



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO

**DELITOS FUNCIONARIOS QUE CONSISTEN EN LA FALTA DE
PROBIDAD**

**Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y
Sociales**

MEMORISTA: Javiera Reyes Standen
PROFESOR GUIA: Vivian Bullemore Gallardo

Santiago, Chile

2009

INDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPITULO PRIMERO. ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LOS DELITOS FUNCIONARIOS QUE AFECTAN LA PROBIDAD ADMINISTRATIVA.....	8
1. EL SUJETO ACTIVO EN LOS DELITOS FUNCIONARIOS.....	8
1.1. Concepto de funcionario público.....	10
1.2. Ámbito de aplicación del artículo 260 del Código Penal.....	17
1.3. Concepto de funcionario público extranjero.....	22
1.4. Concepto de función pública.....	25
2. BIEN JURÍDICO.....	27
2.1. Bien jurídico protegido en los delitos funcionarios.....	27
2..2. Bien jurídico protegido en los delitos funcionarios que atentan contra la probidad administrativa.....	32
CAPITULO SEGUNDO. MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS.....	37
1. PECULADO O SUSTRACCIÓN DE FONDOS.....	38
1.1 Tipicidad.....	39
1.1.1 Tipicidad objetiva.....	40
1.1.1.1 Verbo rector y modalidades de la acción.....	40
1.1.1.2 Sujeto activo.....	42
1.1.1.3 Objeto Material.....	44
1.1.2 Tipicidad subjetiva.....	48
1.1.2.1 El dolo y la culpa en el delito de peculado.....	48
1.1.2.2 Elementos subjetivos del tipo.....	49
1.2 Clasificación: delito especial impropio y propio.....	51
1.3 Problemas de penalidad.....	51
1.3.1 Consecuencias del reintegro de los bienes sustraídos.....	51
1.3.2 Penas del delito de peculado.....	54
1.4 Análisis del artículo 238: delito de malversación impropia.....	54

2. DISTRACCIÓN O USO INDEBIDO DE CAUDALES O EFECTOS PÚBLICOS.....	56
2.1 Tipicidad.....	57
2.1.1 Tipicidad objetiva.....	57
2.1.1.1 Verbo rector.....	57
2.1.1.2 Modalidades de la acción.....	58
2.1.1.3 Momento en que debe producirse el reintegro.....	59
2.1.2 Tipicidad subjetiva.....	60
2.1.2.1 Elementos subjetivos del tipo.....	60
2.2 Penas del delito de distracción o uso indebido de caudales o efectos públicos.....	63
3. APLICACIÓN PÚBLICA DIFERENTE.....	63
3.1 Sujeto activo y objeto material.....	64
3.2 Cuestionamiento de la intervención penal.....	66
3.3 Penas del delito de aplicación pública diferente.....	67
4. NEGATIVA A UN PAGO O ENTREGA.....	67
4.1 Tipicidad.....	68
4.2 Características del delito de negativa a un pago o entrega.....	68
4.3 Penas contempladas para la negativa a un pago o entrega.....	70
CAPITULO TERCERO. FRAUDES COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS.....	71
1. FRAUDE AL FISCO.....	71
1.1 Tipicidad.....	72
1.1.1 Tipo objetivo.....	72
1.1.1.1 Sujeto activo y sujeto pasivo.....	72
1.1.1.2 El perjuicio patrimonial.....	73
1.1.1.3 Beneficio económico.....	75

1.1.2 Tipo subjetivo.....	76
1.2 Clasificaciones.....	76
1.2.1 Delito especial: impropio y propio.....	76
1.2.2 Fraude por engaño y por abuso de confianza.....	77
1.3 Penas contempladas para el delito de fraude al Fisco.....	80
2. NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES.....	81
2.1 Bien jurídico.....	82
2.2 Tipicidad.....	82
2.2.1 Tipicidad objetiva.....	83
2.2.1.1 Verbo rector.....	83
2.2.1.2 Modalidades de la acción.....	85
2.2.1.3 Extensión del sujeto activo en el delito de negociación incompatible.....	89
2.2.1.4 El objeto material.....	90
2.2.2 Tipo subjetivo.....	91
2.3 Penas contempladas para el delito de negociación incompatible.....	91
3. TRÁFICO DE INFLUENCIAS.....	92
3.1 Concepto de tráfico de influencias.....	92
3.2 Bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias.....	93
3.3 El delito de tráfico de influencias y la Convención Interamericana contra la Corrupción.....	94
3.4 Tipicidad.....	96
3.4.1 Tipo objetivo.....	96
3.4.1.1 Verbo rector.....	96
3.4.1.2 Modalidades de la acción.....	97
3.4.1.3 Sujeto Activo.....	99
3.4.1.4 Objeto material.....	100
3.4.2 Tipo subjetivo.....	100
3.5 Pena establecida para el delito de tráfico de influencias.....	101

4. EXACCIONES ILEGALES.....	102
4.1 Tipicidad.....	102
4.1.1 Tipo objetivo.....	102
4.1.1.1 Verbo rector y modalidades de la acción.....	102
4.1.1.2 Sujeto activo en el delito de exacciones ilegales.....	105
4.1.2 Tipo subjetivo.....	106
4.2 Pena contemplada para el delito de exacciones ilegales.....	106

CAPITULO CUARTO. EL DELITO DE COHECHO.....107

1.1 Bien jurídico.....	108
1.2 Clasificaciones del delito de cohecho.....	111
1.3 Naturaleza unilateral o bilateral del delito de cohecho.....	113
1.4 Características del delito de cohecho.....	115
1.5 Análisis de las figuras de cohecho contempladas en nuestro Código Penal.....	117

A. Figura básica de cohecho del funcionario público, activo o pasivo (cohecho pasivo propio).....118

A.1 Clasificación.....	118
A.2 Tipicidad.....	118
A.2.1 Tipo objetivo.....	119
A.2.1.1 Verbo rector.....	119
A.2.1.2 Sujeto activo.....	120
A.2.1.3 Beneficio económico.....	121
A.2.2 Tipo subjetivo.....	123
A.3 Problemas de penalidad.....	124
A.3.1 Adecuación social de la conducta.....	124
A.3.2 Pena contemplada para la figura básica de cohecho del funcionario público.....	125

B. Primera figura agravada de cohecho del funcionario público, activo o pasivo (cohecho pasivo propio agravado).....126

B.1 Clasificación.....	126
B.2 Tipicidad.....	127
B.2.1 Tipo objetivo.....	127
B.2.1.1 Verbo rector y modalidades de la acción.....	127
B.2.1.2 Beneficio económico por retardar un acto o por haberlo retardado.....	130
B.2.1.3 Sujeto activo.....	131
B.2.2 Tipo subjetivo.....	131
B.3 Penas.....	132

C. Segunda figura agravada de cohecho del funcionario público, activo o pasivo (cohecho pasivo impropio).....132

C.1 Clasificación.....	133
C.2 Tipicidad.....	133
C.3 Tipo objetivo (verbo rector) y tipo subjetivo.....	134
C.4 Problemas de penalidad.....	134

D. Figura básica de cohecho del particular, activo o pasivo (cohecho activo o soborno).....136

D.1 Clasificación.....	137
D.2 Tipicidad.....	137
D.2.1 Tipo objetivo.....	137
D.2.1.1 Verbo rector.....	137
D.2.1.2 Sujeto activo	140
D.2.2 Tipo subjetivo.....	141
D.3 Problemas de penalidad.....	142

E. Figura privilegiada del cohecho del particular. Cohecho en causa criminal a favor del procesado.....	143
E.1 Clasificación.....	143
E.2 Tipicidad.....	144
E.2.1 Aspectos relevantes de la tipicidad objetiva: verbo rector y sujeto activo.....	144
E.3 Problemas de penalidad	145
F. Soborno internacional.....	147
F.1 Bien jurídico protegido en el delito de soborno internacional.....	148
F.2 El soborno internacional y la “Convención para combatir el Cohecho a Funcionarios Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales”.....	149
F.3 Clasificación.....	150
F.4 Tipicidad.....	151
F.4.1 Aspectos relevantes de la tipicidad objetiva: Verbo rector, sujeto activo y objeto del soborno.....	152
F.5 Penas.....	153
CAPITULO QUINTO. INCREMENTO PATRIMONIAL RELEVANTE E INJUSTIFICADO.....	155
1. Convención Interamericana contra la Corrupción.....	156
2. Bien jurídico.....	157
3. Tipicidad.....	158
3.1 Tipo objetivo.....	158
3.1.1 Verbo rector y principio de legalidad.....	158
3.1.2 Sujeto activo.....	159
3.1.3 Incremento patrimonial: relevante e injustificado.....	161
3.1.4 Modalidades de la acción.....	163
3.1.5 Momento en que debe producirse el enriquecimiento.....	165
3.2 Tipo subjetivo.....	166

4. La presunción de inocencia y el delito de enriquecimiento ilícito.....	166
5. El delito de enriquecimiento ilícito como una figura residual.....	168
6. Penas en el delito de incremento patrimonial relevante e injustificado.....	169
CONCLUSIONES.....	170
BIBLIOGRAFÍA.....	188

RESUMEN

El objetivo de este trabajo, es realizar un análisis sistematizado de los delitos funcionarios que atentan contra la probidad administrativa, y que se encuentran tipificados en el Capítulo V Libro II del Código Penal.

Se analizan en primer lugar aspectos comunes a los delitos funcionarios, relativos al concepto de funcionario público y al bien jurídico protegido. Posteriormente, se procede al análisis particular de cada uno de los delitos contemplados dentro de los Párrafos de Malversación de caudales públicos, Fraudes y exacciones ilegales, y Cohecho. Además, por las particularidades de la

figura de enriquecimiento patrimonial relevante e injustificado, se dedica un Capítulo al estudio de este delito.

Se profundiza en cada tipo penal en sus características más distintivas, y también, en aquellos aspectos que han sido objeto de mayor discusión por parte de la doctrina penal.

Para el análisis de estas figuras penales, se recurre a la doctrina y jurisprudencia nacional, pero también a autores extranjeros, principalmente españoles, en consideración a que muchos de los tipos del Código Penal Español tienen gran similitud con los de nuestro Código Penal.

INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo, es el análisis de los delitos funcionarios que afectan el principio de probidad administrativa. Nos pareció interesante profundizar en este tema, pues en el último tiempo han sido sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia, diversos casos de funcionarios públicos involucrados en este tipo de ilícitos, y además, porque su estudio no se incluye dentro de la cátedra de Derecho Penal. Por esta razón, realizaremos un análisis sistematizado de cada una de estas figuras, haciendo referencia a aquellos aspectos de mayor relevancia, y a aquellos que han sido objeto de discusión por la doctrina.

Para el análisis de estas figuras penales, se recurre por su puesto a la doctrina y jurisprudencia nacional, pero también se citan autores extranjeros, principalmente españoles, considerando que muchos de los tipos del Código Penal Español tienen gran similitud con los de nuestro Código Penal.

Los delitos funcionarios que afectan la probidad administrativa, son delitos especiales pues sólo pueden ser cometidos por funcionarios públicos. En el

Capítulo Primero, y para tener una aproximación general a los delitos funcionarios, se analizan dos aspectos comunes en este tipo de delitos, como son el sujeto activo y el bien jurídico protegido. Precisamente por tratarse de un delito especial, el primer aspecto mencionado nos lleva al análisis de conceptos fundamentales como el de funcionario público y funcionario público extranjero.

Para determinar el alcance del concepto de funcionario público, se distinguirá en primer lugar entre el concepto penal y administrativo de funcionario público, y a continuación, se hará referencia a los conceptos de funcionario público y funcionario público extranjero, otorgados por la “Convención Interamericana contra la Corrupción”, “Convención para combatir el Cohecho a Funcionarios Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales” y la “Convención de las Naciones Unidas en contra de la Corrupción”, todas vigentes en Chile.

Posteriormente, y en atención a que nuestro Código Penal nos entrega un concepto de funcionario público en el Artículo 260, que pareciera restringirse sólo a algunos títulos de dicho Código, se analiza también el ámbito de aplicación de dicho concepto.

Por otra parte, se analiza la discusión doctrinaria respecto de si se incluye o no a los funcionarios de empresas públicas del Estado pero que se rigen por la normativa de derecho privado, dentro del concepto de funcionario público. Esta materia es de gran relevancia, sobretodo en aquellos casos en que se imputa a estos funcionarios un delito especial propio, pues el determinar si revisten o no tal calidad, determina en definitiva que su conducta sea o no merecedora de una sanción penal.

Por último, y en atención a que la doctrina mayoritaria adopta un concepto funcional de funcionario público, se analiza también el concepto de función pública.

El estudio del bien jurídico protegido, por su parte, resulta fundamental para comprender a cabalidad este grupo de delitos, pues se hace necesario esclarecer que es lo que se protege al tipificar y sancionar los delitos funcionarios, especialmente en aquellos casos en que por las características del delito, éste podría ser subsumido dentro de otro tipo, es decir, en aquellos casos en que de no existir el delito especial la acción podría ser considerada un delito común, y también para aquellos tipos en que se ha cuestionado la necesidad de la intervención penal.

Se analizarán entonces las tres principales teorías respecto al bien jurídico protegido en los delitos funcionarios: la teoría subjetiva, la teoría objetiva y la teoría ecléctica. Y se hace referencia además a la discusión sobre si existe en este tipo de delitos un único bien jurídico tutelado o si por el contrario se trata de delitos pluriofensivos.

Finalmente, y en atención que el objetivo final de este trabajo es el análisis de los delitos que afectan la probidad administrativa, se profundiza sobre el bien jurídico tutelado en este tipo de delitos, haciéndose una breve referencia a principios como el de como probidad administrativa, imparcialidad y transparencia.

En el **Capítulo Segundo** se analizan los delitos contemplados dentro del Párrafo V del Título V del Código Penal, sobre malversación de caudales públicos, analizando cada una de las hipótesis, y haciendo referencia en cada uno de ellas a aspectos fundamentales tanto del tipo objetivo como del tipo subjetivo. Si bien el concepto de malversación de caudales públicos hace referencia a un grupo de delitos, y no a un tipo penal específico, es frecuente escuchar que se acusó a determinado funcionario público por el delito de malversación de caudales públicos, cuando lo más probable es que se quiera señalar que determinado funcionario cometió, por ejemplo, el delito de peculado o sustracción de fondos.

Las hipótesis contempladas en dicho Párrafo tienen una particularidad en cuanto al bien jurídico tutelado, pues se discute si estamos ante un delito pluriofensivo, donde se protege tanto la probidad administrativa como el patrimonio estatal, o si éste último concepto se contempla dentro de la noción de correcto ejercicio de la función pública.

En primer lugar nos referimos al delito de peculado (Artículos 233 y 234), distinguiendo tres hipótesis, y analizando entre otras materias, el verbo rector, modalidades de la acción, sujeto activo y el objeto material de dicho delito. Asimismo, se hace referencia a la hipótesis contemplada en el Artículo 238 del Código Penal, considerada por la doctrina como un caso de malversación impropia.

En segundo lugar se analiza el tipo de distracción o uso indebido de caudales o efectos públicos (Artículo 235). Distinguimos tres hipótesis de este delito, y se hace referencia al verbo rector, modalidades de la acción, elementos subjetivos del tipo, y además, se trata el tema sobre el reintegro y sus consecuencias en esta figura.

En tercer y cuarto lugar, se analizan los delitos de aplicación pública diferente (Artículo 236) y la negativa a un pago o entrega (Artículo 237), haciendo referencia a diversos aspectos, entre ellos, al cuestionamiento que ha hecho la doctrina respecto de la intervención penal en este tipo de conductas.

El **Capítulo Tercero**, trata sobre los fraudes cometidos por funcionarios públicos, analizando los delitos del Párrafo VI del Título V de nuestro Código Penal, denominado “Fraudes y exacciones ilegales”, donde se contemplan cuatro figuras penales: el delito de fraude al Fisco (Art. 239), negociaciones incompatibles (Art. 240), tráfico de influencias (Art. 240 bis) y exacciones ilegales (Art. 241).

En este capítulo, se aborda en primer lugar el delito de fraude al Fisco, distinguiendo dos hipótesis, una de defraudación directa, y otra de defraudación indirecta. Por otra parte, y como se han reconocido por la doctrina como medios de defraudación, tanto el engaño como el abuso de confianza, se analiza su procedencia como medios idóneos para configurar este tipo penal. Posteriormente, se analizan algunos requisitos de la figura de fraude al Fisco, haciendo referencia a aspectos como la existencia de un perjuicio patrimonial, y de un beneficio económico correlativo para el funcionario público o un tercero, entre otros.

En segundo lugar, se analiza el delito de negociación incompatible contemplado en el Artículo 240 del Código Penal. Se hace referencia en el estudio de esta figura, entre otras materias, al verbo rector, modalidades de la acción, objeto material del delito y tipo subjetivo. Nos referiremos también al bien jurídico protegido, y además, se analizarán detalladamente las hipótesis de interesarse y de dar interés, y el alcance de éste último concepto. Además, se aborda la extensión que ha hecho el legislador del sujeto activo en el delito de negociación incompatible, pues puede incurrir en esta figura no sólo un funcionario público sino además el perito, árbitro, liquidador comercial, guardador o albacea tenedor de bienes.

En tercer lugar se analizará el delito de tráfico de influencias, que en nuestro Código Penal se encuentra tipificado en relación al delito de negociación incompatible. Esta figura penal, aparece en nuestra legislación en el año 1999, con la dictación de la Ley 19.645 que modifica disposiciones del Código Penal que sancionan delitos de corrupción. Se analizará en este trabajo la influencia de la Convención Interamericana contra la Corrupción en su tipificación, la discusión de si existe un único bien jurídico tutelado, o si por el contrario, estamos frente a un delito pluriofensivo, y posteriormente se hará referencia a aspectos fundamentales de esta figura como el verbo rector, modalidades de la acción, objeto material, y a la particularidad de este delito en cuanto al sujeto activo.

En cuarto lugar se analizará el delito de exacciones ilegales, contemplado en el Artículo 241, en donde podemos distinguir dos hipótesis que serán analizadas en este trabajo, haciendo referencia además entre otras materias, al verbo rector, modalidades de la acción, sujeto activo y tipo subjetivo.

En el **Capítulo Cuarto** se analizará el delito de cohecho, figura que contempla diversas hipótesis, en que el sujeto activo puede ser un funcionario público o un particular. Profundizaremos sobre el bien jurídico protegido, y sobre la discusión de si la conducta punible del funcionario público y la conducta punible del particular, tutelan bienes jurídicos diferentes o si por el contrario ambos tipos de cohecho buscan cautelar el mismo bien jurídico. Además, para un cabal entendimiento de este delito, se analizan entre otras materias, sus características, clasificaciones que ha hecho la doctrina de esta figura, y la discusión sobre la naturaleza bilateral o unilateral del cohecho.

Posteriormente se analizarán cada una de las figuras contempladas en los Artículos 248 y siguientes, distinguiendo el cohecho del funcionario público, que comprende una figura básica y dos agravadas; y el cohecho del particular, donde se establece una figura básica y una privilegiada. También se analizará el delito de soborno internacional contemplado en el Artículo 250 bis A, que fuera incorporado sólo hace un par de años en nuestro Código Penal.

El **Capítulo Quinto** trata sobre el delito de incremento patrimonial relevante e injustificado, contemplado en el Artículo 241 bis del Código Penal, y que se denomina comúnmente enriquecimiento ilícito. Esta figura, es incorporada en nuestro ordenamiento jurídico penal recién el año 2006, lo que explica la escasa doctrina y jurisprudencia nacional que hay sobre la materia, razón por la que recurrimos a legislación comparada y a doctrina principalmente extranjera para su análisis.

Se analizarán en este capítulo aspectos fundamentales de este delito, como el bien jurídico, sujeto activo y modalidades de la acción, y se abordan además discusiones doctrinarias respecto a la vulneración del principio de legalidad y la presunción de inocencia que se producirían con esta figura, así como las críticas respecto a la técnica legislativa utilizada.

CAPÍTULO PRIMERO

ASPECTOS FUNDAMENTALES EN LOS DELITOS FUNCIONARIOS QUE AFECTAN LA PROBIDAD ADMINISTRATIVA

Para tener una aproximación a los delitos funcionarios, se analizan a continuación dos aspectos comunes en este tipo de ilícitos, como son el sujeto activo y el bien jurídico protegido. Por tratarse de un delito especial, el primer

aspecto mencionado nos lleva al análisis de conceptos fundamentales como el de funcionario público y funcionario público extranjero.

El estudio del bien jurídico protegido, por su parte, resulta fundamental para comprender a cabalidad este grupo de delitos. La razón de que existan los delitos especiales (propios o impropios), y entre ellos los delitos funcionarios, se justifica entre otras razones por los bienes jurídicos comprometidos. Asimismo, se hace necesario esclarecer que es lo que se protege al tipificar y sancionar los delitos funcionarios, especialmente en aquellos casos en que por las características del delito, éste podría ser subsumido dentro de otro tipo, es decir, en aquellos casos en que de no existir el delito especial la acción podría ser considerada un delito común, y también para aquellos tipos en que se ha cuestionado la necesidad de intervención penal.

1. EL SUJETO ACTIVO EN LOS DELITOS FUNCIONARIOS

En materia penal podemos distinguir, según la calidad del sujeto activo, los delitos comunes y los delitos especiales. Los delitos funcionarios que afectan la probidad administrativa, son delitos especiales pues sólo pueden ser cometidos por funcionarios públicos. En otras palabras, “en estos delitos la autoría se limita al círculo de las personas cualificadas o autores idóneos mencionados en el tipo, mediante los elementos descriptivos especiales del sujeto del hecho. De manera que el extraño no puede ser autor de estos hechos punibles”¹, sin perjuicio de la participación que pueda tener un particular en esta clase de delitos, jamás llegará a ser autor de los mismos.

Podemos distinguir dentro de los delitos especiales, los delitos especiales propios y los delitos especiales impropios. Son delitos especiales propios aquellos

¹ DONNA, Edgardo Alberto; “Derecho Penal. Parte Especial”, Tomo III; Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999-2003, página 17.

en que la cualidad del sujeto es determinante para la existencia del delito, faltando ésta el hecho sería atípico. Ejemplos de este tipo de delitos son el enriquecimiento ilícito o el tráfico de influencias, pues se trata de ilícitos que sólo pueden ser cometidos por funcionarios públicos, pues la misma conducta realizada por un particular es atípica, ni siquiera existe en nuestro ordenamiento jurídico una figura similar que pueda ser cometida por particulares.

Los delitos especiales impropios, son aquellos en que la calidad especial del sujeto, tiene como efecto el atenuar o agravar la pena del autor, existiendo una correspondencia fáctica con un delito común². Un ejemplo de este tipo de delitos es el de fraude al fisco, pues en caso de no existir esta figura en nuestro ordenamiento jurídico, de todas formas la conducta podría sancionarse según las penas del delito de estafa, es más, en la actualidad existen ordenamientos jurídicos que no contemplan el delito especial de fraude al fisco, sino sólo la figura común de estafa, que puede verse agravada en caso de que el ilícito sea cometido por un funcionario público.

La razón de que existan los delitos especiales (propios o impropios), se justifica entre otras razones por los bienes jurídicos comprometidos. En el caso de los delitos funcionarios, tienen los funcionarios públicos deberes que no recaen en el común de los ciudadanos, ya que si éstos por regla general tienen el deber de actuar según el estándar del hombre medio, al funcionario público en cambio, se le exige legalmente tener una conducta intachable en el desempeño de su cargo, y debido a que ejerce una función pública, su actuar (en el ejercicio de su cargo) siempre debe tener como principal objetivo el bien común, y no intereses personales o particulares. Se ha señalado que como “bien jurídico protegido de manera común por todas estas figuras puede postularse el recto funcionamiento de la Administración Pública, cuyos funcionarios tienen un deber especial frente a la consecución de sus finalidades en orden a la prosecución del bien común, que

² POLITOFF, Sergio; MATUS, [Jean Pierre](#); [RAMIREZ, María Cecilia](#); “Lecciones de Derecho Penal Chileno” Tomo II Parte Especial; 2ª Edición; Editorial Jurídica de Chile, 2005. Página 489.

justifica el diferente tratamiento penal que aquí se les dispensa, mediante la construcción de “delitos especiales”, sin perjuicio de las particularidades de cada delito”.³

1. 1. Concepto de funcionario público

Es de suma importancia definir el concepto de funcionario público a efectos penales, pues como señalamos anteriormente, los delitos funcionarios son delitos especiales, donde el sujeto activo sólo puede ser un funcionario público; asimismo, este concepto cobra importancia a la hora de aplicar la agravante establecida en el Artículo 12 del Código Penal, que señala: “Son circunstancias agravantes: 8º Prevalerse del carácter público que tenga el culpable”; y finalmente, será relevante determinar este concepto, cada vez que “se trate de delitos en los que la cualidad de funcionario o de autoridad es lo que caracteriza al sujeto pasivo o al objeto material de la conducta”⁴.

Etimológicamente, funcionario público “importa el estado particular de una persona que desempeña un trabajo, un cargo o función, vinculado jerárquica o patrimonialmente al Estado o sus organismos”⁵. Este concepto, insuficiente para efectos jurídicos, se ha desarrollado por la doctrina, surgiendo así un concepto penal y un concepto administrativo de funcionario público.

Si bien en un primer momento podríamos pensar que el concepto de funcionario público es propio del Derecho Administrativo, nuestro Código Penal en su Artículo 260 señala un concepto propio y autónomo de lo que debe entenderse

³ POLITOFF, Sergio; MATUS, [Jean Pierre](#); RAMIREZ, [María Cecilia](#); Ob. Cit., página 488.

⁴ OLAIZOLA Fuentes, Inés; “Concepto de Funcionario Público a efectos penales”. En “Delitos contra la administración pública”; ASÚA Batarrita, Adela; Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997. Página 77.

⁵ RUIZ Pulido, Guillermo; “Ensayo acerca de la malversación de caudales públicos y distracción de los mismos”; Disponible en Internet: www.cde.cl, página 8.

por tal a efectos penales, por lo que en primer lugar, debemos distinguir ambos conceptos.

En la esfera administrativa, si bien no existe un concepto unívoco otorgado por la doctrina, en términos generales se entiende por funcionario público “toda persona natural que ocupa un cargo público dentro de la Administración del Estado”⁶. Y debemos entender por cargo público, según el artículo 3º de la Ley N° 18.834 sobre Estatuto Administrativo, “aquél que se contempla en las plantas o como empleos a contrata en las instituciones señaladas en el Artículo 1º a través del cual se realiza una función administrativa”. El Artículo 1º hace referencia a Ministerios, Intendencias, Gobernaciones y servicios públicos centralizados y descentralizados creados para el cumplimiento de la función administrativa⁷. En este orden de ideas, funcionario público sería toda persona que ocupa un cargo público y que realiza una función administrativa en las instituciones que señala ley.

Como podemos ver, se sigue un criterio orgánico a la hora de determinar quienes son funcionarios públicos, pues según este criterio es fundamental ocupar un cargo público. Hay que tener presente además, que para efectos administrativos, se distinguen claramente los conceptos de empleado y funcionario público, distinción que no tiene relevancia en materia penal.

Por su parte, el Artículo 260 del Código Penal señala:

“Para los efectos de este Título y del Párrafo IV del Título III, se reputa empleado todo el que desempeñe un cargo o función pública, sea en la administración central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos

⁶ PANTOJA Bauzá, Rolando; “Los funcionarios Públicos como sujetos de derecho administrativo”; Apuntes de clases, 2005, página 2.

⁷ARTICULO 1º. Las relaciones entre el Estado y el personal de los Ministerios, Intendencias, Gobernaciones y de los servicios públicos centralizados y descentralizados creados para el cumplimiento de la función administrativa, se regularán por las normas del presente Estatuto Administrativo, con las excepciones que establece el inciso segundo del artículo 21 de la ley N°18.575.

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”.

Debemos resaltar la intención de amplitud que tiene la norma, ya que incluye a todos los que desempeñen un cargo o función pública, “cualquiera que sea el carácter del órgano para el que se desempeñen estas funciones o la naturaleza jurídica del vínculo que une al sujeto activo con aquél”⁸, es decir, se debe considerar funcionario público según el Código Penal, a todo el que desempeñe una función pública, sin importar la institución, la jerarquía del órgano en que se ejerza dicha función pública o la forma en que se haya asumido el cargo.

Cabe señalar que el concepto del Artículo 260 responde a un criterio funcional, pues lo más relevante y que determina en definitiva que una persona sea considerada funcionario público, es precisamente que ejerza una función pública. En oposición al criterio funcional, encontramos el concepto formal de funcionario público “cuando lo determinante es el cumplimiento de determinadas formalidades de elección o de nombramiento”⁹. Este último criterio es seguido por el código Penal Español, por ejemplo, que señala en su Artículo 24 N° 2: “Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas”, es decir, se exigen en este caso dos requisitos copulativos para ser considerado funcionario público a efectos penales, un título habilitante y el ejercicio de una función pública.

⁸ Oficio N° 142. Ministerio Público, Fiscalía Nacional. Instructivo general N° 10 sobre la investigación de los delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos. Santiago, 12 de octubre de 2000.

⁹ [SADÁ Aznar, Sebastián; “El concepto de funcionario público a efectos penales”](#). Memoria para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Valparaíso, 2004, página 9.

Diferente son las cosas en nuestra legislación, donde lo que más interesa “es la función desempeñada y no así, la naturaleza del vínculo jurídico de quien es calificado como funcionario público, con el organismo para el cual presta servicios”¹⁰; por esta razón resulta de suma importancia definir el concepto de función pública, sin embargo, surge aquí un inconveniente, pues nuestro Código Penal no nos entrega un concepto o aproximación alguna, de lo que debe entenderse por función pública a efectos penales.

