con el funcionario, mientras que el Código penal español admite la negociación con un particular con influencia sobre

15 Art. 248 bis CPCh: “Si la infracción al deber del cargo consistiere en ejercer influencia en otro empleado público con el fin de obtener de éste una decisión que pueda generar un provecho para un tercero interesado.”

16 Art. 240 bis CPCh: “Las penas establecidas en el artículo precedente serán también aplicadas al empleado público que, interesándose directa o indirectamente en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir otro empleado público, ejerciere influencia en éste para obtener una decisión favorable a sus intereses.

Las mismas penas se impondrán al empleado público que, para dar interés a cualquiera de las personas expresadas en los incisos segundo y final del artículo precedente en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir otro empleado público, ejerciere influencia en él para obtener una decisión favorable a esos intereses...”

17 Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. “Delitos contra la probidad administrativa”, Héctor Hernández Basualto, <https://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/10/Hern%C3%A1ndez-Basualto-H%C3%A9ctor-Delitos-contra-la-probidad-administrativa.pdf>

18 Distinta es la compra de influencia seguida de su ejercicio que puede ser castigada a título de inducción a los delitos de ejercicio de influencias de los arts. 428 o 429 CPE, según el caso.

19 Art. 250 CPCh: “El que diere, ofreciere o consintiere en dar a un empleado público un beneficio económico o de otra naturaleza, en provecho de éste o de un tercero, en razón del cargo del empleado en los términos del inciso primero del artículo 248, o para realice las acciones o incurra en las omisiones señaladas en los artículos 248, inciso segundo, 248 bis y 249, o por haberlas realizado o haber incurrido en ellas...”

éste”.

Por fin, mientras “el tipo penal español exige que la influencia se encamine a la obtención de una resolución”²⁰, no sucede lo mismo con el art. 248 bis CPCh, que se extiende a toda “*decisión que pueda generar un provecho para un tercero interesado*”. Por lo tanto, puede extenderse a los actos políticos.

En suma, si bien el art. 248 bis CPCh que se aplicó en este caso sirve sin duda alguna para la persecución de la corrupción de los políticos que ocupan cargos públicos, presenta muchas más limitaciones para la persecución que se gesta en el seno de los partidos que no siempre tendrán que ofrecer algo a cambio para que los funcionarios de su órbita sigan sus indicaciones, ni siempre que reciban dinero estará destinado a sufragar actuaciones públicas determinadas de antemano.

Desde este punto de vista, en España, las esperanzas están puestas en el nuevo delito de financiación ilícita –introducido en el art. 304 bis por LO 1/2015– que desvincula la persecución penal de la financiación ilícita de los partidos de la concreta corrupción de la Administración pública. El problema, desde el punto de vista de la actual regulación positiva, se halla en la infinidad de excepciones y limitaciones aplicativas abundantemente denunciadas por la doctrina especializada. Análogas posibilidades ofrecen los delitos de financiación ilícita regulados en el Decreto con Fuerza de Ley núm. 3, de 6-4-2017, por el que se “fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley n°19.884, orgánica constitucional sobre transparencia, límite y control del gasto electoral”. En todo caso, deberá estarse a las vicisitudes de la aplicación forense de ambas regulaciones.

En el caso sometido a examen se condenó a ambos parlamentarios por el delito de cohecho del art. 248 bis CP ante la prueba de la realización de actos en beneficio de la empresa interesada a cambio de unos pagos que, en el caso de la diputada, se probó que iban destinados a sufragar actividades políticas.

Como se ha dicho más arriba, ningún óbice hay a que el beneficio obtenido favorezca a un tercero como el partido. El problema es otro y es que el fenómeno de la financiación ilícita no termina ahí, pudiendo tener lugar a través del puro ejercicio de influencias sobre los funcionarios de su ámbito de poder, sin poder negociador ni contraprestación alguna para éstos. No es esto lo que se recoge en los hechos probados del caso Corpesca, pero de haber sido así y habernos hallado ante un verdadero problema de corrupción política y no solo de los políticos el problema jurídico hubiera sido otro, pues cuando no es el funcionario competente quien negocia difícilmente podrá aplicarse el delito de cohecho. A ello se suma la imposibilidad de responsabilizar al Partido negociador por inducción a la

²⁰ Art. 430: “Los que, ofreciéndose a realizar las conductas descritas en los dos artículos anteriores”, esto es, art. 428 CPE: “para conseguir una resolución”.

prevaricación cuando las actuaciones interesadas no son constitutivas de resolución administrativa, como prevé el art. 404 CPE²¹ o art. 228 CPCh²², sino actos políticos como en el caso enjuiciado²³.