El hecho de que el Artículo 260 del Código Penal siga un criterio funcional, genera que el concepto penal de funcionario público sea mucho más extenso que el otorgado por el Estatuto Administrativo. En este sentido se ha pronunciado la Jurisprudencia, y la Corte Suprema ha señalado: “El Artículo 260 del Código Penal amplía el concepto de empleado público a funcionarios o empleados que pueden no tener el carácter de tales... pero que debido a la función pública que ejercen el Código Penal los considera como funcionarios públicos...”¹¹, y así puede suceder que personas que no estén formalmente contratadas (porque su contrató terminó o era nulo por ejemplo) y por lo tanto no estén ocupando un cargo público en el sentido del Estatuto Administrativo, por el hecho de ejercer o porque ejercían una función pública, deban ser considerados funcionarios públicos a efectos penales. Parte de la doctrina discrepa de esta afirmación y sostiene que la “concepción penal de funcionario público tendrá una extensión mayor que la administrativa, pero a la vez más restringida, por cuanto sólo si se ejercita la función pública se será funcionario a efectos penales”¹². Sin embargo, consideramos que esto no tiene relevancia, pues las conductas que nos interesan y que se sancionan, son precisamente aquellas en que se ejerce una función pública.

¹⁰ Oficio N° 551. Ministerio Público, Fiscalía Nacional. 1. Conceptos generales sobre delitos funcionarios. 2. Comunicación del principio de oportunidad y de medidas alternativas en la investigación de los delitos que afectan al patrimonio fiscal y en los imputados a empleados públicos en el desempeño de sus cargos o con ocasión de ellos. Santiago, 13 de noviembre de 2003.

¹¹ Revista Fallos del Mes, N° 42 Mayo 1962, Página 88. Citado en Oficio N° 142. Ministerio Público, Fiscalía Nacional.

¹² OLAIZOLA Fuentes, Inés; Ob. Cit., página 78.

Se distinguen entonces el concepto penal y administrativo de funcionario público, y a la hora de aplicar el concepto a efectos penales, existe unanimidad en la doctrina en adoptar la definición entregada por el Código Penal¹³. Se ha señalado que se trataría de un “concepto normativo que el propio derecho penal ha dado por lo menos en principio. De modo que no se advierte la necesidad de recurrir a otra rama del derecho, con los problemas doctrinarios que traen estos ámbitos”.¹⁴ Compartimos esta opinión, pues es la única que justifica la existencia del artículo 260, ya que no tendría ningún sentido el haber creado una norma que no va a tener aplicación ni siquiera dentro del cuerpo normativo en el que se encuentra.

Al tratar el concepto de funcionario público, no podemos dejar de mencionar el artículo 238 del Código Penal, (contenido en el Párrafo 5º del Título V de su Libro V) referente a la “Malversación de caudales públicos”, que incluye dentro del concepto de funcionario público a personas que no detentan esta calidad. El Artículo 238 señala:

“Las disposiciones de este párrafo son extensivas al que se halle encargado por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos municipales o pertenecientes a un establecimiento público de instrucción o beneficencia.”

Es decir, se amplía el concepto de funcionario público pues se considera como tales a personas que sin detentar esta calidad, estén a cargo por cualquier concepto e incluso transitoriamente de dichos fondos, rentas o efectos.

Por otra parte, debemos tener en cuenta el concepto dado por la “Convención Interamericana contra la Corrupción”; suscrita el 29 de Marzo de

¹³ En este sentido: Politoff-Matus-Ramirez, Bullemore-Mackinnon, Etcheberry, Rodriguez-Ossandón, entre otros.

¹⁴ DONNA, Edgardo Alberto; “El concepto dogmático de funcionario público en el Código Penal”; Disponible en Internet: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/4/cnt/cnt7.pdf>. Página 18.

1996 y promulgada como ley de la República mediante Decreto Supremo N° 1879 del Ministerio de Relaciones Exteriores; que en su Artículo 1° señala:

“Para los fines de la presente Convención, se entiende por: “Funcionario público”, “Oficial Gubernamental” o “Servidor público”, cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos”.

Al igual que la definición de nuestro Artículo 260, esta norma sigue un criterio funcional y tiene un carácter amplio, pues incluye a todos los que desempeñen funciones al servicio del Estado sin importar la forma en que fueron seleccionados para ejercer el cargo y sin importar la jerarquía del órgano en que desempeñen dichas funciones. La ventaja de esta Convención, es que a diferencia de nuestro Código Penal, entrega un concepto de función pública.

Por su parte, la “Convención de las Naciones Unidas en contra de la Corrupción”; promulgada como ley de la República mediante Decreto N° 375, del 30 de enero de 2007; en su Artículo 2° señala:

“A los efectos de la presente Convención: a) Por “funcionario público” se entenderá: i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; iii) toda otra persona definida como “funcionario público” en el derecho interno de un Estado Parte. No obstante, a los

efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por “funcionario público” toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte”.

Como se puede ver, este es el concepto más exhaustivo en cuanto a la descripción, al contemplar de manera específica todas aquellas hipótesis en que podrían surgir dudas respecto a si estamos o no frente a un funcionario público. Además es el concepto de mayor amplitud, pues en el número i) se sigue un criterio orgánico, en el número ii) un criterio funcional y por último, comprende a todas aquellas personas que a la luz de la legislación interna sean consideradas como funcionarios públicos. También se considera funcionario público a “toda otra persona que desempeñe una función pública... según se defina en el derecho interno del Estado Parte”. No deja de llamar la atención que no se defina el concepto de función pública y se limite a señalar cuando se hace referencia a éste concepto, que se tomará “según se defina en el derecho interno del Estado Parte”, lo que claramente es un problema si se considera que hay países como el nuestro en que no existe una definición legal de este concepto.

1.2. Ámbito de aplicación del artículo 260 del Código Penal

Nuestro Código Penal, en el Artículo 260 señala un concepto de empleado o funcionario público para efectos del Título V Libro II, esto es, “De los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos” y para efectos del Párrafo IV del Título III del Libro II “De los agravios inferidos por funcionarios públicos a los derechos garantidos por la Constitución”. En consecuencia, surge la interrogante cuando aparece el concepto de funcionario fuera de los Títulos mencionados, por ejemplo, en la agravante establecida en el

Artículo 12 N° 8 del Código Penal, respecto de si el concepto se tomará en el sentido del Artículo 260 del Código Penal o en el sentido que le otorga el Derecho administrativo.

La doctrina mayoritaria¹⁵, y que a nuestro entender es la correcta, señala que a pesar de los términos limitativos de este artículo, se hace extensiva esta definición y “no obstante que el propio artículo 260 señala que la definición de funcionario público se proporciona para los efectos de los títulos IV y V del Libro II, resulta claro que en aquellas otras disposiciones del Código Penal en que el delito es cometido por un funcionario público el concepto del mismo debe ser determinado en conformidad a esta misma disposición, y no de acuerdo al Estatuto Administrativo”¹⁶. Si nuestro Código Penal nos entrega un concepto de funcionario público, y además queda claro que la intención es ampliar los márgenes de este concepto, no tiene sentido el querer restringir su aplicación para otras materias también penales.

En relación a la agravante del Artículo 12 N° 8 se ha señalado “carácter público tiene todo aquél que es funcionario público en el sentido del Artículo 260 del Código Penal, cuyo significado es ciertamente mucho más extenso que el otorgado a ese concepto por el Estatuto Administrativo”¹⁷, reconociéndose expresamente por la doctrina que a pesar de no encontrarse el concepto dentro de los Títulos señalados en el Artículo 260, su interpretación no puede sino darse a la luz de éste artículo.

Parece lo más lógico que se aplique el Artículo 260 cada vez que se necesite determinar el concepto para efectos penales, por lo que se debería eliminar la frase “Para los efectos de este Título y del Párrafo IV del Título III”, para

¹⁵ En este sentido: Bullemore-Mackinnon, Etcheberry, Politoff-Matus-Ramirez, entre otros.

¹⁶ BULLEMORE Gallardo, Vivian R. y MACKINNON Roehrs, John R.; “Curso de Derecho Penal” Tomo IV Parte Especial; 2ª Edición; Editorial Lexis Nexis Chile, 2007. Página 152.

¹⁷ CURY Urzúa, Enrique; “Derecho Penal. Parte General”, Tomo II; 7ª Edición; Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, página 136.

evitar las dudas sobre el alcance de la norma. La jurisprudencia también ha recogido este criterio, haciendo extensiva la definición a “todos los delitos vinculados con la función pública”¹⁸. Para tener más claridad al respecto, podría seguirse la técnica legislativa del Código Penal Español, donde el concepto de funcionario público se encuentra al comienzo del Código, en el Libro I, Capítulo VI llamado “Disposiciones Generales” y que es de aplicación general para todo el Código.

Por último, no podemos dejar de referirnos a la discusión respecto de si dentro de la definición del Artículo 260, se incluye o no a los funcionarios de empresas públicas del Estado pero que se rigen por la normativa de derecho privado.

Una parte de la doctrina ha señalado que “se excluye de la calidad de funcionario público a los funcionarios de las empresas del Estado, en que éste actúa desarrollando actividades empresariales o participa en ellas, en las que sus funcionarios están sometidos a la legislación común, aplicable a los particulares”¹⁹. Creemos que esta afirmación no puede sostenerse en términos tan categóricos, ya que hay que distinguir aquellas empresas de propiedad del Estado pero que se rigen por el derecho común, y aquellas empresas que efectivamente son privadas pero en que el Estado tiene alguna participación.

Ante el primer caso, esto es, aquellas empresas de propiedad del Estado regidas por el derecho común, debemos considerar que “desde una perspectiva material y constitucional este modo de actuación no puede hacer olvidar, ni al creador de tales entes ni a los ciudadanos ni menos aún a los Tribunales y demás órganos de control que, sea la que fuere la forma jurídica que estos entes, son poderes públicos: no se puede dispensar a una organización inequívocamente pública el carácter de previa por el hecho instrumental, de que se someta a

¹⁸ Oficio N° 551. Ministerio Público, Fiscalía Nacional.

¹⁹ BULLEMORE Gallardo, Vivian R. y MACKINNON Roehrs, John R.; Ob. Cit., Tomo IV, página 152.

Derecho privado para su contratación de personal, bienes y/o servicios”²⁰. Compartimos la opinión de que “si desde el punto de vista material se llega a la conclusión, de que el ente ejerce potestades públicas, también lo serán sus funciones. Así las cosas, quienes presten en dichos organismos sus servicios profesionales, tengan un estatuto funcional o laboral o de arrendamiento de servicios, serán funcionarios a efectos penales”²¹. Es innegable que quien trabaja en una empresa del Estado realiza una función pública, pues no podemos olvidar que tanto el patrimonio como la credibilidad o el prestigio del Estado están en juego, por lo que la forma en que estos funcionarios realicen su trabajo no sólo interesa a unos pocos, sino por el contrario, interesa a todos los ciudadanos.

Además, no podemos dejar de considerar el tenor literal del Artículo 260 del Código Penal, en efecto, este artículo señala expresamente que se reputa empleado al que desempeña una función pública en empresas autónomas aunque no sean de nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldo del Estado, quedando de manifiesto que lo más relevante es la función desempeñada y no el régimen contractual que exista entre el funcionario y el Estado.

La Fiscalía Nacional se pronuncia en este mismo sentido, señalando respecto al Artículo 260: “lo que hace la disposición es reputar empleado público para los efectos de la ejecución de ciertos tipos penales, que afectan bienes jurídicos estatales, como por ejemplo el patrimonio, sin hacer referencia alguna a la legislación que rige la entidad donde aquél se desempeña. Es más, si se reputan empleados públicos ciertos funcionarios es, precisamente, porque naturalmente no lo son, o bien, porque tal carácter es dudoso, por estar regidos por normas de derecho común”²².

²⁰ QUERALT Jiménez, Joan Joseph; “Derecho penal español: parte especial”; 4ª Edición; Editorial Atelier, Barcelona, 2002, página 765.

²¹ QUERALT Jiménez, Joan Joseph; Ob. Cit., página 765.

²² Oficio N° 142. Ministerio Público, Fiscalía Nacional

Por estas razones, creemos que el régimen jurídico que rija a la empresa sólo será indiciario de las funciones públicas o privadas que ésta desarrolle²³. Si se rige por un régimen jurídico de derecho público, existirá un indicio de que tales funciones son públicas, pero si la regulación corresponde a un régimen total o particularmente privado, entonces habrá que atender al contenido de sus funciones para determinar si estas son públicas o privadas, y si queda de manifiesto que las funciones realizadas por la empresa son públicas, lógicamente sus empleados deberán ser considerados funcionarios públicos para efectos penales. Tal sería el caso por ejemplo de los funcionarios de Codelco o Ferrocarriles del Estado, pues si bien son empresas que se rigen por las normas del derecho privado, en dichas empresas se ejerce una función pública, y está en riesgo no sólo el patrimonio público sino además la confianza que la ciudadanía ha depositado en la Administración.

En cuanto al segundo supuesto, es decir, aquellas empresas privadas en que el Estado tiene alguna participación, se plantea igualmente la duda respecto a si sus funcionarios pueden o no ser considerados funcionarios públicos a efectos penales. Creemos que esta vez la respuesta es diferente al caso anterior, ya que las funciones de dichas empresas claramente serán privadas y el hecho de que el Estado, por diversas consideraciones, invierta en dicha empresa no la transformará en una empresa que ejerce una función pública, por tanto sus empleados no pueden ser considerados funcionarios públicos. A su vez, surge la duda respecto de “si las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada en que el Estado participa a través de aportes de capitales- mayoritarios, iguales o minoritarios en comparación al de los particulares con quienes las integra- forman parte del Estado y por ende, pueden ser sujetos pasivos de este delito”²⁴. Igualmente nos pronunciamos de manera negativa, y ya que no se trata de una empresa constituida por funcionarios públicos, el Estado sólo podrá ser sujeto

²³ En el mismo sentido: QUERALT Jiménez, Joan Joseph; Ob. Cit., página 765.

²⁴ SALAS Donoso, Pablo; “El delito de defraudación fiscal cometido por funcionarios públicos”; Memoria para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Católica de Valparaíso, 2005, página 34.

pasivo de los delitos comunes, que dichos funcionarios puedan cometer en el ejercicio de sus cargos.

1.3. Concepto de funcionario público extranjero

Partiendo de la base que la corrupción y los delitos cometidos por funcionarios públicos traspasan las fronteras de un país, se ha intentado legislar este fenómeno en conjunto, surgiendo así diversas iniciativas, entre ellas, la “Convención Interamericana contra la Corrupción”, la “Convención para combatir el Cohecho a Funcionarios Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales” y la “Convención de las Naciones Unidas en contra de la Corrupción”; por lo que aparece la necesidad de definir el concepto de funcionario público extranjero, para aquellos casos en que éste es el sujeto activo o pasivo del delito, como por ejemplo en el caso del cohecho o soborno internacional.

La “Convención para combatir el Cohecho a Funcionarios Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales”, suscrita el 17 de diciembre de 1997 y promulgada mediante Decreto Supremo N° 496 del año 2001²⁵, en su Artículo 1º número 4 señala:

“funcionario público extranjero significa toda persona que detente un cargo legislativo, administrativo o judicial en un país extranjero, haya sido nombrada o elegida; cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluyendo para un organismo público o empresa de servicio público; y cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional”.

²⁵ Publicada el 30 de enero del año 2002.

El Estado de Chile en cumplimiento de la Convención, mediante la Ley 19.829, agrega el artículo 250 bis B al Código Penal, (contenido en el Párrafo 9º referente al delito de “Cohecho”, del Título V de su Libro V) señalando:

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

Como podemos ver, nuestro Código Penal reproduce casi con exactitud la definición otorgada en la Convención, y nos parece que esta definición es coherente con nuestra legislación, al señalar un concepto funcional de funcionario público. Además deja claro que abarca toda actividad del estado, ya sea un cargo legislativo, administrativo o judicial, y no sólo eso, sino que también incluye expresamente a funcionarios o agentes de una organización pública internacional, tal sería el caso por ejemplo, de funcionarios del Banco Interamericano de Desarrollo o de INTERPOL, sin embargo, respecto a éstos últimos queda la duda si se sigue un criterio orgánico o funcional. Se ha criticado la excesiva casuística de esta definición comparada con la del Artículo 260, aplicable a los funcionarios nacionales, donde no aparecen expresamente mencionados los que ostentan cargos legislativos o judiciales²⁶. No compartimos esta crítica, sobretudo si tenemos en cuenta las discusiones que se han generado en relación al Artículo 260 y si incluye o no a determinados funcionarios; por lo que parece preferible una definición lo más exhaustiva posible, donde sea el legislador quien determine con anterioridad a quienes se incluye en el concepto, evitando así problemas de interpretación en el futuro.

²⁶ POLITOFF, Sergio; MATUS, [Jean Pierre](#); [RAMIREZ, María Cecilia](#); Ob. Cit., página 507.

Por su parte, la “Convención de las Naciones Unidas en contra de la Corrupción” señala en su Artículo 2º letra b):

“Por “funcionario público extranjero” se entenderá toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un país extranjero, ya sea designado o elegido; y toda persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluso para un organismo público o una empresa pública”.

Esta Convención también busca generar un concepto amplio de funcionario público extranjero, al incluir los criterios orgánico y funcional. Además, esta Convención tiene la particularidad de que se refiere específicamente en su Artículo 2º letra c) al concepto de “funcionario de una organización internacional pública”, señalando que: “se entenderá un empleado público internacional o toda persona que tal organización haya autorizado a actuar en su nombre”. Esta definición genera claridad respecto a la duda que había surgido anteriormente respecto a quienes deben ser considerados funcionarios de una organización pública internacional, pues si bien predomina un criterio orgánico, a la vez se incluye dentro del concepto a aquellas personas que ocasionalmente tengan un vínculo con la organización por cuanto ésta la autorizó a actuar en su nombre.

1.4. Concepto de función pública

El que se haya omitido una definición de función pública en nuestro Código Penal no es menor, si consideramos que tanto para la doctrina como para la jurisprudencia, “lo que más interesa para los efectos penales, es la función desempeñada y no así, la naturaleza del vínculo jurídico de quien es calificado como funcionario público”²⁷, por lo tanto, lo determinante a la hora de calificar a una persona como funcionario público, es que efectivamente realice una función

²⁷ Oficio N° 551. Ministerio Público, Fiscalía Nacional.

pública, no bastando un nombramiento en tal sentido, pues éste sólo tiene un carácter indiciario de que se realiza función pública, y no tiene un valor concluyente.

Olaizola delimita el concepto de función pública, según tres diferentes criterios. Siguiendo un criterio formal, si la actividad del ente público está sometida a Derecho privado, será una función privada y si está sometida a Derecho público, será una función pública. En segundo lugar, desde el punto de vista teleológico, función pública es la proyectada al interés colectivo o social. El tercer criterio combina el funcional y teleológico, y define la función pública como aquellas manifestaciones de la actividad del Estado que consisten en legislar, juzgar y ejecutar, y mediante las cuales el Estado persigue sus fines.²⁸

Siguiendo el tercer criterio, que a nuestro parecer es el más completo e indicativo del significado de este concepto, entendemos por función pública como “la proyectada al interés colectivo o social, al bien común y realizada por órganos estatales o paraestatales”²⁹ o “la actividad ejercida en interés general, sea o no retribuida y sea o no permanente”³⁰.

Por su parte, la “Convención Interamericana contra la Corrupción” (que como señalamos anteriormente es ley de la República) incluso antes de definir el concepto de funcionario público, nos entrega un concepto de función pública en su Artículo 1º. Se señala que debemos entender por función pública, “toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos”.

La Convención ordena que “Los Estados Partes que aún no lo hayan hecho

²⁸ OLAIZOLA Fuentes, Inés; Ob. Cit., página 79.

²⁹ MUÑOZ Conde, Francisco; “[Derecho penal: Parte Especial](#)”; 15ª Edición; Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, página 971.

³⁰ Oficio N° 142. Ministerio Público, Fiscalía Nacional

adoptarán las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para tipificar como delitos en su derecho interno los actos de corrupción descritos en el Artículo VI.1. y para facilitar la cooperación entre ellos”. Se ha sostenido que el Artículo 1º de la Convención se ha incumplido en nuestro derecho interno³¹, ya que si bien se define el concepto de funcionario público, no se hace referencia en el Artículo 260 o en otra parte del Código Penal, al concepto de función pública, así como tampoco se hace referencia al concepto de bienes, ambos considerados relevantes para delimitar este tipo de delitos y que por ello son definidos en la Convención. Por lo que se debería perfeccionar el artículo 260 del Código Penal, incorporando estos conceptos para así dar cumplimiento a lo establecido en la Convención.

2. BIEN JURÍDICO

2.1. Bien jurídico protegido en los delitos funcionarios

Como señalamos anteriormente, una de las razones que justifica la existencia de delitos especiales, son los bienes jurídicos que se intentan cautelar a la hora de tipificar una conducta como delito. En primer lugar, hay que señalar que el concepto de bien jurídico hace referencia al “objeto protegido por el sistema penal”³².

Como sabemos, rigen en nuestro sistema de Derecho penal los principios de intervención mínima y de lesividad. Según el primero, el Estado debe recurrir al derecho penal de manera excepcional y sólo como medida extrema, cuando los demás recursos que posee para preservar el orden social sean considerados insuficientes; el principio de lesividad por su parte, condiciona el rol del derecho

³¹ FERNANDEZ, Andrea; “Convención Interamericana Contra la Corrupción: Informe Chile”; Corporación Chile Transparente, 2004, página 42.

³² BUSTOS Ramirez, Juan y HORMAZABAL Malaree, Hernán; “Lecciones de Derecho Penal” Tomo I; Editorial Trotta, 1999, página 57.

penal exclusivamente a la protección de bienes jurídicos considerados fundamentales, por lo que sólo pueden ser punibles aquellas conductas que lesionan o ponen en peligro intereses jurídicos socialmente valiosos.³³

Hacemos mención a estos principios, pues nos encontramos frente a delitos especiales que sólo pueden ser cometidos por funcionarios públicos, y esto se justifica entre otras cosas por los bienes jurídicos comprometidos. Si partimos de la base de que “los bienes jurídicos considerados materialmente son relaciones sociales concretas que surgen como síntesis normativa de los procesos interactivos de discusión y confrontación que tienen lugar dentro de una sociedad democrática... y que son dinámicos pues están en permanente discusión y revisión”³⁴, se hace necesario esclarecer que es lo que se protege al tipificar y sancionar los delitos funcionarios, especialmente en aquellos casos en que por las características del delito, éste podría ser subsumido dentro de otro tipo, es decir, en aquellos casos en que de no existir el delito especial, la acción podría ser considerada un delito común, y también para aquellos tipos en que se ha cuestionado la necesidad de la intervención penal, pues la doctrina estima que las sanciones propias del Derecho administrativo u otras ramas del derecho, serían suficientes para reprimir este tipo de conductas.

Se han postulado tres teorías respecto al bien jurídico protegido en los delitos funcionarios: una teoría subjetiva, una teoría objetiva, y una teoría ecléctica³⁵.

De acuerdo a la teoría subjetiva, el bien jurídico tutelado es la protección del deber de fidelidad estatal; se plantea que en todos estos delitos existe una

³³ [GARRIDO Montt, Mario, “Derecho penal: Parte General”](#); 3ª Edición; Editorial Jurídica de Chile, 2003, páginas 40 y 43.

³⁴ BUSTOS Ramirez, Juan y HORMAZABAL Malaree, Hernán; Ob. Cit., página 58.

³⁵ VERA Vega, Jaime Andrés; “El delito de tráfico de influencias en la legislación chilena”; Memoria para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Católica de Valparaíso, 2002, página 31. En el mismo sentido: SALAS Donoso, Pablo; Ob. Cit., página 17.

infracción personal a un deber de obediencia y fidelidad, que es propio y exclusivo de quienes desempeñan una función de carácter público.

La teoría objetiva, sostiene que el bien jurídico tutelado es la protección de la función de prestación a los ciudadanos; el ejercicio de esta función, se rige por ciertos principios tradicionalmente aceptados como rectores de la actividad administrativa (legalidad, publicidad, probidad, imparcialidad, dedicación exclusiva, objetividad, eficacia, etc.) y el elemento unificador de esta concepción en relación con cada una de las figuras tipificadas como delitos funcionarios, radica en que cada uno de estos ilícitos, no obstante constituir un atentado contra la correcta función pública, se concreta en una lesión a cada uno de los principios aludidos.

Finalmente, la teoría ecléctica combina elementos de ambos criterios, haciendo predominar elementos de uno u otro.^{36_37}

Diversos autores, nacionales y extranjeros, nos indican cuál es a su entender el bien jurídico protegido en este tipo de delitos, inclinándose por alguna de estas teorías.

Queralt adoptando la teoría objetiva señala que “la eficacia se consigue mediante la prestación de servicios públicos...Es esa capacidad de prestar servicios lo que, en mayor o menor medida, se pone bajo la óptica del ámbito punitivo. Dado que el Estado actual, desde esta perspectiva, es un Estado prestacional, le procura asistencia, esa capacidad de prestar servicios es el centro de la protección jurídico-penal, es decir, constituye el bien jurídico protegido”³⁸. En el mismo sentido se pronuncia Serrano, para quien “el bien jurídico protegido en estos delitos básicamente es el buen funcionamiento de la administración pública

³⁶ SALAS Donoso, Pablo; Ob. Cit., página 17.

³⁷ VERA Vega, Jaime Andrés; “El delito de tráfico de influencias en la legislación chilena”; Memoria para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Católica de Valparaíso, 2002, página 31.

³⁸ QUERALT Jiménez, Joan Joseph; Ob. Cit., página 761.

en todas sus esferas”³⁹. Bullemore – Mackinnon señalan, “el bien jurídico protegido en estos delitos, para nosotros, es el normal desenvolvimiento de la administración pública. Dentro de ella se incluyen los tres poderes del Estado, esto es, el judicial, el legislativo y el ejecutivo”.⁴⁰ La misma tendencia podemos encontrar en Morales, quien sostiene que “el bien jurídico protegido es el correcto funcionamiento de la Administración Pública entendida en sentido amplio como una actividad del Estado, no sólo en el aspecto técnicamente llamado administrativo, sino también en el legislativo y judicial”.⁴¹

Nos parece interesante también reproducir el pensamiento del Ministerio Público respecto a esta materia: “Esta Fiscalía entiende que el bien jurídico protegido por estas figuras penales no es sólo la rectitud con que los funcionarios públicos deben actuar o el cumplimiento de determinadas formalidades que les son asignadas, sino que, de manera mucho más relevante y profunda, lo será el ejercicio o una relación establecida con una “función pública”, de la cual se exige un desempeño recto, probo, ágil y sujeto a las reglas y normas jurídicas por sobre todo”.⁴²

Podemos observar de la lectura de los distintos autores nacionales y extranjeros, que existe cierto consenso en doctrina respecto al bien jurídico protegido; y que respecto a los delitos funcionarios considerados en su conjunto, en la actualidad prima la teoría objetiva. Cabe destacar que en nuestro Código Penal, y siguiendo el modelo predominante en la época de su dictación, prima la teoría subjetiva.

Señalamos anteriormente, que existe sólo cierto consenso respecto al bien jurídico protegido en los delitos funcionarios, pues también hay autores que

³⁹ SERRANO Gómez, Alfonso y SERRANO Maillo, Alfonso; “Derecho Penal: Parte Especial”; 11ª Edición; Editorial Dykinson, Madrid, 2006, página 781.

⁴⁰ BULLEMORE Gallardo, Vivian R. y MACKINNON Roehrs, John R.; Ob. Cit., página 153.

⁴¹ MORALES Peña, Roberto; “El nuevo tipo penal de enriquecimiento ilícito del Artículo 241 bis del Código Penal”; en “Comentarios Jurídicos y de Actualidad”, de la Unidad Especializada en delitos funcionarios y probidad pública, del Ministerio Público; N°3, Junio 2006, página 11.

⁴² Oficio N° 142. Ministerio Público, Fiscalía Nacional.

señalan que no existe un único bien jurídico que logre unificar este tipo de delitos, sobretodo en el caso de nuestro Código Penal, donde los delitos funcionarios se agrupan en relación al sujeto activo y no en cuanto al bien jurídico tutelado. En este sentido, se ha señalado que “se hace difícil encontrar un bien jurídico común a todos ellos, que solo puede hallarse en un vago quebrantamiento de deberes profesionales o en la confianza de la sociedad en el correcto funcionamiento de la Administración pública en general, conceptos poco indicativos, en realidad, de la naturaleza de estos delitos”.⁴³ No compartimos esta opinión, porque si bien dentro de los delitos funcionarios podemos encontrar delitos de distinta naturaleza, en el sentido de que atentan o amenazan el bien jurídico de diversas maneras, no podemos negar que siempre existirá como denominador común la protección al buen funcionamiento de la Administración pública, o en otras palabras, el resguardo al correcto ejercicio de la función pública. Coincidimos con Queralt cuando señala que los delitos funcionarios “tienen como bien jurídico común la correcta función pública”⁴⁴, y ya queda claro que al referirnos a función pública, se abarca toda actividad del Estado, emanada del poder ejecutivo, legislativo o judicial.

Si bien partimos de la base de que todas estas figuras penales tienen un bien jurídico común, que es el correcto ejercicio de la función pública, en algunos casos este bien jurídico se ve complementado por otro, al que el ordenamiento jurídico le da el valor de ser protegido penalmente, se habla así de delitos pluriofensivos, o en la nomenclatura de Nakazaki, existe dentro del tipo penal, un macro bien jurídico y un micro bien jurídico protegido. Contra esta posición hay quienes señalan que el bien jurídico es sólo uno y éste puede ser atacado de manera particular en alguno de sus aspectos, lo que no implicaría que ese aspecto deba ser elevado a la categoría de bien jurídico independiente⁴⁵. Adherimos a la primera posición y consideramos que en ciertas figuras penales

⁴³ MUÑOZ Conde, Francisco; Ob. Cit., página 968.

⁴⁴ REATEGUI Sánchez, James; “Observaciones críticas a las conductas de corrupción de funcionarios y a las vías de imputación en la criminalidad organizada”. Disponible en Internet. Página 4.

⁴⁵ En este sentido: Conde-Pumpido, Vera, entre otros.

hay más de un bien jurídico tutelado, y éste es el esquema que seguiremos más adelante al analizar en particular cada uno de los delitos funcionarios.

En este orden de ideas, podemos sostener que el bien jurídico que tienen en común los distintos delitos funcionarios, es la protección al buen funcionamiento de la Administración pública o el resguardo al correcto ejercicio de la función pública, pero además “hay que identificar en cada caso el aspecto de la Administración que en cada uno de ellos se cuestionan”⁴⁶. Surgen así tres clasificaciones: delitos que afectan el buen funcionamiento de la Administración, delitos que afectan la probidad administrativa y delitos que afectan la confianza pública depositada en los funcionarios⁴⁷. Siendo esta segunda clasificación la que nos interesa, profundizaremos más respecto al bien jurídico tutelado en los delitos funcionarios que atentan contra la probidad administrativa.

2.2. Bien jurídico protegido en los delitos funcionarios que atentan contra la probidad administrativa.

Como señalamos anteriormente, la doctrina actual adopta mayoritariamente la teoría objetiva, sin embargo, ante esta inclinación se ha señalado que “al acoger una concepción objetiva sobre el bien jurídico protegido, las referencias a la deslealtad e infidelidad del funcionario para con la Administración resultan ser demasiado ambiguas si no se relacionan con los elementos que justifican un sistema democrático de derecho. Por lo que el tradicional concepto de deber de lealtad del funcionario tiene sentido sólo en la medida en que se ajuste su accionar al principio de legalidad... Consecuencialmente, para juzgar la conducta del

⁴⁶ MUÑOZ Conde, Francisco; Ob. Cit., página 969.

⁴⁷ POLITOFF, Sergio; MATUS, [Jean Pierre](#); RAMIREZ, [María Cecilia](#); Ob. Cit., página 490.

funcionario debe tomarse en consideración los principios que rigen la actividad administrativa y no criterios morales como la bondad o maldad”⁴⁸.

Teniendo en consideración estas palabras, debemos señalar que el actuar de los funcionarios públicos se rige por diversos principios, entre ellos el de probidad administrativa. En un Estado democrático, la ciudadanía ha depositado su confianza sobre los funcionarios públicos, y hayan sido elegidos por elección popular o por nombramiento, pesa sobre ellos el deber especial de actuar con probidad y con miras al bien común. El principal reproche en los delitos que afectan la probidad administrativa, es el haber atentado contra el correcto ejercicio de la función pública, al no haber actuado con la probidad u honradez que el ejercicio del cargo exigía, exigencia que se determina no a la luz de las expectativas morales de la ciudadanía sino con estricto apego a la legislación vigente. Tan relevante es este principio que tiene jerarquía constitucional, y el “artículo 8º de la Constitución, estatuye el principio de probidad como una base de la institucionalidad, y la liga al ejercicio de toda función pública sin exclusión”⁴⁹.

Para tener una idea de lo que conlleva el principio de probidad administrativa, que no es desarrollado por la doctrina penal, acudimos al Derecho Administrativo. En el ámbito administrativo este principio fue formalizado por la Ley 19.653, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, “por medio de esta norma legal el legislador configura la probidad con un supraprincipio de la actuación administrativa, porque hace depender de él otros “subprincipios”, como la publicidad y transparencia, imparcialidad, razonabilidad, proporcionalidad, abstención y eficacia y eficiencia”⁵⁰.

⁴⁸ AGUAYO Moya, Oscar; “El delito de negociaciones incompatibles con la función pública en la legislación chilena”; Memoria para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Valparaíso, 2002, página 22.

⁴⁹ CAMACHO Cepeda, Gladys; “Las modalidades de la actividad administrativa y los principios que rigen la actuación de la administración del Estado”; en “Derecho Administrativo chileno”; PANTOJA Bauzá, Rolando; [Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2007, página 175.](#)

⁵⁰ CAMACHO Cepeda, Gladys; Ob. Cit., página 175.

El artículo 13 de la LOCBGAE señala: “Los funcionarios de la Administración del Estado deberán observar el principio de probidad administrativa y, en particular, las normas legales generales y especiales que lo regulan”. Por su parte, el artículo 52 inciso 2º de la misma ley, entrega una definición de este principio: “El principio de la probidad administrativa consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular”.

Rigen asimismo el actuar de la Administración los principios de imparcialidad y transparencia, y acudimos nuevamente al ámbito administrativo para determinar su alcance. Consideramos necesario hacer una aproximación a estos principios, pues como veremos más adelante, para algunos autores constituyen bienes jurídicos especialmente tutelados en ciertos tipos penales.

Respecto al concepto de imparcialidad, el Diccionario de la Real Academia Española lo define como la “falta de designio anticipado o de prevención a favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud”. En relación al principio de imparcialidad se ha señalado que “constituye un parámetro de valoración jurídica de toda la actuación de la administración”⁵¹. Del artículo 53 de la LOCBGAE, se desprende que es una exigencia del interés general, que “se expresa en el recto y correcto ejercicio del poder público por parte de las autoridades administrativas; en lo razonable e imparcial de sus decisiones; en la rectitud de ejecución de las normas, planes, programas y acciones; en la integridad ética y profesional de la administración de los recursos públicos que se gestionan; en la expedición en el cumplimiento de sus funciones legales, y en el acceso ciudadano a la información administrativa, en conformidad a la ley”.

Respecto a la transparencia nos remitimos nuevamente al Diccionario de la Real Academia Española, que se refiere a la transparencia como “cualidad de transparente”, es decir, “claro, evidente, que se comprende sin duda ni

⁵¹ CAMACHO Cepeda, Gladys; Ob. Cit., página 177.

ambigüedad”. En relación al principio de transparencia que debe regir el actuar de la Administración, se ha señalado que “lo importante es asegurar que la información obtenida o generada por la administración con recursos públicos en un Estado de derecho, democrático y servicial como el fundado por la Constitución Política de la República, sea utilizada para el adecuado diseño de políticas públicas o el cumplimiento oportuno y eficiente del control que la administración debe ejercer sobre ciertas actividades o sujetos”⁵², y no con fines de beneficio personal o de personas determinadas.

A modo de síntesis, podemos señalar respecto de los delitos funcionarios que afectan la probidad administrativa, que el principal reproche es haber atentado contra el correcto ejercicio de la función pública al no haber actuado con la probidad u honradez que el ejercicio del cargo exigía, deberes que se determinan no a la luz de las expectativas morales o éticas de la ciudadanía sino en los términos establecidos en la ley. Y dentro de los delitos funcionarios que atentan contra la probidad administrativa, si bien se resguarda de manera general la probidad u honradez con que deben actuar los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo, en algunas figuras penales se resguarda además de manera particular, o el patrimonio estatal, o la imparcialidad y transparencia que deben regir el actuar de la Administración.

⁵² CAMACHO Cepeda, Gladys; Ob. Cit., página 182.

CAPÍTULO SEGUNDO

MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS

Dentro del Párrafo V del Título V de nuestro Código Penal, podemos encontrar cuatro hipótesis de malversación de caudales públicos: el peculado (Artículos 233 y 234), la distracción o uso indebido de caudales o efectos públicos (Artículo 235), la aplicación pública diferente (Artículo 236) y la negativa a un pago o entrega (Artículo 237).

En cuanto al bien jurídico tutelado en los delitos de malversación de caudales públicos, se protege por una parte el correcto ejercicio de la función pública que se ve afectada por la falta de probidad del funcionario público involucrado, pero además se considera que “el bien jurídico protegido en este tipo

de delitos son los intereses económicos del Estado”⁵³, es decir, se busca resguardar también el patrimonio estatal.

Contrario a esta posición se manifiesta Conde-Pumpido, quien considera que existe un único bien jurídico en juego, y señala que “el bien jurídico protegido es el correcto funcionamiento de la Administración Pública. Algunos entienden que existe un segundo bien jurídico constituido por el patrimonio público. Sin embargo si se entiende que el patrimonio de la Administración no es sino un instrumento para que sirva con eficacia a los intereses generales, en el fondo lo que se está protegiendo es el correcto funcionamiento de la Administración”.⁵⁴ No compartimos esta opinión, ya que si bien es claro que el fin último de protección será siempre el correcto ejercicio de la función pública, es fácil constatar que a la vez se busca resguardar de manera particular el patrimonio público. Si consideramos además, que en nuestro Código Penal existe un grupo de delitos denominado “Crímenes y simples delitos contra la propiedad” (Título IX del Libro II), en que el único bien jurídico que se protege es precisamente el patrimonio, o propiedad para algunos autores, con mayor razón podemos considerar que el patrimonio público constituye en sí mismo un bien jurídico merecedor de protección jurídico penal.

Esto se ve confirmado si consideramos que en el Artículo 238 inciso 2º, se señala que en los delitos referente al Párrafo V (Malversación de caudales públicos) se aplicará la pena máxima estipulada en cada caso si el valor de lo malversado excediere de cuatrocientas unidades tributarias mensuales, es decir, además del reproche que se hace al funcionario por haber infringido deberes propios de su cargo, se considera la cantidad que se ha sustraído a la hora de determinar la pena, pues a mayor cantidad sustraída existiría un mayor daño al bien jurídico. Lo mismo sucede específicamente respecto al delito de peculado o sustracción de fondos, donde el bien jurídico protegido es, por una parte “la

⁵³ SERRANO Gómez, Alfonso y SERRANO Maillo, Alfonso; Ob. Cit. página 822.

⁵⁴ CONDE-PUMPIDO Ferreiro, Cándido; “Código Penal comentado”; 2ª Edición; Editorial Barcelona, Bosch, 2004, página 1263.

probidad administrativa pero también parece serlo el interés fiscal, atendido que las penas se gradúan según el monto del peculado⁵⁵.

1. PECULADO O SUSTRACCIÓN DE FONDOS

Artículo 233. El empleado público que, teniendo a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación o secuestro, los substraigere o consintiere que otro los substraiga, será castigado:

1º Con presidio menor en su grado medio y multa de cinco unidades tributarias mensuales, si la sustracción excediere de una unidad tributaria mensual y no pasare de cuatro unidades tributarias mensuales.

2º Con presidio menor en su grado máximo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, si excediere de cuatro unidades tributarias mensuales y no pasare de cuarenta unidades tributarias mensuales.

3º Con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de once a quince unidades tributarias mensuales, si excediere de cuarenta unidades tributarias mensuales.

En todos los casos, con la pena de inhabilitación absoluta temporal en su grado mínimo a inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos.

Artículo 234. El empleado público que, por abandono o negligencia inexcusables, diere ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos públicos o de particulares de que se trata en los tres números del artículo anterior, incurrirá en la pena de suspensión en cualquiera de sus grados, quedando

⁵⁵ POLITOFF, Sergio; MATUS, [Jean Pierre](#); [RAMIREZ, María Cecilia](#); Ob. Cit., página 492.

además obligado a la devolución de la cantidad o efectos sustraídos.

1.1 Tipicidad

Podemos distinguir tres hipótesis del delito de peculado:

1. El funcionario público sustrae para sí mismo, caudales o efectos públicos o de particulares que tiene a su cargo.
2. El funcionario público consiente en que un tercero los sustraiga.
3. El funcionario público por abandono o negligencia inexcusables permite que un tercero los sustraiga.

1.1.1 Tipicidad objetiva

1.1.1.1 Verbo rector y modalidades de la acción

El verbo rector consiste básicamente en sustraer, aunque también comete este delito el funcionario público que consiente o permite la sustracción por parte de un tercero. Para la doctrina “sustraer significa apropiarse el dinero o efectos, esto es, apoderarse de ellos con ánimo de comportarse como propietario”⁵⁶.

Para Bullemore – Mackinnon, se trataría de un tipo penal de comisión pues “lo distintivo de estas conductas es la sustracción, que es el verbo rector en un tipo penal calificado por la falta de reintegro de lo sustraído”⁵⁷.

Conde Pumpido, en cambio, distingue dos modalidades distintas de malversación, “la conducta consiste en sustraer o consentir que otro sustraiga.

⁵⁶ LABATUT Glenda, Gustavo y ZENTENO Vargas, Julio; “Derecho penal”, Volumen II; 7º Edición; Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1976, página 80.

⁵⁷ BULLEMORE Gallardo, Vivian R. y MACKINNON Roehrs, John R.; Ob. Cit., página 167.

Presenta, por lo tanto, una modalidad activa y otra omisiva, ambas sancionadas de la misma forma⁵⁸. En el mismo sentido se pronuncia Muñoz Conde, quien sostiene que existe una modalidad activa, cuando el funcionario público sustrae para sí mismo, caudales o efectos públicos o de particulares que tiene a su cargo, y una modalidad omisiva cuando el funcionario consiente en que un tercero los sustraiga, en éste último caso señala que “se trata de un delito de comisión por omisión del deber de custodia de los caudales a cargo del funcionario”⁵⁹. Sin embargo se ha refutado esta opinión, señalando que no existe una real coincidencia entre esta figura y la comisión por omisión “ya que en aquélla la acción no consiste solamente en un mero no impedir la sustracción que está obligado a evitar, sino que se trata de una dejación del deber de custodia finalísticamente dirigida a la producción del resultado”^{60 61}.

Interesante es la postura de los autores Politoff- Matus- Ramírez, quienes señalan que “para determinar el sentido de la expresión sustracción de caudales o efectos públicos, debemos distinguir, en primer lugar, la naturaleza de dichos caudales o efectos y la forma en que éstos fueron entregados al funcionario”⁶², y a partir de esta distinción surgen distintas modalidades de la conducta punible en relación al reintegro que pueda producirse posteriormente de estos bienes. Podemos entonces, según estos autores, distinguir dos casos: puede suceder que al funcionario le sean entregados caudales o efectos públicos exclusivamente en administración o puede ocurrir que le sean entregados bienes fungibles al funcionario en cuanto tal y en ese caso dicha entrega produce el efecto de transferir el dominio. En el primer caso, estaríamos frente a la modalidad activa del delito, por tanto, el sujeto comete sustracción desde que retira los caudales o

⁵⁸ CONDE-PUMPIDO Ferreiro, Cándido; Ob. Cit, página 1257.

⁵⁹ MUÑOZ Conde, Francisco; Ob. Cit., página 1017.

⁶⁰ ETXEBARRIA Zarrabeitia, Xabier; “Malversación de caudales públicos”; en “Delitos contra la administración pública”; ASÚA Batarrita, Adela; Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997, página 194.

⁶¹ Considerando que el Código Penal Español contempla esta figura prácticamente en los mismos términos que nuestro Código Penal, resulta plenamente aplicable lo señalado por la doctrina española para la hipótesis en estudio.

⁶² POLITOFF, Sergio; MATUS, [Jean Pierre](#); [RAMIREZ, María Cecilia](#); Ob. Cit., página 493.

efectos sin que exista justificación para ello y el posterior reintegro sólo podrá modificar la penalidad. El segundo caso trataría la modalidad omisiva del delito, y en este caso, la sustracción se produciría recién cuando el funcionario es requerido en la rendición de cuenta y el reintegro no se produce.

1.1.1.2 Sujeto activo

Como señalamos en un comienzo, en el caso de los llamados delitos funcionarios nos encontramos frente a delitos especiales pues el sujeto activo sólo puede ser un empleado o funcionario público. Sin embargo, en el caso de los delitos comprendidos dentro del grupo de malversación de caudales públicos este no es el único requisito, “el carácter de sujeto de este delito no lo da sólo el hecho de ser autoridad o funcionario público, sino la relación de estas personas con el objeto material del delito: los caudales o efectos públicos”⁶³. La calidad de funcionario público no es suficiente para configurar el delito, sino que además debe existir una especial vinculación entre el funcionario y los caudales o efectos.

Tanto la hipótesis del Artículo 233 como la del Artículo 234, exigen que el empleado público tenga los caudales o efectos públicos a su cargo. Existe consenso en la doctrina, respecto de que el funcionario debe tener estos caudales o efectos por razón de sus funciones, y no sólo con ocasión de ellas o por mero accidente⁶⁴. En este sentido, se ha señalado que “no es suficiente con que el funcionario tenga los caudales “con ocasión de” o “en consideración a” la función que desempeña, es preciso que la tenencia se derive de la función y competencia específicas.”⁶⁵ Lo que se justifica, si consideramos que “el que sea el funcionario específicamente competente para el manejo o custodia de los fondos quien los aparta de su función es lo que determina que el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado se vea comprometida”⁶⁶, por lo que si un funcionario público sustrae bienes que no se encuentran a su cargo por razón de

⁶³ MUÑOZ Conde, Francisco; Ob. Cit., página 1015.

⁶⁴ En este sentido: Bullemore-Mackinnon, Etcheberry, Politoff-Matus-Ramirez, entre otros autores.

⁶⁵ MUÑOZ Conde, Francisco; Ob. Cit., página 1016.

⁶⁶ ETXEARRIA Zarrabeitia, Xabier; Ob. Cit., página 191.

sus funciones, podrá cometer el delito de robo o hurto, dependiendo el caso, pero no incurrirá en la figura de peculado o sustracción de fondos.

Que el funcionario debe estar a cargo de los caudales o efectos por razón de sus funciones, quiere decir según Bullemore – Mackinnon “que entre el funcionario y el objeto sustraído exista una especial relación de custodia, descartando la sustracción de bienes a los que el funcionario tenga acceso con ocasión del ejercicio de su cargo o por mero accidente”⁶⁷. Por ejemplo, el contador del Servicio de Impuestos Internos es enviado a depositar unos cheques en la cuenta corriente del respectivo Servicio, y en lugar de depositarlos todos en la cuenta que corresponde, deposita la mitad del dinero en su cuenta corriente. En este caso, no cabe duda que tal sujeto estaría incurriendo en el delito de peculado, pues el empleado público tiene dentro de sus funciones específicas el deber de custodiar estos caudales o efectos. Pero supongamos ahora que el contador olvida algunos de estos cheques dentro del vehículo que lo llevó al banco, que es manejado por un chofer del Servicio (también funcionario público), quien al percatarse de la situación sustrae los cheques y procede a su posterior cobro; en este último caso, ya no se configura el delito de peculado, pues es claro que el chofer tuvo acceso a los cheques por mero accidente, y no en razón de su cargo.

La exigencia de que el funcionario público tenga los caudales o efectos públicos a su cargo y en razón de sus funciones es de tal relevancia, que aunque se de cumplimiento a los demás elementos del tipo, no se podrá configurar la figura si falta este requisito. En este sentido se pronuncia la Corte Suprema, en el juicio seguido por la Contraloría General de la República contra el Director de Obras de la Municipalidad de Melipilla, por el delito de malversación de caudales públicos contemplado en el Artículo 234. En este caso la Corte señaló: “Que, en consecuencia, no existiendo elementos probatorios que, superando toda duda razonable, lleven a la íntima y plena convicción de que el acusado obró en su calidad de agente público específicamente encargado de la custodia, resguardo o

⁶⁷ BULLEMORE Gallardo, Vivian R. y MACKINNON Roehrs, John R.; Ob. Cit., página 167.

seguridad de los dineros pagados por la Municipalidad de Melipilla a la empresa con que contrató, resulta inoficioso abocarse a determinar si existió o no de su parte algún grado de negligencia y si ésta fue excusable o inexcusable. Al faltar un requisito “sine qua non” del respectivo tipo delictivo invocado, el tribunal está impedido de tenerlo por configurado legalmente en este juicio criminal y debe, en consecuencia, dictar sentencia absolutoria a favor del sentenciado”⁶⁸.

1.1.1.3 Objeto Material

El delito de peculado es especial desde dos perspectivas, ya que no sólo requiere un sujeto activo calificado, sino que además se señala el objeto material del delito, que deben ser necesariamente caudales o efectos públicos o de particulares, y no sólo esto, si no que además y como señalamos anteriormente, estos objetos deben encontrarse vinculados al funcionario por una especial relación de custodia.

Acudimos al Diccionario de la Real Academia Española para delimitar el alcance de ambos conceptos. Por caudales debemos entender “hacienda, bienes de cualquier especie, y más comúnmente dinero”; y efectos se refiere a “cualquier documento o valor mercantil, sea nominativo, endosable o al portador”.

En relación al delito de malversación contemplado en el Código Penal Español, redactado prácticamente en los mismos términos que la figura en análisis, Etxebarria ha señalado que con las expresiones caudales o efectos públicos o de particulares, la ley estaría comprendiendo “cualquier clase de bienes, muebles y con valor económico, dinero, efectos negociables, etc.”⁶⁹. Es decir, en sentido amplio dichas expresiones comprenderían “los objetos muebles

⁶⁸Corte Suprema, Sentencia del 15 de enero de 2007. Disponible en Internet: www.dicomlex.cl, N° Legal Publishing: 35908.

⁶⁹ETXEBARRIA Zarrabeitia, Xabier; Ob. Cit., página 187.

que tengan un valor económico apreciable puestos a disposición de la Administración para el cumplimiento de sus fines”⁷⁰.

No es esta la opinión unánime de la jurisprudencia, que en ciertos casos ha optado por un concepto restringido de caudales o efectos públicos. Este concepto restringido se adoptó, por ejemplo, en el caso seguido contra un ayudante de bodega y la encargada de la fotocopiadora de la CORFO, donde se señaló: “Que en opinión de esta Corte los ilícitos cometidos... no son constitutivos del delito de malversación de caudales públicos, al tenor de lo que el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española define para tal efecto, sino que, configuran hechos que tipifican hurtos simples previstos y sancionados en el número tercero del artículo 446 del Código Penal... De acuerdo al Diccionario de la Lengua antes citado, los términos caudales o efectos públicos, deben entenderse en su verdadero sentido y alcance. La norma penal hace sinónimos ya que emplea la conjunción "o", y no "y" para referirse a los caudales o efectos públicos. Caudales, implica indiscutiblemente la idea de dinero o documentos representativos de lo mismo, y, efectos públicos de acuerdo al Diccionario son constitutivos de "documentos de crédito emitidos por el Estado, las provincias, los municipios y otras entidades oficiales, que han sido reconocidos por el Gobierno como negociables en Bolsa". Evidentemente no es el caso si se tiene presente que lo sustraído eran resmas de papel, diskettes, cintas para máquina de escribir y productos similares”⁷¹. No compartimos esta última opinión, y creemos que dentro del concepto de caudales se comprende toda clase de bienes muebles, como por ejemplo un auto o un computador de propiedad del Estado, y por lo tanto también se incluiría la sustracción de material de oficina, aunque esta última conducta sólo será punible según lo establecido en el Artículo 233, si el valor de lo sustraído excede de una unidad tributaria mensual.

⁷⁰ CONDE-PUMPIDO Ferreiro, Cándido; Ob. Cit, página 1264.

⁷¹ Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia del 3 de octubre de 1997. Disponible en Internet: www.dicomlex.cl, N° Legal Publishing: 20543.

Por otra parte, en el delito de peculado se hace referencia a “caudales o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación o secuestro”, es decir, puede tratarse de bienes que pertenecen al Fisco o bienes que pertenecen a un particular. Sin embargo, tratándose de bienes que pertenecen a un particular, debe limitarse su aplicación y se ha señalado que “es preciso que la entrega de los caudales o efectos se haga en virtud de lo dispuesto por la ley o por los reglamentos, o sea de una confianza necesaria, pues si se hace voluntariamente al empleado público sin estar obligado a ello, su sustracción no queda comprendida en este artículo”⁷², y ello es lógico si se considera además que el funcionario público no tendrá acceso a estos bienes por razón de sus funciones, sino sólo con ocasión de ellas o por mero accidente, por lo que no estaríamos ante la conducta punible contemplada en el delito de peculado.

Respecto a la referencia a los contratos de depósito, consignación o secuestro, se ha señalado que “no es requisito la celebración de un contrato civil de depósito o consignación, en el sentido del Código Civil, sino que dichas expresiones deben entenderse genéricamente, como derivadas de un deber funcionario especial de custodia o resguardo. Este deber debe ser necesario, esto es, emanado de la ley o un reglamento”⁷³. En este mismo sentido se ha sostenido la referencia a estos contratos “carecen de mayor relevancia de acuerdo con la historia del precepto y la uniformidad de nuestra jurisprudencia al interpretarlas”⁷⁴. La ley señalaría estos contratos sólo para ejemplificar los casos en que bienes de particulares podrían encontrarse en poder de la Administración.

El carácter de público se determina por la pertenencia de los bienes a la Administración pública o al Fisco. Surge la duda sobre el carácter público que tendrían ciertos bienes cuando estos debían pertenecer al Fisco pero con la comisión del delito se ha impedido que se produzca su incorporación formal a la Administración, como por ejemplo en el caso de que al acudir a una Municipalidad

⁷² LABATUT Glenda, Gustavo y ZENTENO Vargas, Julio; Ob. Cit., página 79.

⁷³ POLITOFF, Sergio; MATUS, [Jean Pierre](#); [RAMIREZ, María Cecilia](#); Ob. Cit., página 493

⁷⁴ RUIZ Pulido, Guillermo; Ob. Cit., página 6.

y pagar un certificado, la cajera guarde directamente el dinero pagado en su cartera, sin que exista en el hecho ni en registro alguno, el ingreso del dinero a las arcas fiscales. Respecto a este problema se ha señalado que “basta con que los caudales estén destinados al erario público, con lo que es suficiente la mera entrega al funcionario competente para que se consideren públicos cuando debieran haberse incorporado al patrimonio de la Administración, con tal que exista un derecho expectante de ésta”⁷⁵, es decir, se consideran bienes públicos aquellos que pertenecen a la Administración y aquellos sobre los que la Administración tiene derecho aunque no hayan ingresado formalmente a las arcas fiscales; por lo que en el ejemplo recién señalado, el dinero debe ser considerado un caudal público puesto que basta la entrega que se le hace a la funcionaria como representante de la Administración, para entender que ésta tiene derecho a reclamarlo como propio.

1.1.2 Tipicidad subjetiva

1.1.2.1 El dolo y la culpa en el delito de peculado

El delito de peculado se puede cometer con dolo o culpa por parte del sujeto activo.

El Artículo 233 se ocupa de la hipótesis dolosa del delito de peculado, esto es, cuando el funcionario público que tiene a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares los sustrajere o consintiere que otro los sustraiga. Que la conducta debe ser dolosa se desprende de los verbos rectores sustraer o consentir en la sustracción, que suponen claramente conocimiento y voluntad de realización.

⁷⁵ ETXEBARRIA Zarrabeitia, Xabier; Ob. Cit., página 188.

Se ha discutido si este dolo está restringido al dolo directo o comprende los casos en que existe dolo eventual. Para algunos autores “este delito debe cometerse con dolo directo, atendido el elemento subjetivo que conlleva la apropiación”⁷⁶. Otra parte de la doctrina ha señalado que “es posible entender, dado que no hay expresión que restrinja las conductas del Art. 233 al dolo directo, que hay hipótesis de dolo eventual subsumibles en aquél, especialmente respecto del “consentir” en la sustracción”⁷⁷. Concordamos con esta última opinión, por lo que si el delito se comete existiendo dolo eventual por parte del agente, éste debe ser sancionado según el Artículo 233 y no según el 234.

El Artículo 234, por su parte, recoge la hipótesis culposa del delito de peculado, pues se castiga al empleado público que por abandono o negligencia inexcusables, da ocasión de que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos públicos o de particulares. Como en este caso no existe sustracción por parte del funcionario público ni consentimiento para que un tercero sustraiga, se ha señalado que “se sanciona penalmente el deber de resguardar los fondos en razón de su calidad de funcionario”⁷⁸.

Se ha sostenido respecto a la figura del Artículo 234, que “más bien parece una figura culposa sui generis, que castiga una falta al deber funcionario de resguardo, más que el aprovechamiento del funcionario de su posición de garante de bienes”⁷⁹. Si bien el funcionario no tenía ninguna intención de que el delito se cometiera, es el incumplimiento a este deber de resguardo, que permite que el delito se consume, lo que se le reprocha penalmente al funcionario.

1.1.2.2 Elementos subjetivos del tipo

⁷⁶ POLITOFF, Sergio; MATUS, [Jean Pierre; RAMIREZ, María Cecilia](#); Ob. Cit., página 496.

⁷⁷ BULLEMORE Gallardo, Vivian R. y MACKINNON Roehrs, John R.; Ob. Cit., página 167.

⁷⁸ BULLEMORE Gallardo, Vivian R. y MACKINNON Roehrs, John R.; Ob. Cit., página 168.

⁷⁹ POLITOFF, Sergio; MATUS, [Jean Pierre; RAMIREZ, María Cecilia](#); Ob. Cit., página 496

El Código Penal Español, al tipificar este delito señala en su Artículo 432: “La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos...”. Como vemos, se establece expresamente como requisito que exista ánimo de lucro, ya sea de parte del funcionario o del tercero. Nuestro Código Penal a diferencia del Código Penal Español, no señala expresamente como elemento subjetivo del tipo, el ánimo de lucro ni tampoco ánimo de señor y dueño. Serrano, identificando el ánimo de lucro con el ánimo de señor y dueño (conceptos que en nuestra doctrina nacional se distinguen claramente) ha señalado que éste último “se deduce de la propia sustracción, que supone el deseo de incorporar los bienes en el patrimonio propio o de tercero”⁸⁰.

Respecto a este tema, resulta fundamental determinar si el verbo rector sustraer se va a tomar en sus términos literales o si se va a interpretar como sinónimo de apropiar, pues como sabemos la apropiación supone un elemento material (la sustracción) y un elemento subjetivo que es el ánimo de señor o dueño.

Bullemore – Mackinnon se inclinan por la primera opción, diferenciando ambos conceptos y han sostenido que “con respecto al tipo subjetivo de la hipótesis dolosa, no se exige un ánimo especial, al referirse el tipo penal a la sustracción, y no a la apropiación”⁸¹.