3.2. LOS PAGOS PERIÓDICOS O APLAZADOS

Sentadas las anteriores bases aplicativas y afirmada la genérica posibilidad de perseguir, como mínimo en parte, algunos episodios de la financiación de los partidos a través del delito de cohecho, se abre otro orden de cuestiones que tienen que ver con el problema de prueba de la relación de causalidad entre el pago y la desviación de la función y, anudado al mismo, el problema de la determinación del momento de la consumación y el correspondiente *dies a quo* para la prescripción.

La práctica enseña que existen supuestos en que no se actúa negociando cada uno de los pagos y decisiones en favor del particular, sino en el marco de un pacto de mutuo beneficio por el que, por una parte, se entregan cantidades de modo periódico y, por otra, se resuelve en favor del pagador cada vez que se brinda la oportunidad. En casos así ningún problema hay para afirmar la genérica existencia del pacto que está en la base del conjunto de pagos, por un lado, y la serie de actuaciones públicas, por otro. Sin embargo, suscitan problemas en punto a la determinación de la unidad de hecho y la concreción del preciso momento de consumación del que dependerá el inicio del plazo de prescripción.

En el caso enjuiciado, los hechos imputados al Senador responden a la anterior dinámica comisiva (pág. 22 ss. del Acta²⁴), que lleva al tribunal a agrupar los pagos en dos unidades fácticas, cada una de las cuales se asocia a un acuerdo (pág. 28 del Acta) y la correspondiente contraprestación pública (pág. 29 del Acta), dando lugar a la estimación de dos hechos delictivos (pág. 29 del Acta).

Ningún óbice se observa para apreciar la unidad de hecho entre todos los pagos que responden a uno y otro acuerdo, apreciando en consecuencia dos únicos delitos, tal como se recoge en la pág. 29 del Acta: “no compartiendo la calificación de los persecutores en orden a que cada boleta falsa constituye un hecho consumado del injusto en cuestión”.

21 “resolución arbitraria en un asunto administrativo”.

22 “providencia o resolución manifestamente injusta en negocio contencioso-administrativo o meramente administrativo”.

23 Así, con relación al Senador, se afirma la concurrencia del “acto propio del cargo” objeto del cohecho, por cuanto “la presentación realizada por el sr. Orpís, fue dentro de su actividad como parlamentario, la cual no sólo comprende el área legislativa propiamente tal, esto es, de crear leyes, sino también su esfera política y de representación popular” (pág. 25 del Acta de deliberación RIT 309-2018).

24 “se le atribuye haber solicitado al Gerente General de la empresa Corpesca S.A, un beneficio económico consistente en la entrega mensual de sumas de dinero entre los años 2009 y hasta el año 2013, a cambio de favorecer los intereses de la empresa en su función de legislador a través de actos cometidos con infracción de los deberes de su cargo” (pág. 22 del Acta de deliberación RIT 309-2018).

Ahora bien, una vez identificados los hechos que integran uno y otro delito, el siguiente problema es precisar el momento final de la consumación delictiva que marca el inicio del cómputo de la prescripción, y en este punto es más discutible la solución alcanzada en el caso enjuiciado, pues sitúa el momento de la consumación al tiempo del pacto corrupto, lo que en el peor de los casos podría conducir a que se alcanzara la prescripción antes de la satisfacción del último pago aplazado sin poder hacer nada al respecto.

En el caso enjuiciado, el argumento esgrimido en favor de esta solución fue que nos hallamos ante un delito de mera actividad que se consume con el mero pacto corrupto (pág. 29 del Acta). Sin embargo, esta afirmación merece algún matiz, pues el que nos hallemos ante un delito de “consumación anticipada”, que significa que se realiza con la mera oferta o solicitud de contraprestación, no implica que la ulterior obtención de la misma sea una conducta postdelictiva irrelevante a los efectos de la consumación. El hecho de que un delito se consume en un momento determinado no significa que si la actividad ilícita se mantiene en el tiempo no continúe consumándose y no deba atenderse al último acto ilícito para declarar iniciado el tiempo de prescripción. Desde este punto de vista, en el caso del delito de cohecho, la mera oferta consume, pero si va seguida del pago no podrá empezar a prescribir hasta el fin del mismo.

Así pues, aunque en este caso el aplazamiento y periodificación del pago no suscitara problemas prescriptivos, será importante tener en cuenta las anteriores reflexiones para otros supuestos.

4. LOS DELITOS INSTRUMENTALES Y CONEXOS

Por lo general, los delitos de corrupción no llegan solos. Los pagos ilícitos suelen ocultarse tras facturas por servicios inexistentes y, con frecuencia, como sucede cuando intervienen partidos políticos, involucran a multiplicidad de personas que garantizan el éxito de la operación y la posterior ocultación de las ganancias. En términos penales, ello se traduce en el acompañamiento de los delitos de corrupción por otros constitutivos de falsedades documentales y asociación criminal. En el caso enjuiciado también se planteó el delito de fraude al fisco –que se correspondería con los fraudes ilegales del CP español–, por cuanto el enriquecimiento particular se consiguió a costa del erario público.

No entraremos aquí en el delito de asociación criminal que en España se complementa con los tipos de organización y grupo criminal introducidos con la reforma del Código penal de 2010 (arts. 515 y 570 bis y ter CPE). Los problemas que estas tipicidades plantean son muchos y van desde la posibilidad de

clasificar a un partido como asociación criminal a la delimitación de ésta de la participación delictiva, a la vista de que el tipo de grupo criminal ni tan siquiera exige la nota de estabilidad. Sin embargo, ni debemos dejarlo para otro momento, pues su análisis en profundidad desbordaría las pretensiones de este artículo, además de que tampoco fue objeto de acusación en el caso objeto de estudio.

Asimismo, dejamos de lado el delito de falsedad documental que, aunque sistemáticamente presente en los llamados “delitos de cuello blanco”, no fue objeto de imputación autónoma, sino solo como elemento integrante del delito de fraude a la Hacienda Pública tipificado en el art. 97.4 del Código Penal Tributario por el que se absolvió.

Dejando de lado éstos y otros delitos que pueden aparecer en los episodios de corrupción, a continuación, haremos mención a los únicos que se plantean en el caso enjuiciado: el fraude a la Hacienda Pública y el fraude al fisco.

4.1. EL FRAUDE A LA HACIENDA PÚBLICA POR MEDIO DE FACTURAS FALSAS DEL ART. 97.4 DEL CÓDIGO PENAL TRIBUTARIO CHILENO

En la causa sometida a examen se acusó a la diputada por el delito contra la Hacienda Pública tipificado en el art. 97.4 del Código Penal Tributario chileno²⁵ por la facilitación a la empresa de facturas falsas que determinarían una rebaja de las obligaciones tributarias como consecuencia del correlativo aumento de costes de funcionamiento. Sin embargo, se le absolvió del mismo, entre otros motivos²⁶, por ausencia del elemento subjetivo necesario, pues declara la sentencia que “no resultó probada su voluntad directa y unívoca de posibilitar su utilización por parte de la empresa para rebajar la base imponible del impuesto a la renta del año respectivo” (pág. 6 del Acta).

Así pues, la ausencia del elemento subjetivo requerido determinó la absolución de la diputada del delito de fraude a la Hacienda Pública que, tal como está configurado en el Código Penal chileno,

²⁵ Art. 97.4 del Código Penal Tributario “4º.- *Las declaraciones maliciosamente incompletas o falsas que puedan inducir a la liquidación de un impuesto inferior al que corresponda o la omisión maliciosa en los libros de contabilidad de los asientos relativos a las mercaderías adquiridas, enajenadas o permutadas o a las demás operaciones gravadas, la adulteración de balances o inventarios o la presentación de éstos dolosamente falseados, el uso de boletas, notas de débito, notas de crédito o facturas ya utilizadas en operaciones anteriores, o el empleo de otros procedimientos dolosos encaminados a ocultar o desfigurar el verdadero monto de las operaciones realizadas o a burlar el impuesto, con multa del cincuenta por ciento al trescientos por ciento del valor del tributo eludido y con presidio menor en sus grados medio a máximo.*”

²⁶ La sentencia absuelve a la acusada de delito tributario en primer lugar, por el incumplimiento de la condición de procedibilidad consistente en la interposición de denuncia o querrela por parte del Servicio, prevista en el art. 162 del Código Tributario chileno –en adelante, CTCh–; que en España desapareció, por cierto, con la reforma del delito fiscal de 1985. En segundo lugar, por la falta de prueba de la facilitación de las boletas por la acusada en todo los casos menos en uno.

absorbe al de facturación falsa²⁷.