Para Muñoz Conde, la segunda opción es la correcta, “sustracción debe interpretarse en estos caso como equivalente a apropiación sencillamente, ya que el funcionario tiene la previa posesión o disponibilidad sobre los caudales”⁸². De seguir esta alternativa, debemos entender que se exige ánimo de señor y dueño

⁸⁰ SERRANO Gómez, Alfonso y SERRANO Maillo, Alfonso; Ob. Cit. página 822.

⁸¹ BULLEMORE Gallardo, Vivian R. y MACKINNON Roehrs, John R.; Ob. Cit., página 167.

⁸² MUÑOZ Conde, Francisco; Ob. Cit., página 1017.

aunque no se mencione expresamente en el tipo penal, por estar este ánimo incluido en el verbo rector.

Creemos que el verbo rector de este delito debiera consistir en apropiar y no simplemente en sustraer, pues existe una sustracción material sin intención de efectuar un reintegro posterior, es decir, existe un ánimo de apoderamiento definitivo, entonces lo lógico es que se utilice la expresión más precisa para graficar en que consiste la conducta del tipo penal, por lo que si concurren ambos elementos, material y subjetivo, sería acertado utilizar el verbo rector apropiar.

1.2 Clasificación: delito especial impropio y propio

Como señaláramos anteriormente, la primera hipótesis del delito de peculado consiste en que el funcionario público sustraiga para sí mismo, caudales o efectos públicos o de particulares que tiene a su cargo. Nos encontramos en este caso frente a un delito especial impropio, pues la calidad del sujeto activo no es el fundamento mismo de la punibilidad, sino que justifica una modificación de la responsabilidad penal, ya que en el Artículo 432 de nuestro Código Penal se contempla el delito de hurto, que sanciona prácticamente la misma conducta del delito de peculado (sustraer o apropiar) cuando la acción es cometida por un particular.

Distinto es el caso de la hipótesis contemplada en el Artículo 234, esto es, cuando el funcionario público por abandono o negligencia inexcusables permite que un tercero realice la sustracción, pues en este caso estamos ante un delito especial propio, porque es precisamente la calidad del sujeto activo lo que justifica la existencia del reproche jurídico penal y es en definitiva el fundamento de la penalidad.

1.3 Problemas de penalidad

1.3.1 Consecuencias del reintegro de los bienes sustraídos

La única norma respecto a esta materia, la encontramos en el Artículo 85 inciso 2º de la Ley de organización y atribuciones de la Contraloría General de la República, según la cual “Cuando un funcionario, al ser requerido por la Contraloría, no presente debidamente documentado el estado de la cuenta de los valores que tenga a su cargo, se presumirá que ha cometido sustracción de dichos valores”. Sin embargo, esta norma no logra aclarar hasta que momento puede producirse el reintegro, lo que es de gran importancia y es determinante en materia penal, pues dependiendo del momento en que se realice generará el efecto de modificar la figura punible (aplicando los artículos 233 o 235 según corresponda) o en caso de que se sancione según el artículo 233 podrá configurarse como atenuante de la responsabilidad penal.

Podemos distinguir básicamente tres situaciones, puede suceder que el reintegro se produzca antes de efectuado el requerimiento, durante el sumario administrativo, o durante el proceso criminal, y ya que la ley no se ha pronunciado al respecto, ha sido la doctrina y jurisprudencia quienes han desarrollado el tema, existiendo diversas posturas.

Existen posturas contradictorias sobre las consecuencias del reintegro durante el sumario administrativo y antes de iniciado el proceso criminal. Por una parte, se ha señalado que “el reintegro debió haber tenido lugar antes de iniciarse por la Administración la investigación sumaria o el sumario administrativo destinados a establecer el hecho constitutivo de falta administrativa, pues no parece razonable un reintegro posterior a dichos momentos”⁸³.

⁸³ RUIZ Pulido, Guillermo; Ob. Cit., página 19.

En sentido contrario, la doctrina mayoritaria entiende “excluida la figura del Artículo 233 si el reintegro se realiza aún durante el sumario administrativo, siempre que se haga antes de iniciarse la persecución criminal”⁸⁴. En este mismo sentido, los tribunales en relación al delito de peculado han declarado “exento de responsabilidad criminal al que reintegra lo sustraído antes de iniciarse la acción criminal contra el inculpado, estimando que en este caso el empleado sólo se hace acreedor a sanciones disciplinarias”⁸⁵. En nuestra opinión, esta sustracción debería sancionarse de todas formas según el Artículo 235, que contempla expresamente el caso en que existe sustracción y posterior reintegro.

Si el reintegro ocurre después de iniciado el proceso criminal las consecuencias son diferentes, pues si el reintegro es “posterior al inicio de la persecución criminal, pero anterior al menos al menos a la sentencia condenatoria, parece dar únicamente origen a la atenuante del Artículo 11 N ° 7 y no modificaría la figura punible”⁸⁶. Dicho Artículo 11 señala: “Son circunstancias atenuantes: 7° Si ha procurado con celo reparar el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias”, y esto es lo único que se habría generado con este tardío reintegro, repararía en cierta medida el mal causado, pero el delito ya se habría consumado, por lo que no podría variar la figura aplicable por el sólo hecho de efectuarse el reintegro. Esta conclusión resulta coherente si consideramos que el bien jurídico en juego es más que el patrimonio estatal, sino también y principalmente la probidad administrativa.

Como señaláramos anteriormente, los autores Politoff- Matus- Ramírez, distinguen si al funcionario le fueron entregados los caudales o efectos públicos exclusivamente en administración o si le fueron entregados al funcionario en cuanto tal. Siguiendo tal distinción, si los bienes fueron entregados en administración “el reintegro posterior operaría únicamente como una presunción de que el funcionario ha tomado los efectos únicamente para usarlos

⁸⁴ POLITOFF, Sergio; MATUS, [Jean Pierre; RAMIREZ, María Cecilia](#); Ob. Cit., página 496.

⁸⁵ LABATUT Glenda, Gustavo y ZENTENO Vargas, Julio; Ob. Cit., página 82.

⁸⁶ POLITOFF, Sergio; MATUS, [Jean Pierre; RAMIREZ, María Cecilia](#); Ob. Cit., página 496.

indebidamente, no como señor y dueño, siendo punible el hecho con independencia del momento del reintegro, el que sólo tendría efectos para alterar la penalidad (siempre que se haga oportunamente)⁸⁷, por el contrario, si los bienes fueron entregados al funcionario en cuanto tal, concluyen que “el reintegro antes del requerimiento excluye toda posibilidad de perseguir criminalmente por este delito al funcionario que ha recibido en su patrimonio especies fungibles que deba restituir, sin perjuicio de las sanciones administrativas”⁸⁸. En este orden de ideas, podemos señalar que esta última distinción es de gran utilidad, pues tiene relevancia no sólo para determinar el momento en que se comete la sustracción, sino también para determinar el momento hasta el que puede realizarse el reintegro, y las consecuencias de éste.

1.3.2 Penas del delito de peculado

El caso de sustracción dolosa del Artículo 233, se castiga con pena de presidio y su duración se gradúa según el monto de lo sustraído, además en todos los casos se castiga con la pena de inhabilitación absoluta temporal o perpetua para ejercer cargos y oficios públicos.

El caso de sustracción culposa del Artículo 234, se sanciona con pena de suspensión en cualquiera de sus grados, quedando además el funcionario público obligado a la devolución de la cantidad o efectos sustraídos.

1.4 Análisis del artículo 238: delito de malversación impropia

Artículo 238. Las disposiciones de este párrafo son extensivas al que se halle encargado por cualquier concepto de fondos, rentas o

⁸⁷ POLITOFF, Sergio; MATUS, [Jean Pierre](#); [RAMIREZ, María Cecilia](#); Ob. Cit., página 494.

⁸⁸ POLITOFF, Sergio; MATUS, [Jean Pierre](#); [RAMIREZ, María Cecilia](#); Ob. Cit., página 495.

efectos municipales o pertenecientes a un establecimiento público de instrucción o beneficencia.

La doctrina se refiere a esta posibilidad como un caso de malversación impropia, ya que si bien el sujeto activo en este tipo de delitos debía ser un funcionario público que se vinculara al objeto material del delito por razón de sus funciones, “la norma del Art. 238 CP extiende la posibilidad de considerar autor de este delito a un particular, cuando se halle encargado por cualquier concepto de fondos municipales o pertenecientes a un establecimiento público de instrucción o beneficencia”⁸⁹. Por lo tanto, esta disposición es excepcional desde dos puntos de vista, en primer lugar, porque incluye como sujetos activos a particulares que no detentan la calidad de funcionario público, y en segundo lugar, porque ya no es necesario que dicho sujeto tenga una vinculación con los caudales o efectos en razón de sus funciones, bastando que se encuentre en poder de ellos sólo por encargo. Si estos particulares sustraen dichos objetos, no incurrirían en el delito de hurto o apropiación indebida (como ocurriría si no existiera esta figura) sino en el delito de peculado “porque la ley las equipara al funcionario que malversa los caudales o efectos puestos a su cargo, depositando en ellas una confianza general”⁹⁰.

Se ha criticado en esta disposición que las “conductas cometidas por los particulares se castigan con la misma pena que las llevadas a cabo por autoridades o funcionarios públicos, lo que no parece correcto. Los particulares debían ser castigados con pena inferior, pues la exigibilidad no puede ser la misma”⁹¹. Coincidimos con esta opinión, la conducta del particular debiera tener una sanción menor si consideramos los bienes jurídicos en juego, pues como señalamos anteriormente, el principal reproche en los delitos que afectan la probidad administrativa, es el haber atentado contra el correcto ejercicio de la función pública al no haber actuado con la probidad u honradez que el ejercicio del

⁸⁹ POLITOFF, Sergio; MATUS, [Jean Pierre](#); [RAMIREZ, María Cecilia](#); Ob. Cit., página 492.

⁹⁰ LABATUT Glenda, Gustavo y ZENTENO Vargas, Julio; Ob. Cit., página 79.

⁹¹ SERRANO Gómez, Alfonso y SERRANO Maíllo, Alfonso; Ob. Cit. página 828.

cargo les exigía, reproche que no puede existir en el caso de que el delito sea cometido por un particular. A pesar de creer que la penalidad debería ser inferior, coincidimos con que la existencia de ésta figura penal se justifica porque “aún siendo particulares tales encargados, la importancia de dichos bienes es notoria y su carácter público es indiscutible”⁹².

2. DISTRACCIÓN O USO INDEBIDO DE CAUDALES O EFECTOS PÚBLICOS

Artículo 235. El empleado que, con daño o entorpecimiento del servicio público, aplicare a usos propios o ajenos los caudales o efectos puestos a su cargo, sufrirá las penas de inhabilitación especial temporal para el cargo u oficio en su grado medio y multa de diez al cincuenta por ciento de la cantidad que hubiere substraído.

No verificado el reintegro, se le aplicarán las penas señaladas en el artículo 233.

Si el uso indebido de los fondos fuere sin daño ni entorpecimiento del servicio público, las penas serán suspensión del empleo en su grado medio y multa del cinco al veinte y cinco por ciento de la cantidad substraída sin perjuicio del reintegro.

2.1 Tipicidad

Podemos distinguir tres hipótesis de este delito:

⁹² MUÑOZ Conde, Francisco; Ob. Cit., página 1020.

1. El empleado aplica a usos propios o ajenos los caudales o efectos puestos a su cargo, generando daño o entorpecimiento del servicio público, y existe reintegro de los bienes.
2. El empleado aplica a usos propios o ajenos los caudales o efectos puestos a su cargo, pero el uso indebido de dichos fondos no genera daño ni entorpecimiento del servicio público, y ha habido reintegro.
3. El empleado aplica a usos propios o ajenos los caudales o efectos puestos a su cargo y no se verifica el reintegro, debiendo aplicarse las penas del delito de peculado.

2.1.1 Tipicidad objetiva

2.1.1.1 Verbo rector

El verbo rector consiste en aplicar, esto es según el Diccionario de la Real Academia Española “destinar, adjudicar, asignar”. Lo que se sanciona con este delito es que se asignen por parte del funcionario público estos caudales o efectos a usos distintos de los que correspondían, sin distinguir si es para uso propio o ajeno. La doctrina ha denominado este delito como distracción o uso indebido de caudales o efectos, aclarando así en que consiste, y se ha señalado que “según se desprende del texto legal, distraer significa destinar una cosa a un fin distinto de aquel a que estaba afecta”⁹³. Este fin necesariamente deberá ser privado, pues si se utilizan para un fin público para el que no estaban contemplados, estaríamos ante la figura del Artículo 236 de aplicación pública diferente.

2.1.1.2 Modalidades de la acción

⁹³ LABATUT Glenda, Gustavo y ZENTENO Vargas, Julio; Ob. Cit., página 81.

Se ha señalado que “su tipicidad es refleja a la del Artículo 233, en el sentido que entra a operar sobre la base de la realización de la sustracción o de la omisión a que dicha disposición se refiere, seguida del reintegro posterior de los caudales o efectos sustraídos o no devueltos oportunamente”⁹⁴. Dejando a un lado la discusión sobre si el consentir en la sustracción es un caso de acción o de omisión, podemos señalar que la hipótesis del Artículo 235 se caracteriza, al igual que el delito de peculado, porque existe una sustracción de caudales o efectos públicos, y esta se verifica desde el momento en que se aplican estos bienes a usos propios o ajenos, pero lo que diferencia claramente ambas figuras, es que en este último caso existe un posterior reintegro de los bienes, pues si el reintegro no se produce, entonces se sancionará con las penas del delito de peculado.

Se trataría de un tipo penal de comisión, aunque hay quienes sostienen que también existe una hipótesis omisiva de este delito, cuando el funcionario permite que un tercero utilice los caudales o efectos públicos, pues “aunque no se mencione expresamente la conducta omisiva... tal funcionario tiene una posición de garante impuesta por la ley que le obliga a controlar el uso que el particular haga de los bienes”⁹⁵. Sin embargo, creemos que este caso queda comprendido en la hipótesis de comisión, pues se señala claramente que lo que se sanciona es que se aplicaren estos bienes a usos que no corresponden, sin distinguir si es para beneficio personal o de terceros, y en el caso recién señalado se destinan a beneficio de un tercero.

Al igual que en la figura del Artículo 233, debe de tratarse de caudales o efectos puestos a cargo del funcionario público. Sin embargo, en este caso se restringe exclusivamente a caudales y efectos públicos, y no se incluye como en el caso del delito de peculado, los que son de propiedad de particulares. Cabe mencionar que si el objeto material del delito consiste en dinero, esta figura se ha denominado por la doctrina como desfalco.

⁹⁴ POLITOFF, Sergio; MATUS, [Jean Pierre](#); [RAMIREZ, María Cecilia](#); Ob. Cit., página 497.

⁹⁵ MUÑOZ Conde, Francisco; Ob. Cit., página 1019.

2.1.1.3 Momento en que debe producirse el reintegro

En términos generales, y en relación al delito de distracción o uso indebido de caudales o efectos públicos, se ha señalado que “el animo de reintegrar, por su propia naturaleza, es consustancial al uso transitorio o aplicación temporal mínima del recurso malversado, sin que pueda extenderse en el tiempo más allá de lo razonable y prudente de acuerdo con el destino que quiso darle el agente y con las reales posibilidades que tuvo de oportuno reintegro de la cosa⁹⁶”. Respecto a esta afirmación, debemos señalar que si bien es muy lógica, no logra aclarar el problema respecto al momento en que debe realizarse el reintegro, pues es precisamente lo que se debe considerar un tiempo razonable y prudente lo que queda sujeto a discusión.

Se ha señalado también por parte de la doctrina, en relación a la figura de distracción o uso indebido de caudales o efectos públicos, que “el reintegro debe producirse en cualquier momento, dentro del proceso, en que pueda ser acreditado y tomado en consideración para dictar sentencia definitiva”⁹⁷, pero no nos queda claro si se tomará en consideración como atenuante, o para alterar la figura punible en el caso de que en un principio se haya configurado la hipótesis del Artículo 233. En éste último caso, nos parece que la alternativa correcta es considerar el reintegro que se produce iniciada la persecución penal sólo como atenuante de la responsabilidad penal, pues ya habría quedado de manifiesto el ánimo de apropiación definitiva y suponiendo que ya existió un requerimiento y un proceso administrativo, lógicamente el plazo prudente y razonable para reintegrar ya habría caducado.

⁹⁶ RUIZ Pulido, Guillermo; Ob. Cit., página 14.

⁹⁷ BULLEMORE Gallardo, Vivian R. y MACKINNON Roehrs, John R.; Ob. Cit., página 168.

Creemos en todo caso que es necesario que tanto en este tipo penal como en la hipótesis de peculado, el legislador se pronuncie respecto a los efectos que tendrá el reintegro en cada una de las fases en que puede presentarse, para que no queden dichas consecuencias a discreción del intérprete pudiendo generar arbitrariedades.

2.1.2 Tipicidad subjetiva

2.1.2.1 Elementos subjetivos del tipo

Para Labatut la distracción “ha de llevar implícito el ánimo de comportarse como dueño, porque el simple uso indebido de la cosa, reconociendo dominio ajeno, no queda sujeto a sanción... en nuestro derecho no hay peculado de uso”⁹⁸.

Existiendo ánimo de dueño, la principal diferencia entre este delito y el delito de peculado radica en el ánimo de apropiación, que en este caso es sólo temporal pues existe intención de reintegrar los caudales o fondos públicos, en cambio en el delito de peculado, el sujeto quiere apropiarse definitivamente de estos bienes por lo que no existe tal ánimo de reintegro. Es decir, se diferencian ambas figuras “por el elemento subjetivo... en virtud de que se estime concurrente ánimo de apropiación definitivo o temporal”⁹⁹. En este sentido, se ha señalado que “la lectura del Artículo 235 demuestra que la diferencia esencial que separa este delito del sancionado en el Artículo 233 es la intención de reponer. En éste la intención del hechor es apropiarse definitivamente, adueñarse de los caudales o efectos puestos a su cargo; en aquél el malversador piensa reponerlos, desde el momento en que los aplica a usos propios o ajenos con ánimo de reintegrarlos oportunamente”¹⁰⁰.

⁹⁸ LABATUT Glana, Gustavo y ZENTENO Vargas, Julio; Ob. Cit., página 81.

⁹⁹ ETXEBARRIA Zarrabeitia, Xabier; Ob. Cit., página 197.

¹⁰⁰ LABATUT Glana, Gustavo y ZENTENO Vargas, Julio; Ob. Cit., página 81.

Respecto al momento en que se debe presentar este ánimo de apropiación definitivo o temporal, se ha señalado que “siendo el ánimo, el distintivo que debe acompañar a la aprehensión de la cosa, debemos estimar que su consumación se produce en ese instante, pues en ese momento aparece perfecta la figura en actual comisión”¹⁰¹, por lo que en el momento mismo en que se da ejecución al delito se configuraría el tipo penal o de peculado o de distracción o uso indebido de caudales o efectos públicos. Sin embargo, existe la evidente dificultad de establecer dentro de un juicio, si al momento de realizar la sustracción existía ánimo de apropiación definitivo o sólo temporal. A pesar de este inconveniente, se ha señalado que “las dificultades procesales de la prueba de los hechos, cuales son apoderamiento y ánimo, en estos dos casos en examen, jamás deben interferir en la interpretación exclusivamente sustantiva de la figura penal”¹⁰², y por tanto, es en el momento mismo de la sustracción donde el sujeto decide si va a reintegrar o no, cuando queda configurado uno u otro delito.

Se discute si es necesario que exista sólo el ánimo de reintegrar los caudales o efectos sustraídos, o si es necesario el reintegro efectivo de éstos. Ya hemos visto que la mayoría de la doctrina señala, que la diferencia del delito de distracción o uso indebido de caudales o efectos públicos con el delito de peculado residiría en el ánimo de reintegrar los fondos¹⁰³, sin embargo, se ha sostenido que “este tipo penal exige además del simple ánimo, el reintegro efectivo de los fondos, lo que se demuestra con la aplicación de las penas del artículo 233 en caso de no existir dicho reintegro, aunque no exista daño o entorpecimiento del servicio”¹⁰⁴. Coincidimos con esta opinión, ya que resulta dudoso que se deba sancionar de acuerdo al Artículo 235 al funcionario público que sustrae los caudales o efectos con la supuesta intención de reintegrarlos, es decir con ánimo de apropiación temporal, pero que finalmente no los reintegra. Es más, al señalar este artículo que se sancionará con las penas del delito de

¹⁰¹ RUIZ Pulido, Guillermo; Ob. Cit., página 14.

¹⁰² RUIZ Pulido, Guillermo; Ob. Cit., página 14.

¹⁰³ En este sentido: Labatut, Ruiz Pulido, entre otros.

¹⁰⁴ BULLEMORE Gallardo, Vivian R. y MACKINNON Roehrs, John R.; Ob. Cit., página 168.

peculado en caso de que no se realice el reintegro demuestra que por más que el funcionario haya tenido la intención de reintegrar los fondos al momento de efectuar la sustracción, si ésta no se produce no tiene ningún valor para atenuar la penalidad. Además, por razones prácticas, es preferible la segunda posición, ya que como es casi imposible determinar a ciencia cierta si existía ánimo de apropiación definitivo o temporal, la única manera de acercarnos a conocer si existía tal intención es determinando si efectivamente se realizó el reintegro.

2.2 Penas del delito de distracción o uso indebido de caudales o efectos públicos

Para determinar las penas de éste delito hay que distinguir si existió daño o entorpecimiento del servicio público.

Si se produjo daño o entorpecimiento, el funcionario público sufrirá las penas de inhabilitación especial temporal para el cargo u oficio en su grado medio y multa de diez al cincuenta por ciento de la cantidad que hubiere substraído.

Si el uso indebido de los fondos fuera sin daño ni entorpecimiento del servicio público, las penas serán suspensión del empleo en su grado medio y multa del cinco al veinte y cinco por ciento de la cantidad substraída sin perjuicio del reintegro.

3. APLICACIÓN PÚBLICA DIFERENTE

Artículo 236. El empleado público que arbitrariamente diere a los caudales o efectos que administre una aplicación pública diferente de

aquella a que estuvieren destinados, será castigado con la pena de suspensión del empleo en su grado medio, si de ello resultare daño o entorpecimiento para el servicio u objeto en que debían emplearse, y con la misma en su grado mínimo, si no resultare daño o entorpecimiento.

3.1 Sujeto activo y objeto material

La jurisprudencia, a propósito de un proceso instruido en contra de un funcionario de Carabineros, ha señalado que deben concurrir a lo menos tres requisitos para que estemos en presencia del delito de aplicación pública diferente: “ acorde a lo dispuesto en el Código Punitivo para configurar el delito que describe y pena el artículo transcrito se exige la concurrencia de tres requisitos: a) el sujeto activo, que como en todas las demás formas de malversación, debe ser un empleado público que tiene a su cargo en razón de sus funciones caudales o efectos públicos de particulares; b) existencia de un acto de aplicación de esos caudales a fines públicos diversos de aquéllos a que estuvieren destinados; y c) elemento subjetivo que se traduce en la especie principal de culpabilidad, el dolo”¹⁰⁵.

En primer lugar, de la disposición se desprende que el sujeto activo es quien administra los caudales o efectos, y que en virtud de esta facultad tiene la posibilidad de decidir sobre el destino que se les otorga. Comete este delito entonces, el funcionario público que administra estos caudales o efectos públicos, y que arbitrariamente los destina a fines también públicos pero diversos de los que motivaron su entrega. Por ejemplo, el gobierno regional decide entregar a cada municipio una cantidad determinada de dinero para que se invierta en programas

¹⁰⁵ Corte Suprema, Sentencia del 9 de enero de 1997. Disponible en Internet: www.dicomlex.cl, N° Legal Publishing: 14212.

de empleo en la comuna, pero recibido el dinero, uno de los alcaldes decide destinarlo a mejorar el hospital de su comuna que se encuentra en muy malas condiciones. Si bien la menor gravedad de la conducta es evidente, en relación a los delitos analizados anteriormente, porque en este caso se invierten los caudales o efectos en fines también públicos y no particulares, el funcionario no los destina a los fines para los que habían sido contemplados originalmente, por lo que de todas formas se atentaría contra el correcto funcionamiento de la Administración, aunque como señalaremos más adelante, se cuestiona que tal falta deba sancionarse por el ordenamiento jurídico penal.

En cuanto al objeto material, se ha señalado que “los fondos deben tener una destinación específica, diferente a la que se aplica”¹⁰⁶, ya que es la única manera de configurar el delito y entender que efectivamente se les ha dado un destino distinto al que correspondía. No procedería por tanto, aplicar este tipo penal, por ejemplo, respecto a los gastos reservados¹⁰⁷, pues aunque estos bienes deben cumplir una función pública, ésta no se encuentra específicamente detallada y al no contar con una destinación específica mal podría dárseles una aplicación pública “diferente”. Lo que no quiere decir que pueda dárseles a tales bienes cualquier uso, pues la misma ley señala que se establecen estos gastos para ciertos propósitos, pero como no estamos ante el objeto material que señala la ley, no podría configurarse respecto a este caso la hipótesis del Artículo 236, y si los funcionarios públicos a cargo de su administración los destinan a fines particulares, incurrirían en el delito de peculado o enriquecimiento ilícito, o si se concluye que tales bienes fueron invertidos en fines públicos pero excediéndose de las atribuciones contempladas en la ley y se aplicaron a fines que no corresponden, tales funcionarios sólo podrán ser sancionados administrativamente.

¹⁰⁶ BULLEMORE Gallardo, Vivian R. y MACKINNON Roehrs, John R.; Ob. Cit., página 169.

¹⁰⁷ Según el Artículo 2° de la Ley 19.863 gastos reservados son “aquellos egresos que, por el ministerio de esta ley, se faculta realizar a las entidades mencionadas... para el cumplimiento de sus tareas públicas relativas a la seguridad interna y externa y el orden público del país y a las funciones inherentes a la Jefatura de Estado, y que por su naturaleza requieran de reserva o secreto”.

Por otra parte, se ha señalado que el delito aplicación pública diferente es un delito formal o de mera actividad, es decir, su comisión depende de la realización de la conducta típica sin importar si se generó un resultado “pues se perfecciona por la simple aplicación pública distinta de la debida, siempre que ella sea arbitraria, es decir, antojadiza, caprichosa, sin causa, razón o motivo que la justifique”¹⁰⁸. Sin perjuicio de esto, la pena es mayor en caso de que resultare daño o entorpecimiento para el servicio u objeto en que debían emplearse.

Respecto a la expresión arbitraria se ha sostenido con todo acierto, “que se trata de una mención absolutamente innecesaria, por aplicación de las reglas generales a la falta de concurrencia de una causal de justificación o de una causal de exculpación”¹⁰⁹.

3.2 Cuestionamiento de la intervención penal

Existe consenso en la doctrina respecto a la poca gravedad de este delito comparado con los restantes delitos contemplados en el Párrafo V de “Malversación de caudales públicos” tratados anteriormente¹¹⁰, sobretodo si consideramos que los caudales o efectos se destinan a fines públicos y no particulares. Asimismo se ha señalado que “en los delitos anteriores el empleado persigue un lucro indebido, implícito en el *animus rem sibi habendi* (ánimo de hacer propia la cosa); en éste en cambio (en que no es elemento el perjuicio o incluso el beneficio de los intereses públicos), el propósito de obtener un provecho personal está ausente. Por tal motivo, el delito en estudio representa la forma más leve que puede revestir la malversación de caudales públicos y, en el fondo, no es otra cosa que un ilícito administrativo”¹¹¹.

¹⁰⁸ LABATUT Glana, Gustavo y ZENTENO Vargas, Julio; Ob. Cit., página 82.

¹⁰⁹ BULLEMORE Gallardo, Vivian R. y MACKINNON Roehrs, John R.; Ob. Cit., página 169.

¹¹⁰ En este sentido: Etcheberry, Labatut, Muñoz Conde, Rodríguez-Ossandón, entre otros.

¹¹¹ LABATUT Glana, Gustavo y ZENTENO Vargas, Julio; Ob. Cit., página 83.

Siguiendo el criterio de quienes sostienen que se trata simplemente de un ilícito administrativo, el Código Penal Español ha despenalizado el delito de aplicación pública diferente, y se ha restringido la regulación de este tipo de delitos “a supuestos claramente merecedores de pena, suprimiendo, en consecuencia, simples ilícitos administrativos (retención indebida de fondos, denegación de pagos) o infracciones de normas presupuestarias (destino público diferente), que se tipificaban anteriormente como delitos de malversación”¹¹². Si bien en nuestro país han surgido propuestas de reforma, estas iniciativas no han prosperado, por lo que en nuestra legislación la aplicación pública diferente continúa siendo un delito.

3.3 Penas del delito de aplicación pública diferente

La pena se determina según si se generó daño o entorpecimiento del servicio u objeto en que debían emplearse originalmente estos caudales o efectos, o si no se produjeron tales consecuencias. En el primer caso, se castiga con suspensión del empleo en su grado medio, y si no existió daño o entorpecimiento, se castiga con suspensión del empleo en su grado mínimo.

4. NEGATIVA A UN PAGO O ENTREGA

Artículo 237. El empleado público que, debiendo hacer un pago como tenedor de fondos del Estado, rehusare hacerlo sin causa bastante, sufrirá la pena de suspensión del empleo en sus grados mínimo a medio.

Esta disposición es aplicable al empleado público que, requerido por orden de autoridad competente, rehusare hacer entrega de una cosa puesta bajo su custodia o administración.

¹¹² MUÑOZ Conde, Francisco; Ob. Cit., página 1019.

4.1 Tipicidad

Este tipo penal comprende dos hipótesis:

1. El empleado público que debiendo hacer un pago como tenedor de fondos del Estado se rehúsa a hacerlo sin causa justificable.
2. El empleado público que requerido por orden de autoridad competente, rehúsa hacer entrega de una cosa puesta bajo su custodia o administración.