Del mismo delito fue acusado el senador y absuelto por idéntico motivo (pág. 13 del Acta²⁸). En contra, se pronunció el voto particular de la Magistrada Bugueño, que consideró que concurre el dolo típico para cuya apreciación es irrelevante la motivación última de la actuación.

En España, la solución hubiera sido distinta. Ni el dolo tributario exige que la voluntad defraudatoria sea el objetivo último de la conducta delictiva –lo que solo es relevante para distinguir entre el dolo de primer y segundo grado o consecuencias necesarias–, ni la falsedad documental por la emisión de facturas por servicios inexistentes²⁹ entra en concurso de leyes con el delito tributario sino de delitos³⁰. Siendo tantas las diferencias, el estudio de los requisitos típicos según el Código Penal español y los criterios interpretativos al uso nos alejaría mucho del comentario a una sentencia que aplica un derecho diverso. Por lo tanto, no ahondaremos en su estudio más que para subrayar la constante presencia de las facturas falsas como medio de ocultación de las comisiones ilícitas en los supuestos de corrupción, como también sucedió en otro gran escándalo de financiación ilícita de partidos políticos en España conocido como el “caso Filesa”³¹.

4.2. EL FRAUDE AL FISCO DEL ART. 239 DEL CÓDIGO PENAL CHILENO³²

En el caso analizado se consideró probado que el Senador simuló la contratación de asesorías parlamentarias por las que se entregaban boletas/facturas que no se correspondían con ninguna relación de prestación de servicios o a las que se les añadían sobrecostos injustificados, consiguiendo

27 Art. 97.4 del Código penal tributario “4º (...) Si, como medio para cometer los delitos previstos en los incisos anteriores, se hubiere hecho uso malicioso de facturas u otros documentos falsos, fraudulentos o adulterados, se aplicará la pena mayor asignada al delito más grave.”

28 “Que en lo tocante a este acápite de la acusación, este Estrado por mayoría, entiende que el injusto propuesto no se verifica, desde que no se acreditó la voluntad directa, unívoca y específica del acusado de cometer el delito invocado, pues pese a que al encartado se le pueda imputar el conocimiento de la consecuencia de incorporar dichas boletas en la contabilidad de la compañía, tal y como ocurrió, la voluntad manifestada por el acusado, no era otra que obtener el dinero para financiamiento de sus campañas y deudas, pues la forma de obtener ese financiamiento era justamente a través de la entrega de documentos tributarios carentes de respaldo y de servicios, pero no con la intención maliciosa de posibilitar la comisión de alguno de los delitos del artículo 97 del Código Tributario por parte de su financista, sino que ello es una consecuencia de su actuar, que a lo más podría ser constitutiva de dolo eventual.”

29 Supuesto que, según la jurisprudencia mayoritaria es constitutivo de falsedad material punible. Así, STS 1/1997, 28-10 (“Caso Filesa”); en contra, STS 224/1998, 26-2 (“Caso Argentinia Trust”).

30 Así, por ejemplo, SAP Madrid 183/2018, 1-3.

31 Tribunal Supremo, sala de lo penal, STS 1/1997 del 28 de octubre. Ponente: José Augusto de Vega Ruiz. “Caso Filesa”: sobre la falsedad en facturas como falsedad material punible.

32 Adviértase que lo que en derecho penal chileno recibe el nombre de fraude al fisco (art. 239 CPCh) nada tiene que ver con nuestro fraude fiscal (art. 305 CPE). El equivalente del fraude al fisco chileno es el delito de malversación o fraudes ilegales de los arts. 432 y 436 CPE, respectivamente.

unos ingresos que, con posterioridad, se transferían al senador (págs. 15 ss.).

Estos hechos fueron calificados como delito de fraude al fisco del art. 239 CPCh que no tropezó con especiales problemas aplicativos en un supuesto en que se consideró probada la detracción de fondos públicos sin justificación alguna. Puesto que no se formuló acusación por el delito de malversación de caudales, tipificado en los arts. 235 ss CPCh, la sentencia no nos ilumina acerca de los criterios de resolución del problema concursal entre uno y otro delito, y que en España plantea especiales problemas aplicativos entre los tipos de los arts. 432 ss CP y 436 CPE, respectivamente³³.