4.2 Características del delito de negativa a un pago o entrega

Respecto a la negativa a un pago o entrega, Labatut señala que “el artículo 237 describe dos casos que no constituyen verdadera malversación, pero que la ley asimila a ella”¹¹³. Concordamos con esta opinión, pues no existe sustracción de los caudales o efectos ni por parte del funcionario ni por parte de un tercero, éstos nunca dejan de permanecer en poder de la Administración y tampoco existe siquiera un ánimo de apropiarse de ellas. Tal sería el caso por ejemplo, del secretario de un tribunal que se niega a girar un cheque a nombre de un particular cuya propiedad fue expropiada, a pesar de existir una resolución por parte del juez en que se ordena girar dicho cheque.

Respecto a las modalidades de la acción de este delito, nos encontramos frente a un caso de omisión propia, pues la conducta se verifica por el incumplimiento de una norma imperativa que está expresamente tipificada en la ley, es decir, la forma de incurrir en el delito es por la abstención de la conducta ordenada, que en este caso es efectuar el pago o entrega.

¹¹³ LABATUT Glana, Gustavo y ZENTENO Vargas, Julio; Ob. Cit., página 83.

Se trata de un delito formal o de mera actividad, pues con la sola realización de la conducta típica se consume el delito, sin importar si efectivamente se generó un resultado dañino para la Administración o para el particular, es más, a diferencia del delito de aplicación pública diferente (también delito de mera actividad), ni siquiera se distingue al momento de aplicar la sanción si existió daño o entorpecimiento para el servicio pues esto es irrelevante.

Respecto a la negativa a un pago o entrega se ha señalado que “ésta última figura tiene un mero parecido con el delito de apropiación indebida, porque no es necesario el perjuicio patrimonial requerido en esta última, ni el intento de invertir la posición de dominio, incorporando la cosa a su patrimonio, ni el *animus rem sibi habendi*. Basta la negativa a la entrega, tratándose de un delito de mera actividad, y de peligro abstracto”¹¹⁴, por lo que estamos además ante un delito especial propio.

Estamos asimismo ante un delito de peligro abstracto, pues no es necesaria la existencia de una lesión o perjuicio para el bien jurídico y además el legislador presume de derecho la existencia de tal peligro, sin que sea posible que el funcionario público se excuse señalando que su conducta no ha generado ningún perjuicio o que dicho peligro nunca existió.

Al igual que en el delito de aplicación pública diferente, se ha cuestionado la necesidad de la intervención penal en el caso de la negativa de pago o entrega¹¹⁵. Consideramos que en este caso estamos básicamente frente a una mala gestión administrativa, por lo que nos encontraríamos más bien frente a un ilícito administrativo que frente a un ilícito penal. El Código Penal Español por su parte, ha despenalizado las conductas de retención, señalándose por la doctrina que “no era sino un mero delito de desobediencia de órdenes de la autoridad o de incumplimiento de normas administrativas, y por tanto suprimible, como

¹¹⁴ BULLEMORE Gallardo, Vivian R. y MACKINNON Roehrs, John R.; Ob. Cit., página 169.

¹¹⁵ En este sentido: Muñoz Conde, Rodríguez-Ossandón, entre otros.

acertadamente ha hecho el nuevo Código penal”¹¹⁶. Creemos que este es el camino que debería seguir nuestro Código, sobretodo si tenemos en cuenta el principio de intervención mínima que rige nuestro sistema de Derecho penal.

4.3 Penas contempladas para la negativa a un pago o entrega

También las sanciones a este delito son propias del Derecho administrativo, lo que es lógico considerando la poca gravedad de la acción, en ambas hipótesis la pena será de suspensión del empleo en sus grados mínimo a medio.

CAPÍTULO TERCERO FRAUDES COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Dentro del Párrafo VI del Título V de nuestro Código Penal, denominado “Fraudes y exacciones ilegales”, encontramos cuatro figuras penales que analizaremos en este capítulo. Se trata de los delitos de fraude al Fisco (Art. 239), negociaciones incompatibles (Art. 240), tráfico de influencias (Art. 240 bis) y exacciones ilegales (Art. 241).

Respecto de los fraudes cometidos contra el Fisco, coincidimos con Serrano cuando señala que “el bien jurídico protegido es, de una parte, el patrimonio estatal, foral y local, y, de otra, el buen funcionamiento de la

¹¹⁶ ETXEBARRIA Zarrabeitia, Xabier; Ob. Cit., página 182.

Administración pública¹¹⁷, pues de la misma manera que en el delito de malversación de caudales públicos analizado anteriormente, se persigue proteger por una parte el correcto ejercicio de la función pública que se ve afectada por la falta de probidad del funcionario público, y por otra, existe en específico un resguardo al patrimonio estatal, ya que mediante la defraudación se persigue “el logro abusivo de una ventaja patrimonial”¹¹⁸ a costa del Estado, y la intención del legislador es precisamente evitar también este perjuicio patrimonial.

1. FRAUDE AL FISCO

Artículo 239. El empleado público que en las operaciones en que interviniera por razón de su cargo, defraudare o consintiere que se defraude al Estado, a las municipalidades o a los establecimientos públicos de instrucción o de beneficencia, sea originándoles pérdida o privándoles de un lucro legítimo, incurrirá en las penas de presidio menor en sus grados medio a máximo, inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio y multa del diez al cincuenta por ciento del perjuicio causado.

1.1 Tipicidad

Podemos distinguir dos hipótesis dentro de este tipo penal:

1. El empleado público que en las operaciones en que interviene por razón de su cargo defrauda al Estado, se trataría de una defraudación directa.
2. El empleado público que en las operaciones en que interviene por razón de su cargo consiente en que se defraude al Estado, caso de defraudación indirecta.

¹¹⁷ SERRANO Gómez, Alfonso y SERRANO Maillo, Alfonso; Ob. Cit. página 830.

¹¹⁸ LABATUT Glana, Gustavo y ZENTENO Vargas, Julio; Ob. Cit., página 83.

1.1.1 Tipo objetivo

1.1.1.1 Sujeto activo y sujeto pasivo

Estamos ante un delito especial, donde el sujeto activo debe tener la calidad de funcionario público. Además de esta calidad, la ley establece como requisito adicional que la autoridad o funcionario intervenga en razón de su cargo, es decir, dentro de la esfera de sus atribuciones o competencias específicas. Por lo que si el funcionario comete fraude, pero actuando fuera del ámbito de sus atribuciones, deberá ser sancionado por el delito de estafa contemplado en el Artículo 467, y si se prevaleció de su carácter de funcionario público para cometer el delito, será procedente aplicar además la agravante del Artículo 12 N° 8¹¹⁹, pero no corresponderá aplicar la figura de fraude al Fisco contemplada en el Artículo 239.

Se señala como sujeto pasivo el Estado o Administración Pública en general, sin embargo, hay que tener presente la distinción que se realiza con ocasión de la defraudación directa mediante engaño, entre el ofendido por el delito y el sujeto pasivo del fraude, respecto a esta distinción se ha señalado que “el primero corresponderá a la Administración Pública y el segundo, a un funcionario que tenga competencias similares a las del sujeto activo para interferir en la operación respectiva, pero no es necesario que tenga competencia específica para la disposición de los bienes determinados”¹²⁰, es decir, el requisito de que el funcionario actúe en razón de sus funciones y dentro de la esfera de sus atribuciones, se aplica sólo al sujeto activo.

¹¹⁹ “Prevalerse del carácter público que tenga el culpable”.

¹²⁰ SALAS Donoso, Pablo; Ob. Cit., página 35.

1.1.1.2 El perjuicio patrimonial

La jurisprudencia ha sostenido que deben concurrir a lo menos tres requisitos para que estemos en presencia del delito de fraude al Fisco. En el caso de una imputada por el delito en cuestión, que posteriormente fue absuelta por faltar uno de estos requisitos, se señaló por la Corte de Apelaciones de Santiago: “Para que concurra la figura antes transcrita, deben reunirse diversos requisitos: a) existencia de una pérdida o privación de un legítimo lucro o ganancia, b) que dicha pérdida o privación de ganancia se produzca en una operación celebrada por el fisco con un particular, c) Que la referida pérdida o privación encuentre su origen en la participación punible de un funcionario público”¹²¹.

En nuestro Código Penal, el delito de fraude al Fisco está tipificado como un delito de resultado, exigiéndose que el fraude haya originado una pérdida o una privación de un lucro legítimo al Fisco. Ya sea que el funcionario público defraude o consienta en la defraudación, deberá existir necesariamente, un perjuicio como resultado del actuar defraudatorio.

Distinto es el caso en el Código Penal Español, donde este delito se consagra como un delito formal o de mera actividad, y por tanto no se exige la concurrencia de perjuicio pues “el delito queda consumado con el acuerdo entre el funcionario y el particular o la puesta en marcha del artificio de que se trate, siempre que se aprecie la mencionada finalidad defraudatoria, sin que sea necesaria la existencia de un perjuicio efectivo para la Administración. Si se produce, la doctrina entiende que habrá un concurso con la estafa”¹²².

Que estemos en presencia de un delito de resultado no es menor, sobretodo en cuanto a las formas imperfectas de comisión del delito, pues en atención al resultado exigido por el tipo penal, es posible que se configure la

¹²¹ Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia del 14 de mayo de 2003. Disponible en Internet: <http://www.emol.com/noticias/documentos/mop.asp>

¹²² CONDE-PUMPIDO Ferreiro, Cándido; Ob. Cit, página 1273.

hipótesis de fraude al Fisco contemplado en el Artículo 239, en grado de tentativa o de delito frustrado.

1.1.1.3 Beneficio económico

Existe consenso en la doctrina, respecto a que en nuestro ordenamiento jurídico se exige la concurrencia del perjuicio para que estemos en presencia de esta hipótesis, sin embargo, surge la duda respecto de si tal perjuicio debe traducirse en un beneficio correlativo para el sujeto activo o un tercero.

Parte de la doctrina ha señalado que “el beneficio no es un elemento del tipo y tampoco forma parte del resultado, sin perjuicio de lo cual puede efectivamente concurrir, tanto en provecho del funcionario como de un tercero”¹²³. En este mismo sentido, se ha señalado que no se requiere “un beneficio para el funcionario, que puede no recibir ninguno, sino actuar por amistad, espíritu de venganza, etc.”¹²⁴. Concordamos con esta opinión, y en atención a los términos en que está tipificado este delito, basta con que exista un perjuicio patrimonial para el Fisco, sin que se exija por el tipo penal que este perjuicio se traduzca en un beneficio económico personal, ya sea del funcionario público o de un tercero.

Esto es más evidente aún, en la segunda hipótesis contemplada en el tipo penal, donde el funcionario público consiente en la defraudación. Supongamos por ejemplo que un funcionario del Banco Estado consiente en que su primo defraude al Fisco, sin que ello implique que el mismo vaya a mejorar su situación patrimonial sino que lo hace por otro tipo de consideraciones. En este caso, aún

¹²³ SALAS Donoso, Pablo; Ob. Cit., página 30.

¹²⁴ ETCHEBERRY O, Alfredo; Ob. Cit., página 247.

cuando el funcionario público no se beneficia económicamente, es claro que sigue configurándose el mencionado delito; lo mismo sucedería si una vez que el primo se retira del banco, es asaltado y pierde todo el dinero, en esta hipótesis, sigue existiendo un perjuicio para el Estado aún cuando el tercero en definitiva no haya obtenido beneficios económicos.

1.1.2 Tipo subjetivo

Existe consenso en la doctrina respecto a que este delito no se puede cometer en forma culpable, restringiendo así su comisión a hipótesis en que existe dolo por parte del agente. En ambas hipótesis, ya sea que se defraude o que se consienta en la defraudación, debe existir dolo, ya que tales expresiones suponen conocimiento y voluntad de realización. Sin embargo, se discute si se aceptará sólo el dolo directo o si será posible su comisión existiendo dolo eventual, inclinándose la doctrina mayoritaria a favor de la primera postura.¹²⁵

1.2 Clasificaciones

1.2.1 Delito especial: impropio y propio

Como señaláramos anteriormente, la primera hipótesis del delito de fraude al Fisco, se presenta cuando el funcionario público defrauda al Estado, en las operaciones en que interviene por razón de su cargo. En este caso estamos frente a un delito especial impropio, pues la calidad del sujeto activo no es el fundamento mismo de la punibilidad, sino que justifica una modificación de la responsabilidad penal, ya que en el Artículo 467 de nuestro Código Penal se contempla el delito de estafa, que sanciona prácticamente la misma conducta del delito de fraude al Fisco (defraudar) cuando la acción es cometida por un particular.

¹²⁵ En este sentido: Bullemore – Mackinnon, Politoff-Matus-Ramírez, Serrano, entre otros.

En la segunda hipótesis contemplada en el Artículo 239, esto es, cuando el empleado público consiente en que un tercero defraude al Estado, estamos ante un delito especial propio, y que tiene además la particularidad de establecer como figura autónoma, una conducta que podría ser considerada de participación de no existir este tipo penal (pues el funcionario público debería ser considerado cómplice del particular).

1.2.2 Fraude por engaño y por abuso de confianza

Nos encontramos frente a un delito de apropiación por medios inmateriales, donde el verbo rector consiste en defraudar, aunque como se mencionó anteriormente, también comete este delito el funcionario público que consiente en que un tercero cometa la defraudación contra el Estado (caso de delito especial propio). En términos generales, se ha señalado que defraudar implica el causar un perjuicio patrimonial a otro mediante fraude¹²⁶; y el fraude es el “medio o modo de obrar engañoso o abusivo de confianza de que se vale una persona para obtener un resultado típico”¹²⁷. Entendemos por defraudar entonces, el perjuicio patrimonial que se causa a un tercero mediante engaño o por abuso de confianza.

Se distinguen dos medios de cometer fraude, en el primer caso, se realiza una conducta que busca originar un error en la víctima, de manera que ésta realice una disposición patrimonial que le es perjudicial y que de no mediar el engaño no hubiese realizado, y respecto al segundo caso, de fraudes cometidos por abuso de confianza, se señala que existen “infracciones voluntarias a deberes contractuales o incumplimiento voluntario de obligaciones legales”¹²⁸, y de esta manera el sujeto activo logra apropiarse de los bienes.

¹²⁶ SALAS Donoso, Pablo; Ob. Cit., página 22.

¹²⁷ BULLEMORE Gallardo, Vivian R. y MACKINNON Roehrs, John R.; Ob. Cit., página 71.

¹²⁸ BULLEMORE Gallardo, Vivian R. y MACKINNON Roehrs, John R.; Ob. Cit., página 81.

Cabe mencionar además, que parte de la doctrina ha considerado el incumplimiento de deberes como un medio idóneo para cometer fraude al Fisco¹²⁹, esto se justificaría porque el sujeto pasivo ha depositado su confianza en el funcionario público y por consiguiente ha disminuido sus medios de defensa privada, de manera que queda desprotegido ante eventuales irregularidades que cometa el funcionario, precisamente porque ha depositado su confianza en él.¹³⁰

La doctrina mayoritaria exige como requisito esencial en el delito de fraude al Fisco, que exista engaño por parte del sujeto activo¹³¹, sosteniendo que estamos ante una “conducta fraudulenta, con engaño, para obtener la disposición de fondos a su favor o de un tercero”¹³² y que “tratándose de una forma de estafa o defraudación, exige para su consumación del engaño y el perjuicio”¹³³. En relación a este punto debemos mencionar someramente, que existen diversas posturas en atención al grado en que se debe desarrollar este engaño para producir efectos penales, hay quienes señalan que bastaría la sola mentira para configurar el engaño¹³⁴, y hay quienes sostienen que aquella no es suficiente, y que se requiere en cambio, de un conjunto de maniobras fraudulentas¹³⁵, nos inclinamos por la primera opinión.

La doctrina minoritaria¹³⁶, considera que el engaño no es un elemento indispensable para configurar este delito, y de aceptar este postulado se amplía considerablemente el campo de aplicación del delito de fraude al Fisco. En este mismo sentido, se pronuncian aquellos autores que defienden el incumplimiento de deberes funcionarios como medio idóneo para cometer fraude al Fisco, pues

¹²⁹ En este sentido: Etcheberry, Urrejola, entre otros.

¹³⁰ URREJOLA González, Eduardo; “El incumplimiento de deberes funcionarios como medio idóneo para cometer fraude al Estado”; Revista de Derecho, Consejo de Defensa del Estado de Chile; N° 6, abril 2002, página 3.

¹³¹ En este sentido: Bullemore-Mackinnon, Politoff-Matus-Ramirez, entre otros.

¹³² BULLEMORE Gallardo, Vivian R. y MACKINNON Roehrs, John R.; Ob. Cit., página 169.

¹³³ POLITOFF, Sergio; MATUS, [Jean Pierre](#); RAMIREZ, [María Cecilia](#); Ob. Cit., página 498.

¹³⁴ En este sentido: Etcheberry, Orts, Politoff-Matus-Ramirez, Urrejola, entre otros

¹³⁵ Si bien diversos autores nacionales hacen referencia a esta discusión, entre ellos Etcheberry, Politoff-Matus-Ramirez, entre otros, ninguno se pronuncia a favor de esta segunda postura.

¹³⁶ En este sentido: Etcheberry, Urrejola, entre otros.

sostienen que “no es menester que concurra el engaño por parte del agente, sin perjuicio de que éste o la simple mentira sean por su parte otros medios igualmente aptos para su configuración o que puedan concurrir en el sujeto activo conjuntamente con el incumplimiento de deberes funcionarios”¹³⁷.

Respecto a la segunda modalidad de defraudación, esto es, aquella cometida por abuso de confianza, “la doctrina no analiza en profundidad el tema, mas lo acepta como modalidad de comisión de la defraudación directa, pues relacionan aquél con el incumplimiento de deberes u obligaciones y, por ende, éste último es tenido como modalidad idónea para defraudar al Estado”¹³⁸. En el mismo sentido se pronuncia Etcheberry, quien ha señalado que “el fraude se caracterizaba por la producción de un perjuicio, y que el medio de producirlo era o el engaño o el incumplimiento de ciertos deberes. Cualquiera de estas formas es apta para dar origen al delito que nos ocupa”¹³⁹.

Podemos sostener entonces, que el delito de fraude al fisco contemplado en el Artículo 239, que para algunos consistiría en un delito de estafa agravado por los sujetos involucrados, puede ser cometido tanto por engaño como por abuso de confianza, y que además hay quienes incluyen el incumplimiento de deberes como un caso de abuso de confianza.

1.3 Penas contempladas para el delito de fraude al Fisco

Quien incurra en esta conducta, sufrirá las penas de presidio menor en sus grados medio a máximo, inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio, y por último, se condena a una multa del diez al cincuenta por ciento del perjuicio causado.

¹³⁷ URREJOLA González, Eduardo; Ob. Cit., página 2.

¹³⁸ SALAS Donoso, Pablo; Ob. Cit., página 25.

¹³⁹ ETCHEBERRY O, Alfredo; “Derecho Penal”, Tomo IV; Editorial Jurídica de Chile, 1998, página 247.

Como podemos ver, las penas son superiores a la de todos los delitos analizados anteriormente. Además, en el delito de fraude al Fisco, a diferencia de lo que sucedía por ejemplo en el delito de peculado, donde al momento de establecer la pena se consideraba si había existido o no reintegro de los bienes sustraídos, el legislador ha considerado que la gravedad de la conducta no disminuye por el hecho de existir el reintegro de los bienes apropiados. Respecto a este punto el Ministerio Público ha señalado que “la circunstancia de restituir posteriormente el empleado los fondos sustraídos o desviados, o de reparar por cualquier medio, normalmente económico, el perjuicio causado, que suele ocurrir con cierta habitualidad, no puede considerarse que elimine la responsabilidad penal...”¹⁴⁰. Coincidimos con este planteamiento, sin perjuicio de que esta circunstancia pueda tener relevancia para la configuración de la atenuante contemplada en el Artículo 11 N^o 7¹⁴¹.

Respecto a la multa, consideramos que dichos montos se justifican sólo si consideramos que el beneficio no es un elemento del tipo y en el caso de que éste no haya existido, sin embargo, si el sujeto activo se vio beneficiado económicamente con su actuar, de manera tal que su beneficio económico es igual o mayor al perjuicio patrimonial causado, lo lógico es que reintegre al menos la suma total del perjuicio causado, pues no parece justo, por ejemplo, que el funcionario público que es condenado por fraude al Fisco, por destinar mediante engaño, nueve millones de pesos del erario público a fines personales, sea condenado a restituir sólo novecientos mil pesos, correspondientes al 10% de lo defraudado.

2. NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES

¹⁴⁰ Oficio N° 142. Ministerio Público, Fiscalía Nacional.

¹⁴¹ “Si ha procurado con celo reparar el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias”.

Artículo 240. El empleado público que directa o indirectamente se interesare en cualquiera clase de contrato u operación en que debe intervenir por razón de su cargo, será castigado con las penas de reclusión menor en su grado medio, inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio y multa del diez al cincuenta por ciento del valor del interés que hubiere tomado en el negocio.

Esta disposición es aplicable a los peritos, árbitros y liquidadores comerciales respecto de los bienes o cosas en cuya tasación, adjudicación, partición o administración intervinieren, y a los guardadores y albaceas tenedores de bienes respecto de los pertenecientes a sus pupilos y testamentarias.

Las mismas penas se impondrán a las personas relacionadas en este artículo, si en el negocio u operación confiados a su cargo dieren interés a su cónyuge, a alguno de sus ascendientes o descendientes legítimos por consanguinidad o afinidad, a sus colaterales legítimos, por consanguinidad hasta el tercer grado inclusive y por afinidad hasta el segundo también inclusive, a sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos, o a personas ligadas a él por adopción.

Asimismo, se sancionará con iguales penas al empleado público que en el negocio u operación en que deba intervenir por razón de su cargo diere interés a terceros asociados con él o con las personas indicadas en el inciso precedente, o a sociedades, asociaciones o empresas en las que dichos terceros o esas personas tengan interés social, superior al diez por ciento si la sociedad es anónima, o ejerzan su administración en cualquiera forma.

2.1 Bien jurídico

Respecto al bien jurídico protegido en el delito de negociación incompatible, se ha sostenido que “se protege la transparencia en el ejercicio de la función

pública en el doble aspecto de correcto funcionamiento de la Administración y mantenimiento del prestigio y neutralidad de los funcionarios entre los administradores”¹⁴²; asimismo se ha señalado que “el bien jurídico protegido es la transparencia en la celebración de contratos y otras actividades de la Administración”¹⁴³. Coincidimos con estos planteamientos y a nuestro entender, si bien se protege en primer lugar el correcto ejercicio de la función pública, se resguardan además en particular, los principios de transparencia e imparcialidad con que deben actuar los funcionarios públicos en el proceso de toma de decisiones en el desempeño de sus funciones.

2.2 Tipicidad

Podemos distinguir cinco hipótesis dentro del delito de negociación incompatible:

1. El empleado público que se interesare en cualquiera clase de contrato u operación en que debe intervenir por razón de su cargo.
2. El perito, árbitro o liquidador comercial, que se interesare en los bienes o cosas en cuya tasación, adjudicación, partición o administración interviniere.
3. El guardador o albacea tenedor de bienes, que se interesare en los pertenecientes a sus pupilos y testamentarias.
4. Caso en que las persona recién señaladas, en los negocios u operaciones confiados a su cargo, dieren interés a su cónyuge, ascendientes, descendientes o a determinados colaterales.
5. El funcionario público que diere interés a terceros asociados con él o con las personas indicadas anteriormente, o a sociedades, asociaciones o empresas en las que dichos terceros o esas personas tengan interés social,

¹⁴² CONDE-PUMPIDO Ferreiro, Cándido; Ob. Cit, página 1277.

¹⁴³ SERRANO Gómez, Alfonso y SERRANO Maillo, Alfonso; Ob. Cit. página 833.

superior al diez por ciento si la sociedad es anónima, o ejerzan su administración en cualquiera forma.

2.2.1 Tipicidad objetiva

2.2.1.1 Verbo rector

El verbo rector consiste en interesar, admitiendo dos modalidades, puede suceder que el funcionario público se interese personalmente o diere interés a un tercero, en contratos u operaciones en que deba intervenir por razón de su cargo. Según el Diccionario de la Real Academia Española, interesar significa “dar parte a alguien en un negocio o comercio en que pueda tener utilidad o interés”; y por interés se entiende “provecho o ganancia”.

Se discute el alcance jurídico del concepto de interés, una parte de la doctrina defiende un concepto amplio haciendo referencia a cualquier clase de provecho o ganancia, y por otra parte, hay quienes limitan el concepto de interés y le asignan un carácter exclusivamente económico.

En defensa del concepto amplio, se sostiene que si se interpreta económicamente el interés, el sujeto activo necesariamente debería participar de las ganancias, presupuesto que el tipo no exige, y en segundo lugar, hay que tener presente el bien jurídico protegido, que no es el patrimonio sino la imparcialidad con que debe intervenir el funcionario, la que puede verse afectada por cualquier tipo de interés del sujeto activo y no sólo económico. A favor de la segunda postura se señalan como argumentos: la ubicación del precepto dentro del párrafo de “Fraudes y exacciones ilegales”; la referencia en el inciso 2º a los conceptos de bienes y cosas, expresiones que tienen un sentido económico; el mismo nombre que se le asigna a este delito negociación incompatible, implica la acción de negociar, es decir, intervenir en un intercambio de valores; y por último,

la pena de multa que se asigna al delito en relación al interés que hubiere tomado en el negocio el sujeto activo, si dicho interés no fuera patrimonial resultaría inaplicable la pena prevista.¹⁴⁴

Nos parece que la figura contemplada en el Artículo 240, hace referencia a un interés exclusivamente económico, sin perjuicio de esto, coincidimos con la opinión que se centra en atender al bien jurídico protegido para determinar el alcance del concepto, y si señalamos que con este tipo penal se busca resguardar en específico los principios de transparencia e imparcialidad, es claro que dichos principios se ven vulnerados cualquiera sea el interés del funcionario que interviene, por lo que en nuestra opinión, lo más óptimo hubiera sido que el legislador adoptara el concepto amplio de interés.

2.2.1.2 Modalidades de la acción

Se trata de un tipo penal de comisión, y respecto a la conducta que debe adoptar el agente se ha señalado que “no basta con ser parcial, es menester que se intervenga como parte, porque si el actuar del agente se limita a ser parcial, pero no interviene como parte cometerá una falta administrativa u otro delito, pero no el de negociaciones incompatibles”¹⁴⁵.

Nos parece que no es posible que se configure este delito de manera omisiva, pues como señalamos anteriormente, el verbo rector consiste en interesar y además, el sujeto activo debe intervenir como parte en el negocio, y no es posible imaginar que el sujeto activo se interese e intervenga en el negocio sino por medio de actos positivos.

¹⁴⁴ AGUAYO Moya, Oscar; Ob. Cit., página 52.

¹⁴⁵ AGUAYO Moya, Oscar; Ob. Cit., página 54.

Dentro de la hipótesis comisiva, podemos identificar dos modalidades o conductas punibles, el interesarse y el dar interés, puede suceder entonces, que la comisión del delito tenga por finalidad el interés del propio sujeto activo, o bien, de su cónyuge, ciertos familiares o personas con quien tiene vínculos comerciales; y esto se justificaría porque “si bien no se trata de un fraude actual, se procura prohibir el riesgo de fraude que al legislador le ha parecido ver implícito en la ejecución de negocios consigo mismo o con personas con las cuales el autor está unido por un vínculo conyugal o parental”¹⁴⁶.

La primera conducta señalada habla de interesarse, y este interés personal puede tratar de obtenerse, según señala expresamente el tipo penal, directa o indirectamente. Estaremos frente a esta última posibilidad, cuando el sujeto activo se vale de un tercero para dar una apariencia de legalidad a su conducta, pero en realidad lo que se persigue es un beneficio personal del sujeto activo y no de esta tercera persona; a este tercero se le denomina comúnmente por la doctrina, testaferro o palo blanco.

Ahora bien, la forma en que se puede materializar este interés es variada, existe tal interés si el funcionario público percibe un beneficio económico personalmente, si tal interés va en beneficio de un tercero, o incluso si tal interés se traduce en el perjuicio patrimonial de un tercero. Veamos un ejemplo del primer caso, incurriría en el delito de negociación incompatible, el funcionario público que compra para el Servicio en que trabaja, un inmueble de su propiedad por un valor muy superior al valor real. Ejemplo de la segunda hipótesis mencionada, sería el caso en que el inmueble que compra el funcionario, es de propiedad de un amigo, en cuyo caso el beneficio económico es claramente a favor de un tercero. Y por último, podemos imaginar un caso de negociación incompatible, en que el funcionario público encargado de elegir a los proveedores, excluya a una determinada empresa sólo porque el dueño es alguien con quien tuvo problemas en el pasado, y por tanto no quiere que esta persona se vea beneficiada

¹⁴⁶ POLITOFF, Sergio; MATUS, [Jean Pierre](#); RAMIREZ, [María Cecilia](#); Ob. Cit., página 500.

económicamente, en este caso, es claro que existe interés por parte del funcionario (interés económico), aún cuando no se vaya a traducir en un aumento de su propio patrimonio, en este último caso, creemos que si se prueba que el funcionario se interesó en los términos señalados, debería ser sancionado por incurrir en la conducta tipificada en el Artículo 240.

En relación a la segunda modalidad, de dar interés, lo que se sanciona es que el sujeto activo aprovechándose de su cargo, beneficie a través de cualquier clase de contrato u operación en que debe intervenir por razón de su cargo, a su cónyuge, familiares o personas con quien tiene relaciones comerciales, pues se considera que de la misma forma que en el caso anterior, existe un conflicto de intereses que afectará la transparencia e imparcialidad con que el funcionario público debe tomar decisiones en el desempeño de su cargo.