5. LA FALTA DE CONTROL COMO FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA

Una vez expuesta la calificación jurídica de los hechos, es preciso hacer una breve mención a la responsabilidad penal de la empresa por el delito de cohecho activo.

De todas las interesantes cuestiones que suscita la responsabilidad penal de las personas jurídicas³⁴, sólo me detendré en la relativa al problema de las compliance de fachada.

En el caso analizado, se condenó a la mercantil Corpesca por un delito de cohecho activo del art. 250 CPCh, a la vista de la concurrencia de los requisitos legales exigidos para apreciar la RPPJ por la Ley 20393, 2-12-2009, que según su art. 3³⁵ consisten en: a) la comisión de uno de los delitos de la lista del art. 1; b) por parte de “sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión”, u otros sujetos que presentan interés para el caso analizado; c) la actuación en interés o provecho de la persona jurídica; y d) “la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión”.

En nuestro caso, la estimación de la RPPJ se basó en la negación de que “con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a lo dispuesto en el

33 Al respecto, puede verse STS 394/2014, 7 de mayo. Ponente: Andrés Martínez Arrieta.

34 Para una clarificadora síntesis sobre la situación actual en España, Alfonso Galán Muñoz, *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2017). Para una comparación entre el sistema chileno y el español previo a la reforma de 2015, Nelly Salvo Ilabel, “*Modelos de imputación penal a personas jurídicas: estudio comparado de los sistemas español y chileno*” (Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, 2015), <https://www.tesisenred.net/handle/10803/285167#page=1>

35 Los requisitos son esencialmente coincidentes con los recogidos en el art. 31 bis CPE.

artículo siguiente”, tal como prevé el art. 3, pár. 3. de la Ley 2039 y desarrolla el art. 4 de la misma, que exige constatar la existencia de: a) un *encargado de prevención que cuente con autonomía*; b) *medios precisos para el desarrollo de su función*; c) un *sistema de prevención de delitos*; d) que éste esté debidamente *supervisado*.

En el caso enjuiciado, los anteriores requisitos no se habrían cumplido, en la medida en que faltaba el sistema de prevención de delitos adecuado: a) *el encargado de prevención no contaba con la necesaria autonomía, pues no podía fiscalizar al gerente general y resto de la dirección y altos ejecutivos* (pág. 34 del Acta); b) *Corpesca no estableció un método que garantizara la efectiva aplicación del modelo, pues ni tan siquiera “cumplió con el deber impuesto por su propio Modelo de Prevención de Delitos de incorporarlo en los anexos de contratos de trabajo en forma oportuna y eficiente para el conocimiento de sus trabajadores, incluyendo el de los altos ejecutivos, que como se dijo en las clausuras, eran los cargos más sensibles para incurrir en este tipo de responsabilidad”* (pág. 35 del Acta); c) *Tampoco funcionaron los controles ex post ni se activó una reacción sancionadora por parte de la empresa, sino todo lo contrario, pues tras la renuncia del Gerente general se le agradeció la gestión y satisfizo una jugosa indemnización, además de mantenerlo vinculado a otras empresas del grupo. Por todo ello, se considera que el gerente general pudo realizar el delito de cohecho gracias a la ausencia de control, pues sus órdenes de pago de las facturas o boletas falsas se ejecutaron sin ningún tipo de fiscalización* (pág. 34 del Acta).

La sentencia no se extiende en los criterios que sirven para valorar la idoneidad de la compliance, que en ningún caso debe ser absoluta, pues siempre que se plantea la exención de RPPJ es porque ya se ha cometido un delito. Como prevé el art. 31 bis, ap. 2, 1ª CPE³⁶ basta con que las medidas sirvan al fin de “reducir de forma significativa el riesgo de su comisión” -lo que abre la cuestión acerca de la valoración judicial del grado de idoneidad de las compliance para la consecución del fin al que están destinadas-.

A este fin, pueden ser de utilidad los criterios que enumera la Circular FGE³⁷ 1/2016: 1ª. Ineficacia de las *compliance* de fachada. 2ª. Expresión de una cultura de cumplimiento³⁸. 3ª. Negación del carácter concluyente de la valoración efectuada por las certificaciones extrajudiciales sobre idoneidad. 4ª.

36 Circular FGE 1/2016, pág. 23: “Aunque la comisión del delito puede interpretarse como una inicial muestra de la ineficacia del modelo, lo cierto es que no puede descalificarse por ello automáticamente un programa por inefectivo. El delito no invalida necesariamente el programa de prevención, que puede haber sido diseñado e implementado adecuadamente sin llegar a tener una eficacia absoluta. En atención a esta realidad, la idoneidad se establece en el articulado con carácter relativo, admitiendo como eficaz un programa que solo permite “reducir de forma significativa” el riesgo de comisión del delito, adjetivación imprecisa que obligará al juez a efectuar un difícil juicio hipotético y retrospectivo sobre la probabilidad que existía de la comisión de un delito que ya se ha producido.”

37 Fiscalía General del Estado, en España.

38 En base a este criterio se absuelve a la PJ en la SAN 13/2020, 29-9 (“Caso Bankia”), estimando probada la “efectiva implantación de las medidas de control adecuadas para prevenir la comisión de delitos, demostrativa de la observancia de una verdadera cultura de respeto al Derecho.”

Compromiso de los órganos dirigentes. 5ª. Valoración diferenciada de los supuestos de beneficio indirecto para la persona jurídica. 6ª. Valoración de la existencia de mecanismos de detección de delitos y la efectiva detección de los mismos, que debe considerarse expresiva de la cultura de cumplimiento corporativo. 7ª. Consideración a la intensidad del fraude para eludir el modelo o la frecuencia y duración de la actividad criminal. 8ª. Valoración de la reacción de la empresa, siendo así que:

“a título de ejemplo, el mantenimiento en el cargo de un administrador o directivo que ha sido sometido a un procedimiento penal en el que la comisión del delito ha quedado acreditada, desdibuja un pretendido compromiso ético” (pág. 27 de la Circular). 9ª. Por el contrario, “La adopción de medidas disciplinarias contra los autores o la inmediata revisión del programa para detectar sus posibles debilidades, introduciendo en su caso las necesarias modificaciones, son muestra del compromiso de los dirigentes de la corporación con el programa de cumplimiento. Del mismo modo, la restitución, la reparación inmediata del daño, la colaboración activa con la investigación o la aportación al procedimiento de una investigación interna, sin perjuicio de su consideración como atenuantes, revelan indiciariamente el nivel de compromiso ético de la sociedad y pueden permitir llegar a la exención de la pena. Operarán en sentido contrario el retraso en la denuncia de la conducta delictiva o su ocultación y la actitud obstructiva o no colaboradora con la justicia.” (pág. 27 de la Circular).

Si tomamos en consideración los anteriores criterios para la valoración de la idoneidad de la compliance fácilmente llegamos a la conclusión de que no se siguieron por parte de la empresa enjuiciada, pues: la posesión de una certificación externa debe considerarse irrelevante cuando no sirve para promover la cultura de cumplimiento (2ª) como sucede cuando no se difunden las pautas de conducta entre los empleados; no existe compromiso de los órganos dirigentes (4ª) cuando son quienes incurren en la actividad delictiva; no funcionan los mecanismos de detección de delitos (6ª) cuando se niega la autonomía del *compliance officer*; y no se adoptaron medidas reactivas o disciplinarias ante los hechos (8ª y 9ª), sino todo lo contrario, al satisfacer una indemnización y garantizar la recolocación en otra empresa al responsable de los hechos. En suma, puede considerarse que se trataba de una compliance de fachada (1ª) sin eficacia para la exención de RPPJ.

Todo ello corrobora el defecto estructural que se halla en la base de la RPPJ³⁹, que debe afirmarse, como aquí se hizo, para evitar el peligro de la responsabilidad penal objetiva⁴⁰.

39 STSJ Madrid 146/2018, 23-10. *Ibíd.*

40 Así, Tribunal Supremo, sala de lo penal, STS 154/2016, 29 de febrero. Ponente: Jose Manuel Maza Martin: “El hecho de que la mera acreditación de la existencia de un hecho descrito como delito, sin poder constatar su autoría o, en el caso de la concurrencia de una eximente psíquica, sin que tan siquiera pudiera calificarse propiamente como delito, por falta de culpabilidad, pudiera conducir

6. CONCLUSIONES

Los hechos objeto de análisis presentan interés desde dos puntos de vista: la reflexión acerca de la aplicabilidad de los delitos de corrupción a la actividad política, y la RPPJ de los donantes.