Como el legislador señala de manera taxativa a las personas a quienes se incluye en la hipótesis de dar interés, la conducta del funcionario público que le otorga una concesión millonaria a su mejor amigo, quedaría en la impunidad bajo esta hipótesis, lo que es gravísimo, considerando que se ha vulnerado de igual manera el bien jurídico protegido. Esta laguna podría verse solucionada, si consideramos que el interés que puede tener el funcionario es amplio y no sólo económico, pues en dicho caso, la conducta mencionada anteriormente, tendría cabida en la modalidad de interesarse, y no quedaría en la impunidad.

En cuanto al tercero a quien se diere el interés, si sólo se benefició con el delito sin tener participación en él, su conducta es atípica y por tanto impune. En este sentido se pronunció la Corte de Apelaciones respecto al caso seguido por el Consejo de Defensa del Estado contra el Director de la Central Nacional de Informaciones, donde el delito de negociación incompatible se configuró pues éste último vendió un inmueble de propiedad de la institución, a una sociedad donde tenía participación su cuñado y posteriormente su hermana; en este caso, se señaló que “en la hipótesis de dar interés, donde aparecen los parientes, si éstos

no actúan en forma de inducir la conducta a que el funcionario tome interés ni a que éstos den interés, y se limitan a recibirlo, no pueden resultar penalmente responsables”¹⁴⁷, y por esta razón se absuelve a la hermana del funcionario pues se establece que nunca tuvo la representación de la sociedad ni participó en la conversaciones tendientes a materializar la compra del inmueble, por lo que mal podría ser considerada partícipe del delito.

Cabe señalar que estamos ante un delito formal o de mera actividad, “no se exige que el funcionario haya obtenido un beneficio efectivo, ni tampoco se exige un perjuicio para el Estado”¹⁴⁸. La conducta sancionada consiste simplemente en tomar interés o en dar interés, siendo irrelevante que finalmente con la conducta no se obtenga el interés perseguido o no se haya generado un perjuicio patrimonial para el Estado, lo que es lógico si consideramos el bien jurídico protegido.

El delito de negociación incompatible es un delito de peligro abstracto, pues “se consuma con la sola ejecución de las conductas descritas en sus diferentes incisos, sin que se requiera la verificación de un resultado o perjuicio para el patrimonio fiscal, y ni siquiera que deba acreditarse el que dicho patrimonio ha corrido realmente un riesgo de ser afectado, puesto que éste se supone ínsito ya en la realización de los comportamientos prohibidos”¹⁴⁹. Si bien compartimos esta última opinión, en el sentido de que se trata de un delito de peligro abstracto pues para que se consume el delito no se requiere la existencia de un resultado ni de perjuicio, no estamos de acuerdo en que el bien jurídico protegido sea el patrimonio estatal, y consideramos que el fin último de protección penal es la transparencia e imparcialidad con que deben actuar los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones.

¹⁴⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia del 18 de octubre de 2005. Disponible en Internet: www.dicomlex.cl, N° Legal Publishing: 35897.

¹⁴⁸ BULLEMORE Gallardo, Vivian R. y MACKINNON Roehrs, John R.; Ob. Cit., página 171.

¹⁴⁹ POLITOFF, Sergio; MATUS, [Jean Pierre](#); [RAMIREZ, María Cecilia](#); Ob. Cit., página 499.

Si consideramos el bien jurídico protegido, podemos entender la lógica del legislador al tipificar este delito como un delito de peligro, pues se presume el daño o peligro que corre el bien jurídico (principios de probidad, transparencia e imparcialidad) desde el momento mismo en que se antepone los intereses particulares a los deberes impuestos por el cargo, por lo que no deja de ser punible la conducta sólo por el hecho de que el contrato u operación no haya perjudicado al Fisco o incluso si de alguna manera lo ha beneficiado.

2.2.13 Extensión del sujeto activo en el delito de negociación incompatible

Estamos ante un delito especial, pues sólo puede ser cometido por ciertas personas que detentan una calidad especial señalada en la ley. Sin embargo, el sujeto activo en el delito de negociación incompatible es mucho más amplio que en los delitos funcionarios analizados anteriormente, pues puede incurrir en esta conducta punible no sólo el funcionario público, sino también un perito, árbitro, liquidador comercial, guardador o un albacea tenedor de bienes.

Se ha señalado que se justificaría la extensión del sujeto activo que realiza el inciso 2º del artículo 240, pues “aunque no sean empleados públicos, existe la misma posibilidad de que abusen de sus cargos y antepongan su interés personal al de las personas cuya guarda o protección les encomienda la ley”¹⁵⁰. Estamos de acuerdo con esta afirmación, en el sentido de que es válida la preocupación del legislador porque estas personas desempeñen sus cargos de manera correcta, pero por otra parte está claro que en aquellos casos en que el nombramiento responda a un simple acuerdo entre particulares, el bien jurídico tutelado no será el correcto funcionamiento de la Administración o el correcto ejercicio de una función pública, por lo que si bien nos parece que se trata de una conducta reprochable, si no existen funcionarios públicos involucrados es cuestionable que se incluya la conducta de estos sujetos activos en esta parte del Código Penal, referida a crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

¹⁵⁰ LABATUT Glenda, Gustavo y ZENTENO Vargas, Julio; Ob. Cit., página 84.

Como sabemos, nuestro Código Penal nos entrega un concepto de funcionario público, pero no sucede lo mismo respecto a los demás sujetos activos del delito, por lo que los conceptos de perito, árbitro, liquidador comercial, guardador o albacea tenedor de bienes, todos ellos elementos normativos del tipo, deben ser interpretados según lo señalado por la legislación vigente o la doctrina, según corresponda, para ser adecuadamente valorados y así poder determinar si una persona se encuentra efectivamente ocupando alguno de estos cargos y por tanto puede ser sujeto activo del delito.

2.2.1.4 El objeto material

Se exige como requisito para configurar el delito, que el funcionario público o personas que la ley señala, se interesaren en un contrato u operación en que deban intervenir por razón de su cargo.

Respecto a los términos contrato y operación, se ha señalado que deben ser entendidos en sentido amplio, comprensivo de cualquier contrato ya sea privado o administrativo y en general de cualquier operación capaz de producir obligaciones, “esto último debido a que el delito se configura por ostentar la calidad de funcionario y el acto de interesarse, por lo mismo el delito no existe en el acto mismo, sino en el interés del agente”¹⁵¹.

Se señala además en el tipo penal, que debe tratarse de aquellos contratos u operaciones en que el funcionario interviene por razón de su cargo. Respecto a este último requisito, la Corte de Apelaciones de Santiago ha señalado “Que de la norma transcrita, aparece de manifiesto que uno de los elementos del tipo es, precisamente, el que el funcionario público intervenga en razón del cargo esto es,

¹⁵¹ AGUAYO Moya, Oscar; Ob. Cit., página 59.

en el ejercicio ordinario de la función para la cual ha sido designado”¹⁵², pues es precisamente la intervención en el ámbito de sus funciones, lo que atenta contra los bienes jurídicos en juego.

2.2.2 Tipo subjetivo

Respecto al tipo subjetivo en el delito de negociación incompatible, se ha descartado la posibilidad de que sea cometido culpablemente, restringiendo su aplicación a aquellos casos en que existe dolo por parte del sujeto activo, lo que parece lógico si consideramos el verbo rector y las modalidades de comisión del delito, pues ambas conductas, de interesarse y de dar interés, suponen necesariamente conocimiento y voluntad de realización por parte del agente.

Se discute si su comisión requiere exclusivamente dolo directo o si es posible su comisión existiendo dolo eventual. La doctrina mayoritaria se inclina por sostener que este delito sólo puede cometerse con dolo directo¹⁵³, señalando además que “no es procedente el castigo de quien ha actuado con dolo eventual, puesto que la voluntad final exigida en el tipo es incompatible con algo que probablemente ocurrirá”¹⁵⁴.

2.3 Penas contempladas para el delito de negociación incompatible

Ambas modalidades, de interesarse o dar interés, se sancionan con las mismas penas, lo que es lógico si se considera que en ambos casos se afecta de la misma manera el bien jurídico. Las penas contempladas son de reclusión menor en su grado medio, inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio, y multa

¹⁵² Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia del 25 de Marzo de 2004. Disponible en Internet: <http://jurischile.com//2005/02/negociacin-incompatible-intervencion-de.html>

¹⁵³ En este sentido: Bullemore-Mackinnon, Rodríguez-Ossandón, entre otros.

¹⁵⁴ AGUAYO Moya, Oscar; Ob. Cit., página 63.

del diez al cincuenta por ciento del valor del interés que hubiere tomado en el negocio.

3. TRÁFICO DE INFLUENCIAS

Artículo 240 bis. 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 tercero 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. En los casos a que se refiere este artículo el juez podrá imponer la pena de inhabilitación absoluta perpetua para cargos u oficios públicos.

3.1 Concepto de tráfico de influencias

Nos parece necesaria una aproximación al concepto de tráfico de influencias para entender mejor en que consiste esta conducta, sin embargo, hay que señalar que no existe en doctrina consenso respecto a una definición del delito. A pesar de esto, en términos generales, podemos entender que el delito de tráfico de influencias es “aquella figura delictiva en virtud de la cual un funcionario público o un particular intervienen en el proceso mental que motiva a un funcionario a adoptar una decisión de carácter publico, en procura de obtener un

beneficio de carácter económico para sí o para un tercero”¹⁵⁵. Señalamos que esta descripción es en términos generales, pues no se identifica cabalmente con la figura contemplada en nuestro Código Penal, pues como señalaremos más adelante en nuestro ordenamiento jurídico se limita el sujeto activo sólo a funcionario público.

3.2 Bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias

El bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias, es “el recto funcionamiento de la Administración, obligada a satisfacer con objetividad los intereses generales, y muy especialmente el principio de imparcialidad”¹⁵⁶. Se atenta en este delito contra el correcto funcionamiento de la Administración, debido a la falta de probidad del funcionario público y se atenta en especial contra el principio de imparcialidad que debe regir el actuar de los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones, pues es evidente que en el ejercicio de su cargo sus decisiones deben atender al bien común y no al beneficio de alguna tercero en particular o en interés propio.

Por otra parte, hay quienes señalan que el bien jurídico protegido sería sólo el correcto ejercicio de la función pública, siendo el principio de imparcialidad sólo un componente o subprincipio de la noción de función pública, pero que no corresponde que sea elevado a la categoría de bien jurídico; se sostiene así que “en la figura del artículo 240 bis existe un atentado contra la función pública reconocido como el bien jurídico de carácter general tutelado, el cual atendida la estructura compuesta de la conducta delictiva, se desdobra y concreta en una lesión contra los principios de primacía del interés general y de imparcialidad, los

¹⁵⁵ VERA Vega, Jaime Andrés; “El delito de tráfico de influencias en la legislación chilena”; Memoria para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Valparaíso, 2002, página 17.

¹⁵⁶ CONDE-PUMPIDO Ferreiro, Cándido; Ob. Cit, página 1257.

cuales, deben inspirar la actividad de quien presta un servicio publico”¹⁵⁷. Sin embargo, y como señalamos en el Capítulo Primero, nos inclinamos por la doctrina que entiende que existen delitos pluriofensivos, en que el legislador busca resguardar más de un bien jurídico y consideramos que precisamente el delito de negociación incompatible cabe en esta categoría.

3.3 El delito de tráfico de influencias y la Convención Interamericana contra la Corrupción

El delito de tráfico de influencias sólo aparece tipificado en nuestra legislación desde el año 1999, con la dictación de la Ley 19.645 que modifica disposiciones del Código Penal que sancionan delitos de corrupción.

Si bien la inquietud de modernizar la legislación respecto a este tipo de delitos aparece unos años antes, no se puede negar la influencia que tuvo la Convención Interamericana contra la Corrupción suscrita el año 1996, a la hora de adoptar las modificaciones de nuestro Código; pues en ella los Estados Partes se comprometen, para lograr los objetivos de la Convención, a tipificar diversas conductas entre ellas el tráfico de influencias.

Esta Convención, en su artículo XI letra c, hace referencia el delito de tráfico de influencias como:

“Toda acción u omisión efectuada por cualquier persona que, por sí misma o por persona interpuesta o actuando como intermediaria, procure la adopción, por parte de la autoridad pública, de una decisión en virtud de la cual obtenga ilícitamente para sí o para otra persona, cualquier beneficio o provecho, haya o no detrimento del patrimonio del Estado”.

¹⁵⁷ VERA Vega, Jaime Andrés; Ob. Cit., página 36.

En primer lugar, hay que señalar que en nuestro ordenamiento jurídico esta figura se tipifica en relación al delito de negociación incompatible. Ambas figuras tienen en común el que se manifiesta en el sujeto activo el interesarse o dar interés, sin embargo, la diferencia fundamental radica en la forma en que se pretende obtener dicho interés; en el caso del tráfico de influencias, lo que determina la conducta es que se ejerce influencia en un tercero (que en nuestro Código Penal es otro funcionario público) para lograr obtener este interés.

Respecto a esta fórmula seguida por nuestro Código Penal, se ha sostenido que “el legislador al optar por no tipificar autónomamente el tráfico de influencias infringe en parte lo acordado por nuestro país al suscribir la Convención Interamericana contra la Corrupción”¹⁵⁸. También podemos señalar que se incumple la Convención, al no contemplarse en nuestra legislación la hipótesis de tráfico de influencias cometido por particulares, pues a pesar de que en la Convención se señala que este delito puede cometerse por cualquier persona, en nuestro derecho se limita la comisión de este delito a aquellos casos en que existe un sujeto activo calificado.

3.4 Tipicidad

Podemos distinguir dos hipótesis de este delito:

1. El 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.

¹⁵⁸ VERA Vega, Jaime Andrés; Ob. Cit., página 46.

2. El empleado público que para dar interés a su cónyuge, determinados familiares o personas con quien tiene vínculos comerciales, 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.

3.4.1 Tipo objetivo

3.4.1.1 Verbo rector

Si bien el sujeto activo debe interesarse o dar interés, la conducta más relevante y que diferencia esta figura del delito de negociación incompatible, es el ejercer influencia, se ha señalado que “aquí ya no se trata de la decisión misma del funcionario publico, sino del procedimiento de toma de decisión, y los elementos que se toman en consideración para arribar a ésta, y la introducción de intereses ajenos a los de la Administración”¹⁵⁹.

El verbo rector por tanto, consiste en influir, esto es según el Diccionario de la Real Academia Española “ejercer predominio o fuerza moral, contribuir con más o menos eficacia al éxito de un negocio”. Lo que se sanciona en este delito es la influencia ejercida por un funcionario público sobre otro funcionario o autoridad, para convencer a éste último de que adopte una decisión favorable a sus intereses y en contravención al principio de imparcialidad que debe regir su actuar. En definitiva, se pretende evitar que un tercero pueda influir en la toma de decisiones de la Administración relevando a un segundo lugar la primacía del interés general.

Se ha señalado que “la influencia a que se refiere el precepto debe traducirse por presión, por actuación sobre otro para que obre de una determinada

¹⁵⁹ BULLEMORE Gallardo, Vivian R. y MACKINNON Roehrs, John R.; Ob. Cit., página 173.

manera”¹⁶⁰, y cabe entender que debe tratarse de una presión fuerte, es decir, de tal intensidad que pueda incidir en la toma de decisión del funcionario quien es objeto de ella. En este mismo sentido, se ha señalado que “se trata de un verdadero ataque a la libertad del funcionario o autoridad que tiene que adoptar, en el ejercicio de su cargo, una decisión, introduciendo en su motivación elementos ajenos a los intereses públicos”¹⁶¹. Por lo que entendemos que no basta una simple recomendación para configurar el delito, sino que es necesario que el funcionario público involucrado se sienta presionado u obligado a tomar una determinada decisión o actuar de una determinada manera.

3.4.1.2 Modalidades de la acción

Se ha señalado que “una hipótesis que quedó definitivamente descartada a partir de la redacción definitiva del artículo 240 bis, consiste en la eventual posibilidad de verse favorecido a raíz de omisiones del funcionario influido”¹⁶², pues la única manera de entender que se ejerce presión en otro funcionario es a través de actos positivos, por lo que podemos sostener que se trata de un tipo penal exclusivamente de comisión.

El delito de tráfico de influencias, constituye un delito formal o de mera actividad, pues basta que el funcionario ejerza influencias para obtener una decisión favorable a sus intereses (o en interés de las personas señaladas) para que se configure el delito, sin que sea necesario que efectivamente se adopte la decisión en tal sentido.

¹⁶⁰ ORTS Berenguer, Enrique; “Delitos contra la Administración Pública (y II): Cohecho. Tráfico de influencias. Malversación. Fraudes y exacciones ilegales. Actividades prohibidas y abusos en el ejercicio de la función pública”; en “Derecho Penal Parte Especial”; VIVES Antón, Tomás; Editorial Tirant Lo Blanch, España, 1996, página 706.

¹⁶¹ MUÑOZ Conde, Francisco; Ob. Cit. página 1028.

¹⁶² VERA Vega, Jaime Andrés; Ob. Cit., página 54.

El Artículo 240 bis, señala que el empleado público puede interesarse directa o indirectamente en el contrato u operación en que deba intervenir otro empleado público. Lo hará directamente cuando el funcionario público busque obtener el beneficio a título personal, e indirectamente cuando lo haga a través de un tercero, que será simplemente una persona interpuesta.

Por otra parte, en el caso en que el funcionario público ejerciera la influencia con el fin de dar interés a un tercero, no es necesario que pretenda algún tipo de beneficio económico para sí mismo, pues el tipo penal no lo exige y el delito se configura por el sólo hecho de ejercer influencia. En este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema a propósito de una solicitud de extradición de Perú, en esa oportunidad se señaló: “el núcleo de la conducta está dado porque el empleado público ejerza efectiva y realmente influencia en otro empleado público, con el fin de obtener una decisión provechosa para un tercero, siendo accesorio de dicha conducta que se solicite o acepte recibir un beneficio económico”¹⁶³.

3.4.13 Sujeto activo

En nuestro ordenamiento jurídico, el sujeto activo del delito de tráfico de influencias sólo puede ser un funcionario público, por lo que nos encontramos frente a un delito especial propio pues la calidad del sujeto activo es el fundamento de la punibilidad de la conducta, sin que exista un correlativo que pueda ser cometido por particulares. No sucede lo mismo en otros ordenamientos jurídicos, como el Código Penal Español por ejemplo, donde también se tipifica el delito de tráfico de influencias cometido por particulares.

Además, hay que destacar que en la figura de tráfico de influencias contemplada en nuestro Código Penal, existe más de un funcionario público involucrado. El funcionario que ejerce influencias y el funcionario que tiene el poder de decisión sobre la materia de interés y que puede dejarse influenciar o no.

¹⁶³ Corte Suprema, Sentencia del 7 de octubre de 2002. Disponible en Internet: www.dicomlex.cl, N° Legal Publishing: 26034.

Llama la atención de que en este delito “sólo se castiga al que influyere, sin embargo, no se castiga a la persona influida; por tanto, es atípica la conducta de la persona que se deja influir”¹⁶⁴, lo que no parece justo considerando que se trata de un funcionario público que debe regirse igualmente por los principios de probidad e imparcialidad, y que tiene el deber de ejercer sus funciones atendiendo al bien común y dándole prioridad al interés general por sobre el interés de alguna persona determinada.

Nos imaginamos que esta decisión se adopta por razones de política criminal, pues como el sujeto activo puede encontrarse en una superioridad jerárquica, al ejercer influencias o presión prevaliéndose de su cargo, el sujeto pasivo puede verse obligado a tomar una determinada decisión si no quiere ser despedido o perjudicado en su cargo. Sin embargo, esto tampoco parece concluyente pues siempre está la alternativa de denunciar al sujeto activo y el hecho delictivo, para así impedir entre otras cosas que éste tome represalias desde su cargo contra el funcionario que no se ha dejado influenciar. En nuestra opinión, sin perjuicio de las sanciones administrativas que se tomen en contra del sujeto pasivo que se dejó influenciar, lo lógico es que si participó en la comisión de un delito reciba asimismo una sanción penal.

3.4.14 Objeto material

Podemos analizar el objeto material de la acción, es decir, aquella cosa o persona sobre la que recae, desde dos puntos de vista. En cuanto a la persona en que recae, corresponde necesariamente a otro funcionario público, que es quien debe intervenir y adoptar una decisión en el contrato u operación que interesa al sujeto activo.

¹⁶⁴ SERRANO Gómez, Alfonso y SERRANO Maillo, Alfonso; Ob. Cit. página 818.

En cuanto a la cosa en que recae, se trata de contratos u operaciones. Al igual que en el delito de negociación incompatible, los términos contrato y operación se han interpretado por la doctrina en sentido amplio, extensivo a cualquier clase de contrato u operación económica. Obviamente, debe tratarse de un contrato u operación en que el sujeto pasivo deba intervenir por razón de su cargo, pues es la única manera de entender que existe una infracción al correcto funcionamiento de la Administración.

3.4.2 Tipo subjetivo

Se ha señalado que “parece inadmisibles desde el punto de vista lógico que alguien tome o de interés en un contrato u operación de manera imprudente o negligente más aún que ejerza influencias de este modo”¹⁶⁵. Por esta razón el delito de tráfico de influencias sólo puede cometerse dolosamente, pues el funcionario público ejerce influencias para obtener una determinada decisión favorable a sus intereses, lo que indudablemente supone conocimiento y voluntad de realización.

En relación a la hipótesis dolosa, se ha restringido su aplicación al dolo directo, señalándose que “no podemos obviar que este delito constituye un tipo de hipótesis copulativas, por ende, el dolo debe presidir no sólo el ejercicio de influencias, sino que también las conductas de tomar o dar interés las cuales aparecen inspiradas por una voluntad final incompatible con un actuar a título de dolo eventual”¹⁶⁶.

3.5 Pena establecida para el delito de tráfico de influencias

¹⁶⁵ VERA Vega, Jaime Andrés; Ob. Cit., página 52.

¹⁶⁶ VERA Vega, Jaime Andrés; Ob. Cit., página 52.

Las penas son las mismas que las establecidas para el delito de negociación incompatible, pues como recordaremos el delito de tráfico de influencias está tipificado en relación a éste último.

Tenemos entonces que ambas hipótesis (interesarse y dar interés) se castigan con inhabilitación absoluta temporal para cargos u oficios públicos en cualquiera de sus grados y además con una multa del duplo al cuádruplo de los derechos o del beneficio obtenido.

La única diferencia en relación al delito de negociación incompatible, es que en el delito de tráfico de influencias el juez podría imponer una pena más grave: la de inhabilitación absoluta perpetua para cargos u oficios públicos.

4. EXACCIONES ILEGALES

Artículo 241. El empleado público que directa o indirectamente exigiere mayores derechos de los que le están señalados por razón de su cargo, o un beneficio económico para sí o un tercero para ejecutar o por haber ejecutado un acto propio de su cargo en razón del cual no le están señalados derechos, será sancionado con inhabilitación absoluta temporal para cargos u oficios públicos en cualquiera de sus grados y multa del duplo al cuádruplo de los derechos o del beneficio obtenido.

4.1 Tipicidad

Podemos distinguir dos hipótesis de exacciones ilegales:

1. El empleado público que directa o indirectamente exigiere mayores derechos de los que le están señalados por razón de su cargo.

2. El empleado público que directa o indirectamente exigiere un beneficio económico para sí o un tercero para ejecutar o por haber ejecutado un acto propio de su cargo en razón del cual no le están señalados derechos.

4.1.1 Tipo objetivo

4.1.1.1 Verbo rector y modalidades de la acción

El verbo rector consiste en exigir, que según el Diccionario de la Real Academia Española quiere decir “pedir imperiosamente algo a lo que se tiene derecho”. Como podemos ver, esta definición concuerda sólo con la primera hipótesis de este delito, para el caso en que el empleado público exige mayores derechos de los que le están señalados por razón de su cargo, lo que quiere decir que “en principio, existe un derecho del funcionario para exigir una cantidad, pero se excede en ella”¹⁶⁷. En la segunda hipótesis en cambio, no se tiene derecho a pedir nada e igualmente se exige un beneficio económico por realizar un acto propio del cargo.

Con su conducta el sujeto activo busca obtener indebidamente y prevaliéndose de su calidad de funcionario público, beneficios económicos a los que no tiene derecho o mayores a los que legalmente le corresponden, siendo determinante que exista una exigencia por parte del funcionario, pues “si no hay exigencia, directa ni indirecta, sino sólo un cobro excesivo, habrá pago de o no debido, sometido a las reglas de dicha institución civil”¹⁶⁸, y la conducta sería atípica.

Respecto a la primera hipótesis, se ha señalado que la exigencia no es ilegal en su esencia, pues como se señaló se tiene derecho a ella sino en la

¹⁶⁷ BULLEMORE Gallardo, Vivian R. y MACKINNON Roehrs, John R.; Ob. Cit., página 173.

¹⁶⁸ ETCHEBERRY O, Alfredo; Ob. Cit., Tomo IV, página 252.

cantidad que se pretende percibir y que resulta excesiva, “se trata aquí de un despojo patrimonial de carácter administrativo cometido por funcionarios que tienen señalados sus honorarios por aranceles”¹⁶⁹. Ejemplo de esto sería el caso de quienes acuden al único receptor que existe en una determinada comuna, y éste pretende cobrarles una notificación al doble o triple del valor que comúnmente se cobra por realizar esa tarea, en este caso, si bien el receptor tiene derecho a exigir una retribución económica por su trabajo, es claro que está abusando de su posición para obtener más de lo que le corresponde y estaría incurriendo en la primera hipótesis del delito de exacciones ilegales.

Como señalamos anteriormente, la exigencia puede realizarse directa o indirectamente. Se realizará de forma directa, cuando sea el propio funcionario público quien personalmente realice la exigencia, y de forma indirecta, cuando los mayores derechos se exijan a través de un tercero. Por ejemplo, la exigencia será directa cuando en el caso señalado anteriormente, sea el propio receptor quien exija mayores derechos, e indirecta, si quien exige el cobro excesivo a los particulares no es el propio receptor sino su secretaria pero por orden de éste último.

La segunda hipótesis del delito de exacciones ilegales, se presenta en aquellos casos en que el funcionario público exige un beneficio económico para ejecutar o por haber ejecutado un acto propio de su cargo en razón del cual no le están señalados derechos. Supongamos por ejemplo, que existe una resolución judicial que ordena el desalojo de una propiedad con auxilio de la fuerza pública, y los interesados en que se cumpla dicha resolución acuden a Carabineros y éstos exigen un beneficio económico por ejecutar esta orden. En este caso, es claro que estamos ante la segunda hipótesis del delito de exacciones ilegales, pues se trata de funcionarios públicos que no están autorizados para hacer ningún tipo de exigencia económica a los particulares. Por otra parte, hay que considerar que el beneficio económico puede ser para el propio funcionario o para un tercero, por lo

¹⁶⁹ LABATUT Glana, Gustavo y ZENTENO Vargas, Julio; Ob. Cit., página 84.

que si el funcionario de Carabineros exige, no dinero para él mismo, sino un auto para su hijo, de todas formas estaremos ante el delito de exacciones ilegales.

Cabe agregar que el delito de exacciones ilegales es un delito formal o de mera actividad, pues se perfecciona en el momento en que se realiza la exigencia indebida por parte del funcionario, siendo irrelevante si estos beneficios fueron efectivamente recibidos o no por el sujeto activo, basta con que se exijan mayores derechos, o beneficios que no corresponden, para que se configure el delito. Por esta razón, se ha afirmado que “la consumación se produce por el mero hecho de exigir. No es necesario que el particular pague lo que no debe, o mayor cantidad... Es difícil imaginar la tentativa”¹⁷⁰.

4.1.1.2 Sujeto activo en el delito de exacciones ilegales

Estamos ante un delito especial en que el sujeto activo debe ser un funcionario público, pero respecto a la primera hipótesis el sujeto activo es mucho más restringido pues no puede ser cualquier funcionario sino “aquellos que por disposición de la ley están autorizados para percibir directamente del público ciertos derechos como remuneración por sus servicios”¹⁷¹, es decir, “aquellos funcionarios o autoridades que pueden exigir derechos, aranceles, etc., como forma de pago a su actividad, no así aquéllos que perciben directamente su sueldo de la Administración, sin estar facultados para exigir ningún tipo de derecho”¹⁷², como es el caso del notario, receptor judicial o conservador de bienes raíces, entre otros.

Si bien lo que se busca proteger al tipificar el delito de exacciones ilegales es el correcto ejercicio de la función pública, y por tanto será la Administración quien se verá afectada por la comisión de este delito, no podemos ignorar que

¹⁷⁰ SERRANO Gómez, Alfonso y SERRANO Mailló, Alfonso; Ob. Cit. página 832.

¹⁷¹ ETCHEBERRY O, Alfredo; Ob. Cit., Tomo IV, página 250.

¹⁷² MUÑOZ Conde, Francisco; Ob. Cit., página 1023.

también resultan directamente perjudicados y por tanto son considerados sujetos pasivos del delito, el particular o los particulares a quienes el funcionario público hace las exigencias.

4.1.2 Tipo subjetivo

Se trata de un tipo penal de comisión dolosa, se señala que “es necesario dolo que ha de abarcar el conocimiento por parte del sujeto activo del carácter indebido de la exigencia, bien por tratarse de derechos no debidos o por hacerlo en cuantía mayor a la procedente. El simple error del funcionario se resuelve a través de la vía de los recursos administrativos o contencioso administrativo”¹⁷³.

La necesidad de que exista dolo por parte del agente, se desprende del verbo rector exigir, pues como sabemos, con su conducta el sujeto activo busca obtener indebidamente beneficios económicos a los que no tiene derecho o mayores a los que legalmente le corresponden, y dicha exigencia requiere conocimiento y voluntad de realización por parte del sujeto activo, en el sentido de que está cobrando más de lo que corresponde o sin tener derecho a hacerlo.

No es posible concebir una hipótesis culposa, pues en este caso no estaremos frente a un delito, sino frente a un error del funcionario que podrá solucionarse por vía administrativa o civil.

4.2 Pena contemplada para el delito de exacciones ilegales

Para ambas hipótesis contempladas en el tipo penal, las penas son las mismas, se sanciona por una parte con inhabilitación absoluta temporal para cargos u oficios públicos en cualquiera de sus grados y además, con una multa del duplo al cuádruplo de los derechos o del beneficio obtenido.

¹⁷³ CONDE-PUMPIDO Ferreiro, Cándido; Ob. Cit, página 1275.

CAPÍTULO CUARTO

EL DELITO DE COHECHO

En el Párrafo IX del Título V de nuestro Código Penal, se encuentra tipificado el cohecho. Establecer un concepto de cohecho no es una tarea fácil, ya que las hipótesis que abarca este delito son muy diversas: incluyendo la conducta del funcionario que solicita o acepta recibir un beneficio económico, como la del particular que ofrece o consiente en dar este beneficio; además, la conducta de cada uno de estos sujetos puede ser activa o pasiva, según de quien provenga la iniciativa de cometer el delito; y por último, porque dicha contraprestación económica se puede solicitar u ofrecer, por ejecutar ciertos actos, omitirlos, o incluso por cometer algún crimen o simple delito.

La definición más precisa del concepto de cohecho, en nuestra opinión, es la que lo define como “la conducta activa o pasiva de un funcionario público destinada a recibir una retribución no debida en el ejercicio de su cargo, así como la conducta activa o pasiva de un particular destinada a dar a un funcionario publico una retribución no debida en el ejercicio del cargo de éste”¹⁷⁴; nos parece que es ésta una de las definiciones más precisas pues aunque no describe cada una de las figuras de cohecho (seguramente para no extender demasiado la definición) nos entrega de manera clara una idea de lo que implica este delito.

1.1 Bien jurídico

¹⁷⁴ OLIVER Calderón., Guillermo; “Ultimas modificaciones en la regulación del delito de cohecho”; en Revista de Estudios de la Justicia, N°5, año 2004, página 87.

Respecto al bien jurídico protegido en el delito de cohecho, se ha discutido si la conducta punible del funcionario público y la conducta punible del particular, tutelan bienes jurídicos diferentes o si por el contrario ambos tipos de cohecho buscan cautelar el mismo bien jurídico¹⁷⁵.

Entre los autores que se inclinan por la primera alternativa encontramos a Muñoz Conde, quien distingue el bien jurídico protegido según se trate de cohecho del funcionario público o de un particular, y señala que “el bien jurídico protegido es: el quebrantamiento del deber y la confianza depositada en el funcionario (cohecho pasivo), el respeto que se debe al normal y correcto funcionamiento de los órganos estatales (cohecho activo)¹⁷⁶. No compartimos la opinión respecto al bien jurídico protegido en el caso del cohecho del funcionario público, pues la intervención penal por el quebrantamiento de un deber funcionario sólo se justifica en la medida que hay un bien de mayor envergadura que se busca proteger, y que a nuestro entender es el correcto ejercicio de la función pública. Además consideramos que la confianza depositada en el funcionario por parte de la ciudadanía, no puede corresponder a un bien jurídico por lo impreciso del concepto, pues por ejemplo, un funcionario que no cuente con dicha confianza por tener fama de corrupto, nunca lesionaría el bien jurídico, sin embargo, es claro que su conducta es reprochable porque existen otros intereses (o bienes jurídicos) en juego.

Ahora bien, respecto a la discusión planteada, Oliver señala que el bien jurídico protegido en el delito de cohecho “tanto en el del funcionario público como en el del particular, es el correcto servicio que la Administración presta a los ciudadanos”¹⁷⁷. Creemos que es más preciso señalar que el bien jurídico protegido en ambos casos es el correcto ejercicio de la función pública, que se ve lesionada o en peligro, cuando el funcionario o el particular se proponen obtener beneficios personales por sobre los intereses generales.

¹⁷⁵ Hacen referencia a esta discusión Oliver, Orts, Rodríguez-Ossandón, entre otros.

¹⁷⁶ MUÑOZ Conde, Francisco; Ob. Cit., página 1004.

¹⁷⁷ OLIVER Calderón, Guillermo; Ob. Cit., página 95.

Asimismo, en ambos casos existe un reproche por la falta de probidad en la conducta: ya sea en el ejercicio del cargo, o en el caso del particular, por tratar de corromper el buen funcionamiento de la Administración al tentar al funcionario a recibir un beneficio económico que no corresponde. La diferencia claro está, es que sólo el funcionario público está obligado legal y constitucionalmente a desempeñarse rigiéndose por el principio de probidad.

Además del principal bien jurídico en juego, que como señalamos es el correcto ejercicio de la función pública, diversos autores señalan que en el delito de cohecho se resguarda además, y en especial, la observancia al principio de imparcialidad. En este sentido, Serrano sostiene que el bien jurídico protegido “es el normal funcionamiento de la administración pública, y una transparencia frente a la corrupción de autoridades y funcionarios públicos. Se protege la imparcialidad, que ha de ser principio rector de autoridades y funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones.”¹⁷⁸ Conde-Pumpido, por su parte, señala que el bien jurídico protegido “es el correcto funcionamiento de la Administración Pública, muy especialmente, la observancia del principio de imparcialidad”¹⁷⁹. Para Reategui, “este delito castiga fundamentalmente la venalidad del funcionario público, buscando proteger el normal funcionamiento de la administración... El núcleo fundamental de este delito reside en la obtención del “acuerdo injusto”, momento en el que se conculca el principio de imparcialidad”.¹⁸⁰

Si bien coincidimos con estas opiniones, aplicables para la mayoría de las hipótesis de cohecho contempladas en nuestro Código Penal, es claro que el principio de imparcialidad no se puede ver afectado cuando el beneficio económico se le ofrece al funcionario para ejecutar o por haber ejecutado un acto propio de su cargo, pues en este caso éste último hizo simplemente lo que le

¹⁷⁸ SERRANO Gómez, Alfonso y SERRANO Maillo, Alfonso; Ob. Cit., página 808.

¹⁷⁹ CONDE-PUMPIDO Ferreiro, Cándido; Ob. Cit., página 1244.

¹⁸⁰ REATEGUI Sánchez, James; “Observaciones críticas a las conductas de corrupción de funcionarios y a las vías de imputación en la criminalidad organizada”, página 5.

correspondía hacer, por lo que sólo en algunos casos de cohecho se puede afirmar con propiedad, que se tutela además y en particular el principio de imparcialidad.

Sostenemos entonces, que el bien jurídico protegido en el delito de cohecho es el correcto ejercicio de la función pública, y como señalamos en un principio, los ataques contra este bien jurídico pueden provenir desde dentro o desde fuera de la Administración, pueden provenir del funcionario público que no actúa como debió haberlo hecho, o pueden provenir por la intervención de un particular que con su conducta busca alterar este correcto funcionamiento, y puede que lo logre o no, pero de todas formas existirá una perturbación o puesta en peligro del bien jurídico, que en opinión del legislador merece un sanción penal.

En suma, aparece dentro del delito de cohecho la protección al correcto ejercicio de la función pública que se ve afectada por la falta de probidad en el actuar del funcionario público o del particular, y en algunas hipótesis de cohecho, existe en específico la protección al principio de imparcialidad que debe regir el actuar de la Administración.

1.2 Clasificaciones del delito de cohecho

1. Cohecho activo y cohecho pasivo

Tradicionalmente se ha distinguido entre cohecho activo y cohecho pasivo, centrandó la distinción entre quien corrompe y quien se deja corromper¹⁸¹. Se ha entendido que cohecho activo es el que realiza el particular, pues es él quien entrega un beneficio económico a cambio de una determinada acción u omisión corrompiendo al funcionario; y el cohecho pasivo hace referencia a la conducta del

¹⁸¹ Hacen referencia a esta distinción Bullemore-Mackinnon, Etcheberry, Rodríguez-Ossandón, entre otros.

funcionario público que se deja corromper y está dispuesto a recibir la retribución económica indebida¹⁸².

La referencia a los términos activo y pasivo es poco clara y equívoca, pues da la idea de que el particular es siempre el de la iniciativa de cometer el delito, y que es él quien con su conducta intenta corromper al funcionario ofreciéndole un determinado beneficio, y que por el contrario, el funcionario público simplemente se deja corromper y acepta recibirlo; pero esto no es siempre así, ya que puede ser el mismo funcionario quien solicite el beneficio y el particular quien se limite a aceptar. Compartimos la crítica de Olivier cuando señala que “no parece correcto usar la expresión cohecho activo para aludir a una conducta pasiva de un particular, y la expresión cohecho pasivo para hacer referencia a un comportamiento activo de un funcionario”¹⁸³. A pesar de la confusión que generan los términos, es una de las clasificaciones más usadas actualmente, y por esta razón haremos referencia a esta nomenclatura, pero compartimos la opinión de que es mucho más adecuado distinguir entre las figuras de cohecho del funcionario público y cohecho del particular¹⁸⁴, y señalar que dentro de ellas podemos reconocer conductas activas y pasivas por parte del sujeto activo.

2. Cohecho propio y cohecho impropio

La doctrina mayoritaria¹⁸⁵ ha entendido que el cohecho propio es el que hace referencia a aquellos casos en que el beneficio económico se ofrece o solicita para que el funcionario público ejecute u omite actos funcionarios, es decir, actos propios del cargo. Y el cohecho impropio, es aquél en que el beneficio económico se ofrece o recibe para que el funcionario público cometa un delito funcionario. Sin embargo, otra parte de la doctrina, sostiene que el cohecho propio

¹⁸² ETCHEBERRY, Alfredo; Ob. Cit., página 252.

¹⁸³ OLIVER Calderón., Guillermo; Ob. Cit., página 88.

¹⁸⁴ OLIVER Calderón., Guillermo; Ob. Cit., página 88.

¹⁸⁵ Etcheberry, Labatut, entre otros.

es aquel con que se persigue la obtención de un acto injusto, y por el contrario, cohecho impropio es aquel en que se persigue la realización de un acto justo.¹⁸⁶

3. Cohecho antecedente y cohecho subsiguiente

El cohecho antecedente es aquél en que el particular ofrece o consiente en dar una retribución económica, o bien el funcionario público la solicita o acepta, y como contraprestación a este beneficio, el funcionario deberá ejecutar en el futuro una determinada acción u omisión. El cohecho subsiguiente por su parte, se produce cuando este beneficio económico se solicita, acepta, ofrece o consiente en dar, a cambio de una determinada acción u omisión que ya fue realizada por el funcionario¹⁸⁷.

Respecto a la penalización del cohecho subsiguiente, se ha sostenido que su castigo “no se encuentra del todo justificado desde el punto de vista de la afectación del bien jurídico, y que su punición se debe únicamente a una razón político-criminal, cual es la sospecha de un pacto previo de pago por el servicio, cuya existencia resulta difícil de probar”¹⁸⁸. Sin embargo, también podemos entender que desde que el funcionario solicita o acepta recibir un beneficio económico que no le corresponde, o desde que el particular ofrece o consiente en darlo sabiendo que no es procedente, se ha afectado o al menos puesto en peligro, el correcto funcionamiento de la Administración. En este sentido, se ha señalado que “cuando el empleado solicita o acepta de los particulares más derechos que los señalados por razón de su cargo o un beneficio económico por haber ejecutado un acto propio de su cargo en razón del cual no le están

¹⁸⁶ RODRÍGUEZ Collao, Luis y OSSANDÓN, M. Magdalena; “Delitos contra la función pública: El derecho penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial”; 2ª Edición; Editorial Jurídica de Chile, 2008, página 307.

¹⁸⁷ OLIVER Calderón., Guillermo; Ob. Cit., página 89.

¹⁸⁸ OLIVER Calderón., Guillermo; Ob. Cit., página 89.

señalados derechos, no se satisfacen las exigencias que impone el correcto servicio que la Administración debe prestar a los ciudadanos”¹⁸⁹.

1.3 Naturaleza unilateral o bilateral del delito de cohecho

Antiguamente se discutía la naturaleza unilateral o bilateral de delito de cohecho, la que se centraba en establecer “si el cohecho del funcionario público y el cohecho del particular son dos delitos autónomos e independientes o si, por el contrario, constituyen las dos caras de un mismo y único delito”¹⁹⁰.

Quienes sostienen que se trata de un delito bilateral¹⁹¹, argumentan que es necesario que concurren dos personas para configurar el delito, pues se requiere un acuerdo de voluntades entre el funcionario y el particular, en el que pactan que el funcionario recibirá un beneficio por ejecutar o dejar de realizar un determinado acto propio de su cargo. Si concebimos el delito de cohecho como un acuerdo de voluntades, es claro que no puede existir tal delito respecto de una sola de las partes, y que al existir tal acuerdo, funcionario y particular estarían cometiendo simultáneamente el mismo delito, por lo que no habría cohecho del funcionario público sin cohecho del particular y viceversa.

Los autores que afirman que el cohecho tiene naturaleza unilateral, señalan que no es necesario tal acuerdo de voluntades, pues el delito se podría consumir con la mera solicitud por parte del funcionario o con el sólo ofrecimiento de un beneficio por parte del particular, sin necesidad de que el destinatario de tal oferta acepte la proposición. Si se sostiene la naturaleza unilateral del cohecho, es claro que se trata de dos delitos independientes y podría existir un solo autor del delito: el funcionario que solicita o el particular que ofrece¹⁹².

¹⁸⁹ RODRÍGUEZ Collao, Luis y OSSANDÓN, M. Magdalena; Ob. Cit., página 320.

¹⁹⁰ OLIVER Calderón., Guillermo; Ob. Cit., página 91.

¹⁹¹ En este sentido Labatut, pero en relación a la antigua figura de cohecho contemplada en el Código Penal.

¹⁹² En este sentido: Conde-Pumpido, Oliver, Muñoz-Conde, entre otros.

Creemos que no se puede sostener ninguna de las posiciones en forma abstracta, si no que hay que determinar la bilateralidad o unilateralidad del delito de cohecho a la luz de la legislación vigente. En este orden de ideas, podemos sostener que si bien antes de la reforma al Código Penal, el delito de cohecho tenía naturaleza bilateral, hoy en día la situación es diferente, pues basta la solicitud o el ofrecimiento para que el delito se configure respecto de una de las partes, y si además el destinatario de tal oferta manifiesta su conformidad con ella, entonces también incurrirá en el delito de cohecho, pero de manera independiente al delito que ya se había consumado, por tanto en nuestra legislación actual, el delito de cohecho tiene naturaleza unilateral.

1.4 Características del delito de cohecho

1. Delito autónomo

Se señala que el cohecho es un delito autónomo pues la conducta del particular y del funcionario público se sancionan de manera independiente, y basta con que el funcionario solicite o acepte, o el particular ofrezca o consienta en dar un beneficio económico para que se consume el delito. Se ha sostenido que en el delito de cohecho “la ley no aplica sanción a los hechos en calidad de actos preparatorios, sino que los erige en figura delictiva especial y distinta cuya penalidad no está regida por la de otra figura delictiva, sino que es propia y diferente; en suma, no se les considera formas imperfectas de otro delito, sino un delito especial y punible por sí”¹⁹³.

2. Delito formal

¹⁹³ BARRA Olivares, Celia; “Delito de cohecho”; Memoria para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago, 2003, página 52.

Estamos ante un delito formal o de mera actividad, pues el cohecho del funcionario público se configura por la simple solicitud o aceptación de un beneficio económico, por ejecutar o haber ejecutado un acto propio del cargo o con infracción a los deberes del cargo, por omitir o haber omitido un acto propio del cargo, o por cometer un delito funcionario, por lo tanto no es necesario que el beneficio económico efectivamente se perciba ni tampoco se requiere que el funcionario realice el acto que se comprometió a ejecutar o deje de realizar el acto que se comprometió a omitir, pues el delito se perfecciona con la simple solicitud o aceptación por parte del funcionario.

En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia y frente a la defensa de un alcalde acusado de cohecho, que sostenía que no se configuraba dicho delito pues nunca recibió suma alguna de dinero, la Corte señaló: “tal circunstancia, es irrelevante para los efectos de tipificar el ilícito por el cual se le está condenando, ya que no forma parte de la estructura penal el hecho de recibir dinero, basta con solicitar, cuando la iniciativa parte del funcionario o, aceptar recibir cuando la iniciativa parte del proponente del cohecho, de modo que, el no haber recibido el dinero no constituye ningún mérito por parte del sentenciado”¹⁹⁴.

Lo mismo sucede en el caso que el sujeto activo sea un particular, ya que el cohecho se configurará cuando éste ofrezca o consienta en dar un beneficio económico al funcionario público, no siendo necesario que éste último acepte la oferta, ni tampoco que el particular efectivamente entregue lo que ofreció o consintió en dar.

3. Delito de peligro o de daño efectivo

¹⁹⁴ Corte de Apelaciones de Rancagua, Sentencia del 21 de septiembre de 2006. Disponible en Internet: www.dicomlex.cl, N° Legal Publishing: 36560.

No se ha profundizado sobre esta materia en la doctrina nacional, limitándose algunos autores a señalar que se trata de un delito de peligro en relación a que a su vez se trata de un delito formal o de mera actividad¹⁹⁵. Sin embargo, creemos que es mucho más precisa la opinión de Oliver, quien distingue para estos efectos entre cohecho del funcionario público y cohecho del particular, señalando que en el primer caso se trata de un delito de daño efectivo, y en el segundo, de un delito de peligro. El razonamiento es el siguiente: “será un delito de lesión o daño efectivo para el bien jurídico cuando se trate del cohecho del funcionario público. Ello, porque si el empleado solicita o acepta un beneficio económico, en caso de prestaciones gratuitas, o mayores derechos que los debidos, en caso de prestaciones remuneradas, para ejecutar un acto propio de su cargo, ya habrá impedido que el servicio llamado a prestar se brinde de manera correcta. En cambio será delito de peligro para el mismo bien jurídico cuando se trate del cohecho del particular.....su conducta no necesariamente impedirá que el servicio se preste de manera adecuada, toda vez que no está en sus manos, sino en las del funcionario, la efectiva lesión del bien jurídico, aunque generará un peligro de que así ocurra”¹⁹⁶. Por lo que la clasificación de delito de peligro o de daño efectivo variará en cada una de las hipótesis del delito de cohecho y dependerá en definitiva de si el sujeto activo es un funcionario público o un particular.

1.5 Análisis de las figuras de cohecho contempladas en nuestro Código Penal

A continuación analizaremos cada una de las figuras de cohecho contempladas en los Artículos 248 y siguientes del Código Penal, y recogiendo las críticas señaladas respecto a las distintas clasificaciones de cohecho, seguiremos la nomenclatura utilizada por Oliver y Rodríguez – Ossandón. Distinguimos entonces el cohecho del funcionario público, que comprende una figura básica y

¹⁹⁵ En este sentido Barra Olivares y Bullemore-Mackinnon.

¹⁹⁶ OLIVER Calderón., Guillermo; Ob. Cit., página 96.

dos agravadas; y el cohecho del particular, donde se establece una figura básica y una privilegiada; reconociendo en todas las hipótesis conductas activas o pasivas, dependiendo de si la iniciativa de cometer el delito proviene del funcionario público o del particular.

A. Figura básica de cohecho del funcionario público, activo o pasivo (cohecho pasivo propio).

Artículo 248. El empleado público que solicitare o aceptare recibir mayores derechos de los que le están señalados por razón de su cargo, o un beneficio económico para sí o un tercero para ejecutar o por haber ejecutado un acto propio de su cargo en razón del cual no le están señalados derechos, será sancionado con suspensión en cualquiera de sus grados y multa de la mitad al tanto de los derechos o del beneficio solicitados o aceptados.

A.1 Clasificación

Se trata de un cohecho pasivo, pues el sujeto activo es un funcionario público; cohecho propio, pues se solicita o acepta la retribución por el funcionario para ejecutar un acto propio de su cargo; y será cohecho antecedente o subsiguiente, según esta retribución se solicite o acepte por ejecutar en el futuro o por haber ejecutado un determinado acto en razón de sus funciones.

A.2 Tipicidad

Podemos distinguir dos hipótesis en esta figura:

1. El funcionario público solicita o acepta recibir mayores derechos de los que le están señalados por razón de su cargo para ejecutar o por haber ejecutado un acto propio de su cargo.

2. El funcionario público solicita o acepta recibir un beneficio económico para sí o un tercero para ejecutar o por haber ejecutado un acto propio de su cargo en razón del cual no le están señalados derechos.

A.2.1 Tipo objetivo

A.2.1.1 Verbo rector

Encontramos dos conductas alternativas en este delito, que pueden consistir en solicitar (modalidad activa) o en aceptar un beneficio económico (modalidad pasiva).

La modalidad activa consiste en solicitar, que según el Diccionario de la Real Academia Española significa “pretender, pedir o buscar algo con diligencia y cuidado”; cuando la conducta consiste en solicitar, quiere decir que la iniciativa de cometer el delito surge del propio funcionario público que pide al particular una retribución económica no debida. Y la modalidad pasiva consiste en aceptar, que según el mismo Diccionario, significa “recibir voluntariamente o sin oposición lo que se da, ofrece o encarga”; en este caso, es el particular quien realiza la oferta y el funcionario accede a ella.

No se señala dentro del tipo la forma en que debe realizarse la solicitud o la aceptación, por lo que surge la duda si deberán producirse de manera expresa a través de palabras, o basta con la realización de ciertos gestos o un determinado comportamiento del que pueda desprenderse. Lo cierto es que la ley no distingue, por lo que creemos que cualquier medio resulta idóneo para manifestar la voluntad en el sentido de solicitar o aceptar, pero es claro que cuando no se trata de una proposición directa verbal o escrita, debe tratarse de gestos o de algún comportamiento del que pueda extraerse una conclusión inequívoca, es decir, no

deben quedar dudas que la intención de tal solicitud o aceptación está dirigida a recibir una retribución por ejecutar determinados actos.

Cabe señalar que estamos ante un delito formal o de mera actividad, pues el delito se configura por parte del funcionario público, al solicitar o aceptar recibir un beneficio económico por ejecutar o haber ejecutado un acto propio del cargo, y no se exige por el tipo penal que el beneficio económico efectivamente se perciba. Tampoco se requiere que el funcionario realice el acto que se comprometió a ejecutar pues el delito se perfecciona con la simple solicitud o aceptación por parte del funcionario. En este sentido se ha señalado, que “se trata de un delito formal, que no puede admitir etapas previas de desarrollo (de hecho, se castiga ahora como delito lo que antes era sólo una proposición o conspiración para el cohecho, impune)”¹⁹⁷.

A.2.1.2 Sujeto activo

El sujeto activo es siempre un funcionario público que actúa en el ejercicio de su cargo, y podemos distinguir entre aquellos funcionarios que están facultados para percibir derechos directamente por parte del público y aquellos que no. En el primer caso, el ilícito radica en solicitar o aceptar mayores derechos de los que corresponden; y en el segundo, el delito se configura al solicitar o aceptar cualquier beneficio económico, pues se trata de actos para los que no se contempla la percepción de derechos, por lo que no existe justificación para que el particular entregue algo a cambio de la ejecución de actos que el funcionario está obligado a realizar en virtud de sus funciones; además se establece que este beneficio económico puede dirigirse directamente al funcionario o puede ir en beneficio de un tercero.

¹⁹⁷ POLITOFF, Sergio; MATUS, [Jean Pierre](#); RAMIREZ, [María Cecilia](#); Ob. Cit., página 502.

A.2.1.3 Beneficio económico

Hay que señalar que antes de la reforma al delito de cohecho, se utilizaban las expresiones dádivas o presentes en vez de beneficio económico, lo que llevaba a discutir su carácter exclusivamente patrimonial. Hoy no quedan dudas que lo que se sanciona es la obtención ilícita de una retribución patrimonial por parte del funcionario, por lo que si éste solicita o acepta un beneficio que no tiene carácter patrimonial no podría configurarse el delito de cohecho, sin perjuicio de que podremos estar ante otro delito, como el de abuso contra particulares.

Si bien los términos del Artículo 248 son limitativos, en el sentido de restringir el beneficio a uno de carácter exclusivamente patrimonial, no concordamos totalmente con esta decisión del legislador pues creemos que el bien jurídico se verá afectado cualquiera sea la naturaleza del beneficio que se solicita o acepta, aunque no sea económico. Por ejemplo, el funcionario público solicita a un particular, que es director de un prestigioso colegio, que permita el ingreso de su hijo a ese establecimiento a pesar de que no quedan cupos o el proceso de selección ya ha terminado, a cambio de ejecutar un acto propio de su cargo; o el funcionario solicita que no se le cobre la matrícula o los aranceles en dicho establecimiento, por haber ejecutado un acto propio del cargo. En el primer caso, se ha solicitado un beneficio no patrimonial, y en el segundo claramente este beneficio tiene carácter económico, sin embargo, podemos apreciar que en ambos casos existe una clara lesión al correcto ejercicio de la función pública.

Por otra parte, nada ha dicho el legislador respecto a la cuantía que debe tener el beneficio económico para que se configure el delito de cohecho. La doctrina por su parte, se divide entre quienes sostienen que la insignificancia del beneficio económico hace inaplicable la figura de cohecho y quienes señalan que el monto del beneficio es irrelevante para configurar el delito.

En el primer sentido se señala que “no se especifica la cuantía de la dádiva, por lo que habrá que exigir que la misma tenga al menos una cierta capacidad objetiva de corromper, atendiendo a las circunstancias del caso, excluyendo del delito los supuestos de dádivas claramente insignificante”¹⁹⁸. A favor de la segunda postura, se señala que “resulta indiferente su montante. Lo que cuenta es que el funcionario, por un móvil lucrativo, pone a disposición de un particular concreto las atribuciones que se le han conferido para el mejor servicio de los intereses generales”¹⁹⁹.

Pensamos que es fundamental considerar si se produjo o no una lesión o peligro para el bien jurídico, pues es lo que determina en definitiva que estemos ante una conducta punible, por lo que se configurará el delito de cohecho cada vez que se altere o busque alterar el correcto ejercicio de la función pública, sin importar el monto que se ha solicitado o aceptado a cambio, pues el bien jurídico se vería afectado cualquiera sea la cuantía.

Por otra parte, se señala que aunque el monto “no fuera de entidad suficiente como para mover la voluntad del funcionario a conceder sus favores, no cabe duda de que la habitualidad en este tipo de prácticas por parte de empresas muy fuertes en el sector en el que precisamente actúa el funcionario corroe la honestidad e integridad profesional del mismo”²⁰⁰, por lo que en caso de que no se configure la conducta típica, de todas formas se podría configurar una conducta merecedora de sanciones administrativas o disciplinarias.e) Tipo subjetivo

A.2.2 Tipo subjetivo

¹⁹⁸ DÍAZ y García Conlledo, Miguel; “El delito de cohecho”; en “Delitos contra la administración pública”; ASÚA Batarrita, Adela; Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997, página 163.

¹⁹⁹ ORTS Berenguer, Enrique; Ob. Cit., página 702.

²⁰⁰ MUÑOZ Conde, Francisco; Ob. Cit., página 1008.

Respecto al tipo subjetivo en el delito de cohecho, restringimos su aplicación a aquellos casos en que existe dolo por parte del sujeto activo. Las conductas de solicitar o aceptar una retribución indebida, suponen conocimiento y voluntad de realización por parte del agente, pues el sujeto activo tiene conocimiento de que la solicitud o aceptación del beneficio económico es indebida e incurre en la conducta típica a pesar de ello.

Por otra parte, se ha señalado que la expresión para ejecutar o por haber ejecutado “revela una importante exigencia a nivel subjetivo, cual es que debe concurrir dolo directo en el sujeto activo. En efecto, la mencionada expresión resulta incompatible con el dolo eventual, pues sólo de quien obra con dolo directo puede decirse que pide o acepta algo para realizar una acción o por haberla realizado”²⁰¹.

A.3 Problemas de penalidad

A.3.1 Adecuación social de la conducta

Se hace referencia a la teoría de la adecuación social de la conducta, en relación a aquellos casos en que es de público conocimiento y aceptado, que funcionarios en el ejercicio de su cargo, reciban ciertos presentes de cortesía por parte de particulares o empresas. En este sentido se ha señalado que “las consideraciones que giran en torno a la idea de la adecuación social deben ser tomadas en cuenta. En efecto, no puede sostenerse seriamente que sea voluntad

²⁰¹ RODRÍGUEZ Collao, Luis y OSSANDÓN, M. Magdalena; Ob. Cit., página 319.

de la ley penal, expresión de soberanía popular, el castigar comportamientos que la propia sociedad tolera o estima adecuados”²⁰².

En relación a este aspecto, nuevamente adquiere relevancia la cuantía del beneficio económico, pues podemos considerar que es perfectamente aceptable, por ejemplo, que para navidad un abogado fiscalizador del Servicio de Impuestos Internos reciba una botella de vino de parte de una empresa que fiscaliza, pero si en cambio, recibe un departamento en la playa, dicho presente deja ser considerado normal o aceptable. Consideramos que la procedencia de la adecuación social para determinadas conductas debe ser analizada caso a caso, pues si bien la excesiva cuantía del beneficio económico es indiciaria de que la conducta no será aceptada socialmente, el escaso valor de dicho beneficio no es por si sólo determinante para establecer que dicha conducta es aceptada por la sociedad.

Por otra parte, cabe señalar que la adecuación social de la conducta, sólo tiene cabida en aquellos casos en que el beneficio económico se otorga al funcionario para ejecutar o por haber ejecutado un acto propio del cargo (Artículo 248), pero no es posible sostener que determinada conducta es aceptada por la sociedad, cuando el beneficio se otorga para omitir o por haber omitido un acto debido propio del cargo, o para ejecutar o por haber ejecutado un acto con infracción a los deberes del cargo (Artículo 248 bis), y menos en aquellos casos en que el beneficio dice relación con que el empleado público lleve a cabo un delito funcionario (Artículo 249).