En cuanto a lo primero, se ha llegado a la conclusión de que el delito de cohecho sirve para la represión penal del desvío de la función negociado por el propio funcionario competente. Sin embargo, esta figura delictiva no sirve para la persecución de la corrupción que se impulsa desde los centros de decisión de los partidos cuando venden a terceros la influencia que pueden ejercer sobre los funcionarios e imponen a éstos actuaciones sin contraprestación alguna a cambio. A estos supuestos puede aplicarse el tipo de tráfico de influencias del Código Penal español, que es de carácter común y no exige retribuir al funcionario, pero que tampoco alcanza actos de pura financiación ilícita del partido sin relación causal con la comisión de un delito concreto o destinación a un funcionario específico. La solución solo puede venir de la mano de la incriminación penal de la financiación ilícita en sí misma considerada, en la línea de lo que prevén los ordenamientos español y chileno, con las mejoras que sean precisas.

En cuanto a lo segundo, la sentencia presenta especial interés como alerta acerca de la invalidez de las compliance de fachada y la necesidad de comprobar su idoneidad para la efectiva prevención de delitos, como se planteó en este caso en el que a pesar de la posesión de un programa de cumplimiento por parte de la empresa se la condenó por el material desinterés en su aplicación y la ausencia de posibilidades reales de control.

BIBLIOGRAFÍA

Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015.

Cugat Mauri, Miriam. “La responsabilidad penal de los cargos de los partidos políticos: alternativas típicas y zonas oscuras”, en *Responsabilidad Jurídica y Política de los Partidos en España*. Compilado por Mercedes García Arán y Joan Botella Corral, 245-280. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

directamente a la declaración de responsabilidad de la persona jurídica, nos abocaría a un régimen penal de responsabilidad objetiva que, en nuestro sistema, no tiene cabida. De lo que se colige que el análisis de la responsabilidad propia de la persona jurídica, manifestada en la existencia de instrumentos adecuados y eficaces de prevención del delito, es esencial para concluir en su condena y, por ende, si la acusación se ha de ver lógicamente obligada, para sentar los requisitos fácticos necesarios en orden a calificar a la persona jurídica como responsable, a afirmar la inexistencia de tales controles, no tendría sentido dispensarla de la acreditación de semejante extremo esencial para la prosperidad de su pretensión.” En el mismo sentido, entre otras, SAP Zaragoza 112/2016, 27-5, que absuelve por la falta de acreditación de tal defecto estructural sin el cual se corre el peligro de incurrir en responsabilidad objetiva.”

Galán Muñoz, Alfonso. *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

Hernández basualto, Héctor. “*Delitos contra la probidad administrativa*”, <https://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/10/Hern%C3%A1ndez-Basualto-H%C3%A9ctor-Delitos-contra-la-probidad-administrativa.pdf>

Tribunal Supremo, sala de lo penal, STS 1/1997 del 28 de octubre. Ponente: José Augusto de Vega Ruiz. “Caso Filesa”: sobre la falsedad en facturas como falsedad material punible.

Tribunal Supremo, sala de lo penal, STS 224/1998, 26 de febrero. José Jiménez Villarejo “Caso Argentina Trust”: en contra del criterio de la Sentencia Filesa.

Tribunal Supremo, sala de lo penal, STS 394/2014, 7 de mayo. Ponente: Andrés Martínez Arrieta. Sobre el concurso entre la malversación y los fraudes ilegales.

Tribunal Supremo, sala de lo penal, STS 154/2016, 29 de febrero. Ponente: Jose Manuel Maza Martin. Sobre la culpa propia como base de la RPPJ.

SAP Zaragoza 112/2016, 27 de mayo, sobre el defecto estructural como base de la RPPJ.

SAP Madrid 183/2018, 1 de marzo, sobre el concurso entre el fraude fiscal y la falsedad documental.

Salvo Ilabel, Nelly. “*Modelos de imputación penal a personas jurídicas: estudio comparado de los sistemas español y chileno*” Tesis doctoral. Universidad Autónoma de Barcelona, 2015. <https://www.tesisenred.net/handle/10803/285167#page=1>