Aún cuando el beneficio se haya otorgado para ejecutar o por haber ejecutado un acto propio del cargo y la cuantía del beneficio sea insignificante, es determinante establecer si existió o no una efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico, pues en dicho caso la conducta debe ser sancionada. En este sentido, se ha señalado que “el factor humano nunca debe desaparecer de las

²⁰² OLIVER Calderón., Guillermo; Ob. Cit., página 98.

relaciones entre Administración y administrado, pero tampoco potenciarse hasta el punto de preferirse frente a criterios objetivos de cualificación, imparcialidad, justicia y eficacia”²⁰³.

A.3.2 Pena contemplada para la figura básica de cohecho del funcionario público

El funcionario público que solicita o acepta la retribución económica por ejecutar o haber ejecutado un acto propio de su cargo, será sancionado con suspensión en cualquiera de sus grados y multa de la mitad al tanto de los derechos o del beneficio solicitado o aceptado.

En este caso las penas no son muy altas, pues si bien se atenta contra el correcto funcionamiento de la Administración, se trata de actos que el funcionario de todas formas debía ejecutar en razón de sus funciones, es decir, se trata de actos lícitos. Parece razonable además que no se distinga al momento de determinar la pena, si la iniciativa de cometer el delito proviene del particular o del mismo funcionario, pues es claro que en ambos casos el bien jurídico se ve afectado de la misma manera.

B. Primera figura agravada de cohecho del funcionario público, activo o pasivo (cohecho pasivo propio agravado).

Artículo 248 bis. El empleado público que solicitare o aceptare recibir un beneficio económico para sí o un tercero para omitir o por haber omitido un acto debido propio de su cargo, o para ejecutar o por haber ejecutado un acto con infracción a los deberes de su cargo, será sancionado con la pena de reclusión menor en sus grados

²⁰³ MUÑOZ Conde, Francisco; Ob. Cit., página 1010.

mínimo a medio, y además, con la pena de inhabilitación especial o absoluta para cargos u oficios públicos temporales en cualquiera de sus grados y multa del tanto al duplo del provecho solicitado o aceptado.

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, se impondrá la pena de inhabilitación especial o absoluta para cargo u oficio público perpetuas, además de las penas de reclusión y multa establecidas en el inciso precedente.

B.1 Clasificación

Se trata de un cohecho pasivo, pues el sujeto activo es un funcionario público; cohecho propio, pues se otorga la retribución al funcionario por omitir un acto propio de su cargo o para ejecutar un acto con infracción a los deberes de su cargo; y será cohecho antecedente o subsiguiente, según esta retribución económica se solicite o acepte por omitir o ejecutar un acto en el futuro, o por haberlo omitido o ejecutado con anterioridad.

B.2 Tipicidad

Podemos distinguir tres hipótesis en esta figura:

1. El funcionario público solicita o acepta recibir un beneficio económico para sí o un tercero para omitir o por haber omitido un acto debido propio del cargo.
2. El funcionario público solicita o acepta recibir un beneficio económico para sí o un tercero para ejecutar o por haber ejecutado un acto con infracción a los deberes del cargo.

3. El funcionario público solicita o acepta recibir un beneficio económico para sí o un tercero para ejercer influencia en otro empleado público con el fin de obtener de éste una decisión que pueda generar un provecho para un tercero interesado.

B.2.1 Tipo objetivo

B.2.1.1 Verbo rector y modalidades de la acción

La conducta puede consistir en solicitar (modalidad activa) o en aceptar (modalidad pasiva) recibir un beneficio económico, directamente o a favor de un tercero, por omitir deberes propios del cargo o ejecutar actos en contravención a ellos.

Se señala que se trata de un cohecho agravado, pues si bien la conducta de solicitar o aceptar un beneficio económico es la misma que en la figura anterior (cohecho pasivo propio), lo que el funcionario compromete o acepta realizar es una conducta de mayor gravedad y que implica un atentado de mayor envergadura al bien jurídico tutelado, pues ya no se trata de ejecutar actos propios del cargo, sino de omitir estos deberes o de ejecutar actos en contravención a ellos.

En primer lugar, se señala que el beneficio económico se puede solicitar o aceptar por omitir o haber omitido un acto propio del cargo, sería el caso por ejemplo, en que el funcionario a cargo de la fiscalización, omite clausurar un local de comida que no cumple con las reglas sanitarias correspondientes, a cambio de una cantidad de dinero. En este caso se estima que existe una “mayor gravedad porque en él el funcionario pretende lograr un beneficio, dejando de cumplir con sus deberes”²⁰⁴.

²⁰⁴ OLIVER Calderón., Guillermo; Ob. Cit., página 102.

Lo mismo sucede en el caso en que directamente se solicite o acepte un beneficio económico, para ejecutar o por haber ejecutado un acto con infracción a los deberes del cargo. El funcionario infringe los deberes de su cargo al ejecutar un acto, “cuando con su realización contraviene las disposiciones que regulan el desarrollo de las funciones propias del cargo o del servicio al que pertenece”²⁰⁵. Por ejemplo, el funcionario público a cargo de la contratación de personal, en vez de contratar al profesional más capaz e idóneo para el cargo, decide contratar a quien acceda a su solicitud de comprarle un auto nuevo.

Posteriormente, se contempla el ejercicio de influencias como una forma especial de infringir los deberes del cargo²⁰⁶, y surge la duda de por qué se contempla esta hipótesis aquí y no en el artículo 249 que castiga la solicitud o aceptación de un beneficio económico para cometer determinados delitos, pues entre ellos, podría entenderse incorporado el tráfico de influencias contemplado en el artículo 240 bis. Al parecer, la razón sería que en este caso el ejercer influencias se toma en un sentido más amplio, en relación a la persona que se beneficiará con tal conducta, se ha señalado que “mientras en el cohecho la persona favorecida con la decisión que adopte el empleado en quien el funcionario cohechado pretenda ejercer influencia, puede ser cualquiera (el particular sobornante u otra persona), en el tráfico de influencias se exige que la persona beneficiada con la decisión del empleado sólo pueda ser el funcionario que ejerce influencia en éste o alguna de las personas vinculadas con él”²⁰⁷.

Por otra parte, en esta primera hipótesis de cohecho agravado, se castiga tanto el ejecutar como el haber ejecutado la conducta de ejercer influencia, lo que no sucede en la segunda hipótesis agravada, donde sólo se contempla el cohecho antecedente.

²⁰⁵ OLIVER Calderón., Guillermo; Ob. Cit., página 103.

²⁰⁶ OLIVER Calderón., Guillermo; Ob. Cit., página 104.

²⁰⁷ OLIVER Calderón., Guillermo; Ob. Cit., página 104.

La jurisprudencia se ha pronunciado sobre los requisitos que deben concurrir para configurar el delito de cohecho contemplado en el Artículo 248 bis, a propósito del caso de un Alcalde que solicita dinero para otorgar un permiso municipal, señalando: “los hechos acreditados en la causa se encuentran correctamente tipificados, atento que los elementos que la hipótesis penal del Artículo 248 bis del Código Penal exige para su configuración concurren claramente en los hechos que se han tenido por acreditados, desde luego, el dinero solicitado lo era “para ejecutar... “, lo que se iba a ejecutar es la adjudicación en exclusiva de una concesión; tal ejecución provenía de “actos propios del cargo” de Alcalde que ostenta el acusado, pues la entrega de una concesión depende de las facultades del Alcalde. También está presente el beneficio económico, es evidente que el acto impropio le iba a significar al Alcalde un incremento patrimonial (recibiría una suma de dinero que no tenía), sin que sea relevante para la configuración del tipo, que el beneficio no se hubiere producido, atento que la hipótesis penal exige “solicitar o “aceptar recibir. Por último, también resulta evidente que hay una clara infracción “a los deberes de su cargo. Desde que un sencillo trámite de permiso, el Alcalde lo ha transformado en un ambiente de persecuciones, hostilidades y clandestinidad, que se aparta absolutamente de la forma normal de ejercer sus atribuciones”.²⁰⁸

B.2.1.2 Beneficio económico por retardar un acto o por haberlo retardado

Se ha señalado que existe una laguna de punición²⁰⁹, criticándose que el legislador no aluda al caso en que el beneficio a favor del particular consista en retardar un acto o por haberlo retardado, que en la práctica podría tener la misma gravedad que el omitir un acto o ejecutarlo con infracción a los deberes del cargo, y se pone como ejemplo el fiscal que retarda el cumplimiento de una orden de allanamiento para facilitar que el imputado retire los objetos que puedan vincularlo

²⁰⁸ Corte de Apelaciones de Rancagua, Sentencia del 21 de septiembre de 2006. Disponible en Internet: www.dicomlex.cl, N° Legal Publishing: 36560.

²⁰⁹ OLIVER Calderón., Guillermo; Ob. Cit., página 103.

con los hechos materia de la investigación²¹⁰. Sin embargo, también podríamos entender que el retardar una actuación podría comprenderse dentro del omitir actos propios del cargo, en el sentido de que el funcionario no realiza la actuación cuando puede y debe hacerlo, sino cuando ésta ya no producirá ningún resultado efectivo. O podemos entender, que si bien la actuación que se retarda finalmente se realiza, se ejecuta con infracción de los deberes del cargo, pues no respeta los deberes de prontitud que se requieren y se antepone el interés privado por sobre el interés público. De todas formas, coincidimos en que sería mucho más prudente incluir específicamente esta situación en el tipo, para así evitar que la conducta sea considerada atípica, y como consecuencia de esto, quede en la impunidad.

B.2.1.3 Sujeto activo

El sujeto activo es un funcionario público que actúa en razón de su cargo, y que puede estar facultado o no para recibir dinero directamente de parte de los particulares, en el ejercicio de sus funciones. Lo que se sanciona en esta hipótesis de cohecho, es que el funcionario reciba algún beneficio económico por omitir actuaciones debidas o ejecutar actuaciones con infracción a los deberes de su cargo, pues estaría atentando contra el correcto ejercicio de la función pública al anteponer sus intereses personales por sobre los intereses generales, vulnerando además el principio de imparcialidad.

B.2.2 Tipo subjetivo

Al igual que en la figura de cohecho analizada anteriormente, se restringe su aplicación a aquellos casos en que existe dolo por parte del sujeto activo. Además, sólo es posible concebir que existe dolo directo si consideramos que el beneficio se solicita o acepta, por omitir un acto propio del cargo o por ejecutarlo con

²¹⁰ RODRÍGUEZ Collao, Luis y OSSANDÓN, M. Magdalena; Ob. Cit., página 324.

infracción a los deberes del cargo, y tales conductas implican necesariamente el conocimiento y voluntad de realización por parte del funcionario, excluyendo asimismo la existencia de dolo eventual.

B.3 Penas

Las conductas de solicitar o aceptar una retribución económica por omitir actos o ejecutarlos con infracción a los deberes del cargo, se consideran de mayor gravedad y se sancionan de manera más severa que el cohecho pasivo propio. Quien incurra en este delito, será sancionado con la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio, además con la pena de inhabilitación especial o absoluta para cargos u oficios públicos temporales en cualquiera de sus grados, y multa del tanto al duplo del provecho solicitado o aceptado.

Además, el legislador establece una pena específica y de mayor gravedad para el caso en que la infracción a los deberes del cargo consista en ejercer influencia en otro empleado público, pues de ser esta la situación, se aplicará la pena de inhabilitación especial o absoluta para cargo u oficio público perpetuas, además de las penas de reclusión y multa señaladas anteriormente.

Creemos además que se debería considerar si el funcionario efectivamente ejecutó o no el acto con infracción a los deberes de su cargo a favor del particular, pues en este caso además de atentar contra el correcto ejercicio de la función pública, se estaría vulnerando el principio de imparcialidad, por lo que la penalidad debería ser mayor.

C. Segunda figura agravada de cohecho del funcionario público, activo o pasivo (cohecho pasivo impropio).

Artículo 249. El empleado público que solicitare o aceptare recibir un beneficio económico para sí o para un tercero para cometer alguno de los crímenes o simples delitos expresados en este Título, o en el párrafo 4 del Título III, será sancionado con la pena de inhabilitación especial perpetua e inhabilitación absoluta temporal, o bien con inhabilitación absoluta perpetua para cargos u oficios públicos, y multa del tanto al triplo del provecho solicitado o aceptado.

Lo establecido en el inciso anterior se entiende sin perjuicio de la pena aplicable al delito cometido por el empleado público, la que no será inferior, en todo caso, a la de reclusión menor en su grado medio.

C.1 Clasificación

Se trata de un cohecho pasivo, pues el sujeto activo es un funcionario público; cohecho impropio, pues el beneficio económico se solicita o acepta para que el funcionario público cometa un delito funcionario; y se trata de cohecho antecedente, pues el funcionario público solicita o acepta el beneficio por ejecutar posteriormente el delito.

C.2 Tipicidad

Podemos encontrar dos hipótesis en este tipo penal:

1. El funcionario público solicita o acepta recibir un beneficio económico para sí o para un tercero para cometer alguno de los crímenes o simples delitos expresados en el Título V “De los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos”.
2. El funcionario público solicita o acepta recibir un beneficio económico para sí o para un tercero por cometer alguno de los crímenes o simples delitos

expresados en el párrafo 4 del Título III “De los agravios inferidos por funcionarios públicos a los derechos garantidos por la Constitución”.

C.3 Tipo objetivo (verbo rector) y tipo subjetivo

Nuevamente nos encontramos con los verbos rectores solicitar (modalidad activa) y aceptar (modalidad pasiva), que ya fueron analizados con profundidad anteriormente, pero en este caso dicha solicitud o aceptación está destinada a que el funcionario público cometa un delito funcionario.

A diferencia de las hipótesis anteriores de cohecho, en esta figura sólo se contempló el cohecho antecedente, por lo que la conducta del funcionario que solicita o acepta un beneficio económico por haber ejecutado anteriormente un delito funcionario, es una conducta atípica y por tanto impune (en relación al cohecho).

Además, hay que señalar que sólo se contempla la existencia de dolo directo en el agente, pues es la única manera de entender que se solicita o acepta el beneficio económico para cometer un delito, pues dichas expresiones suponen conocimiento y voluntad de realización por parte del funcionario público.

C.4 Problemas de penalidad

Respecto a las penas aplicables, se ha señalado que “este tipo penal modifica las normas generales en cuanto al concurso, y al *iter criminis*, considerando como un tipo penal autónomo a la mera proposición para cometer un delito, sancionable en concurso con la figura propia de la consumación del delito solicitado o aceptado”²¹¹.

²¹¹ BULLEMORE Gallardo, Vivian R. y MACKINNON Roehrs, John R.; Ob. Cit., página 175.

En esta figura de cohecho, el funcionario público será sancionado con la pena de inhabilitación especial perpetua e inhabilitación absoluta temporal, o bien con inhabilitación absoluta perpetua para cargos u oficios públicos, y multa del tanto al triplo del provecho solicitado o aceptado. Además se contempla específicamente el concurso de delitos, pues en el caso que el delito funcionario efectivamente se ejecute, se señala que las penas del cohecho se aplicarán sin perjuicio de la pena correspondiente al delito cometido por el empleado público, la que no podrá ser inferior a la de reclusión menor en su grado medio.

Llama la atención que en el caso que el delito no se ejecute, las penas sólo sean de inhabilitación y multa, si consideramos que en la primera figura agravada del cohecho del funcionario público, en caso de que no se incurra en la omisión o no se ejecute la conducta con infracción a los deberes del cargo, se contempla además de la inhabilitación y multa, una pena privativa de libertad. En este sentido, compartimos la crítica de que “atendido el tenor de las disposiciones aludidas, para el legislador es más grave que un funcionario público solicite o acepte un beneficio económico para omitir un acto debido propio de su cargo o para ejecutar un acto con infracción a los deberes de su cargo, que para cometer un delito ministerial en el ejercicio de su cargo. Esto es inaceptable y requiere una urgente modificación legal”²¹².

D. Figura básica de cohecho del particular, activo o pasivo (cohecho activo o soborno).

Artículo 250. El que ofreciere o consintiere en dar a un empleado público un beneficio económico, en provecho de éste o de un

²¹² RODRÍGUEZ Collao, Luis y OSSANDÓN, M. Magdalena; Ob. Cit., página 330.

tercero, para que realice las acciones o incurra en las omisiones señaladas en los artículos 248, 248 bis y 249, o por haberla realizado o haber incurrido en ellas, será castigado con las mismas penas de multa e inhabilitación establecidas en dichas disposiciones.

Tratándose del beneficio consentido u ofrecido en relación con las acciones u omisiones señaladas en el artículo 248 bis, el sobornante será sancionado, además, con pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio, en el caso del beneficio ofrecido, o de reclusión menor en su grado mínimo, en el caso del beneficio consentido.

Tratándose del beneficio consentido u ofrecido en relación con los crímenes o simples delitos señalados en el artículo 249, el sobornante será sancionado, además, con pena de reclusión menor en su grado medio, en el caso del beneficio ofrecido, o de reclusión menor en sus grados mínimo a medio, en el caso del beneficio consentido. En estos casos, el sobornante no podrá ser sancionado, adicionalmente, por la responsabilidad que le hubiere cabido en el crimen o simple delito cometido por el funcionario.

D.1 Clasificación

Se trata de un cohecho activo, pues el sujeto activo es el particular; cohecho propio o impropio, dependiendo de si el particular ofrece o consiente en dar la retribución al funcionario por ejecutar u omitir un acto propio del cargo o por cometer un delito funcionario; y será cohecho antecedente o subsiguiente, según si el beneficio económico se ofrece o consiente en dar para ejecutar u omitir dichos actos en el futuro o por haberlos realizado.

D.2 Tipicidad

Se contemplan dos hipótesis en esta figura:

1. El particular que ofrece o consiente en dar a un empleado público un beneficio económico, en provecho de éste o de un tercero, para que realice las acciones o incurra en las omisiones señaladas en los artículos 248, 248 bis y 249 del Código Penal.
2. El particular que ofrece o consiente en dar a un funcionario público un beneficio económico, en provecho de éste o de un tercero, por haber realizado las acciones o incurrido en las omisiones señaladas en los artículos 248, 248 bis y 249.

D.2.1 Tipo objetivo

D.2.1.1 Verbo rector

Podemos distinguir dos conductas típicas en este delito, que pueden consistir en ofrecer un beneficio económico o en consentir en darlo.

La modalidad activa consiste en ofrecer, que según el Diccionario de la Real Academia Española significa “comprometerse alguien a dar, hacer o decir algo”. En este caso, es el particular quien se compromete a dar un beneficio económico al funcionario, para que éste realice u omita ciertos actos, es decir, la iniciativa de cometer el delito es del particular que con su conducta busca corromper al funcionario.

La modalidad pasiva consiste en consentir en dar. Consentir, según el diccionario ya mencionado, significa “permitir algo o condescender en que se

haga”. En este caso, la iniciativa de cometer el delito proviene del funcionario público que solicita un beneficio económico indebido, pero lo que aquí se reprocha es la conducta del particular que accede a tal solicitud.

No se ha señalado por el legislador la forma en que debe manifestarse el ofrecimiento o el consentimiento en dar por parte del particular. Lo lógico es que cualquier medio (ya sean palabras, gestos o un determinado comportamiento) del que pueda extraerse una conclusión inequívoca, resulte idóneo para manifestar la voluntad en el sentido de ofrecer o consentir en dar. En este sentido lo ha entendido la jurisprudencia, y se ha condenado a un particular por la figura de cohecho del Artículo 250, aunque entre él y los funcionarios públicos no hayan mediado palabras, frente a una situación de esta naturaleza y en que el imputado finalmente fue condenado, la Corte de Apelaciones de Santiago señaló: “el imputado (Xiao Ping Li), el 21 de octubre de 2005, alrededor de las 12:50 horas, en el interior del restaurante de comida china llamado Li Ping ubicado en Recoleta 212, comuna de Recoleta, en esta ciudad, puso sendas sumas de \$10.000 en el bolsillo de los respectivos pantalones de dos carabineros, que en ese momento fiscalizaban el referido establecimiento, descubriendo que vendía alcohol sin patente para ello, actuar aquél que tuvo el evidente fin de no ser sancionado por esa falta”²¹³.

Respecto a la segunda conducta, consentir en dar, podemos distinguir otra de las diferencias entre éste delito y el de exacciones ilegales. En éste último, no existe una simple solicitud sino más bien una exigencia por parte del funcionario público, por lo que el particular se ve obligado a acceder a tal solicitud convirtiéndose en una víctima del funcionario que abusando de su cargo se encuentra en una posición dominante, lo que explica que en dicho caso la conducta del particular no sea punible. Distinto es el caso del cohecho, donde el particular es libre de acceder o no a la solicitud del funcionario, y en caso de

²¹³ Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia del 17 de marzo de 2006. Disponible en Internet: <http://jurischile.com/2006/10/cohecho-fundamentacin-de-sentencia.html>

consentir en dar lo que éste último solicita, su conducta es reprochada penalmente y merecedora de una sanción penal.

No sucede lo mismo en el Código Penal Español por ejemplo, donde en ciertos casos se contempla una excusa legal absolutoria respecto al particular que accede a la solicitud del funcionario. El Artículo 427 de dicho Código señala: “Quedará exento de pena por el delito de cohecho el particular que haya accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva o presente realizada por autoridad o funcionario público y denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación, antes de la apertura del correspondiente procedimiento, siempre que no hayan transcurrido más de diez días desde la fecha de los hechos”.

En este caso, no obstante existir el delito, el legislador prefirió no sancionar la conducta del particular que incurrió en aquél y que denuncia los hechos en un tiempo razonable, con tal de no permitir que el cohecho del funcionario quede en la impunidad.

Si bien se ha criticado esta norma²¹⁴, creemos que es de gran utilidad para poner al descubierto a funcionarios corruptos, pues se trata de hechos que de no ser por la denuncia del particular, lo más seguro es que hubiesen continuado ocultos y estaban destinados a quedar impunes. Asimismo, hay que tener en cuenta que es mucho más grave la conducta del funcionario que la del particular, pues el cohecho del funcionario es un delito de daño efectivo y el del particular es sólo de peligro, y además de vulnerarse el bien jurídico del correcto ejercicio de la función pública, el funcionario infringe la confianza que la Administración ha depositado en él y los deberes propios de su cargo. Por lo que parece adecuado dentro de la lucha contra la corrupción que existe hoy en día, que exista una norma parecida a la del Código Penal Español en nuestro ordenamiento jurídico,

²¹⁴ Por la doctrina minoritaria, Muñoz Conde, por ejemplo, aunque la doctrina mayoritaria no cuestiona la existencia de la norma, Conde Pumpido, Orts, Serrano, entre otros.

por supuesto, con las mismas limitaciones (que no se haya iniciado un procedimiento, existencia de un plazo, etc.) pues la idea es poner al descubierto hechos de corrupción que estaban destinados a permanecer clandestinos, y no el generar una válvula de escape para los particulares corruptos que se sienten amenazados de recibir una sanción.

D.2.1.2 Sujeto activo

El cohecho del particular es un delito común, pues cualquier persona puede ser sujeto activo. Así, el particular que por diversas razones (personales, laborales, etc.) tenga que tratar con un funcionario público y pretenda que éste último realice ciertas acciones u omisiones a su favor, ofreciéndole un beneficio económico a cambio, incurre en este delito. Lo mismo sucede si se limita a aceptar la solicitud del funcionario.

Además, hay que recordar que en nuestro ordenamiento jurídico el cohecho está concebido como un delito de naturaleza unilateral, por lo que el soborno del particular es independiente al cohecho del funcionario, y se perfecciona de forma autónoma. Así lo ha señalado también la jurisprudencia, en el caso de un particular que ofrece al alcalde una cantidad de dinero para que éste le otorgue a su empresa una concesión, como el alcalde no aceptó el dinero, el particular pretendía ser absuelto pues señalaba que para configurar el delito de soborno se requería una acción de carácter bilateral, frente a esta argumentación la Corte sostuvo: “el delito se consuma por ese solo comportamiento (ofrecer), independientemente de que el funcionario acepte o no el pago ofrecido o realice o no la conducta funcionaria por la cual recibió la dádiva o esta le fue prometida... Que los hechos establecidos por los sentenciadores, según se reseñó precedentemente, llevan inequívocamente a la convicción de que Eric Cifuentes Jaque hizo una dádiva de \$ 8.000.000 en billetes de \$10.000 al Alcalde de Rancagua Esteban Valenzuela Von Treck para que este actuara en favor de una

empresa participante en una propuesta de vertedero de residuos llamada por la propia Municipalidad de Rancagua, y el hecho de que el Alcalde no la aceptara y en cambio, denunciara el soborno que sobre él se ejercía, no altera la punibilidad del hecho”²¹⁵.

D.2.2 Tipo subjetivo

La figura básica de cohecho del particular sólo puede cometerse con dolo, el particular debe tener conocimiento del carácter indebido del beneficio económico que otorga al funcionario, para que éste último ejecute u omite ciertos actos propios del cargo, y a pesar de esto, voluntariamente ofrecer o consentir en darlo.

D.3 Problemas de penalidad

El particular que ofrezca o consienta en dar un beneficio económico al funcionario para que realice las conductas señaladas en los artículos 248 (por ejecutar o haber ejecutado un acto propio del cargo), 248 bis (por omitir o haber omitido un acto propio del cargo o por ejecutar o haber ejecutado un acto con infracción a los deberes del cargo) y 249 (comisión de un delito funcionario), será castigado con las mismas penas de multa e inhabilitación establecidas en dichas disposiciones. Como podemos ver, respecto a las penas no privativas de libertad, la penalidad es la misma para el funcionario y para el particular.

En el caso del Artículo 248 bis, el sobornante será sancionado además con pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio, en el caso del beneficio ofrecido, o de reclusión menor en su grado mínimo, en el caso del beneficio consentido.

²¹⁵ Corte Suprema, Sentencia del 29 de agosto de 2000. Disponible en Internet: www.microjuris.com

Y en el caso del artículo 249, el particular será sancionado además con pena de reclusión menor en su grado medio, en el caso del beneficio ofrecido, o de reclusión menor en sus grados mínimo a medio, en el caso del beneficio consentido.

La doctrina ha señalado que existe una infracción al principio de proporcionalidad, en el caso que el beneficio económico se ofrezca o consienta en dar por cometer un delito funcionario, pues en el caso en que el delito no se cometa, la sanción que recibe el particular es mucho mayor que la del funcionario que solicita o acepta el beneficio, ya que sólo el primero será castigado con penas privativas de libertad. La decisión del legislador de castigar con mayor severidad al particular carece de lógica, y en este sentido, se ha sostenido que “no resulta aceptable que el particular sea castigado con penas más graves que el funcionario público, atendida la diferente forma en que el bien jurídico resulta afectado por la conducta de cada uno”²¹⁶.

Por otra parte, el legislador establece una limitación de responsabilidad para el particular, señalando expresamente en el inciso final del Artículo 250, que en caso de que el delito se ejecute, el sobornante no podrá ser sancionado adicionalmente por la responsabilidad que le hubiere cabido en el crimen o simple delito cometido por el funcionario.

E. Figura privilegiada del cohecho del particular. Cohecho en causa criminal a favor del procesado.

Artículo 250 bis. En los casos en que el delito previsto en el artículo anterior tuviere por objeto la realización u omisión de una actuación de las señaladas en los artículos 248 ó 248 bis que mediare en causa criminal a favor del procesado, y fuere cometido por su cónyuge, por alguno de sus ascendientes o descendientes consanguíneos o afines,

²¹⁶ OLIVER Calderón., Guillermo; Ob. Cit., página 109.

por un colateral consanguíneo o afín hasta el segundo grado inclusive, o por persona ligada a él por adopción, sólo se impondrá al responsable la multa que corresponda conforme las disposiciones antes mencionadas.

E.1 Clasificación

Se trata de un cohecho activo, pues el sujeto activo es un particular; cohecho propio, pues el particular ofrece o consiente en dar la retribución al funcionario por ejecutar u omitir un acto propio del cargo; y será cohecho antecedente o subsiguiente, según si el beneficio económico se ofrece o consiente en dar para ejecutar u omitir dichos actos en el futuro o por actos ya realizados.

E.2 Tipicidad

Se contemplan tres hipótesis. El particular ofrece o consiente en dar al funcionario público, un beneficio económico en provecho de éste o de un tercero:

1. para ejecutar o por haber ejecutado un acto propio del cargo, dentro de una causa criminal a favor del procesado.
2. para omitir o por haber omitido un acto debido propio de su cargo, dentro de una causa criminal a favor del procesado.
3. para ejecutar o por haber ejecutado un acto con infracción a los deberes de su cargo, dentro de una causa criminal a favor del procesado.

E.2.1 Aspectos relevantes de la tipicidad objetiva: verbo rector y sujeto activo

Se distingue en esta hipótesis de cohecho, una modalidad activa y una pasiva, consistentes respectivamente en ofrecer o consentir en dar, un beneficio económico al funcionario, a cambio de que éste ejecute u omita un acto propio del cargo, siendo lo distintivo de ésta conducta y que configura la hipótesis privilegiada de cohecho del particular, que debe tratarse exclusivamente de un acto propio del cargo que diga relación con una causa criminal y a favor del procesado.

Además, por tratarse de una forma privilegiada de cohecho, el sujeto activo (que como señalamos anteriormente es un particular) debe tener además la calidad de cónyuge, ascendiente o descendiente (consanguíneo o afín), colateral (consanguíneo o afín hasta el segundo grado inclusive) o persona ligada por adopción, en relación al procesado a cuyo beneficio se realizarían las gestiones dentro de la causa criminal. Por esta razón, si quien ofrece o consiente en dar el beneficio económico es, por ejemplo, la conviviente o el mejor amigo del procesado, no podrá aplicarse esta figura privilegiada, y lo mismo sucede si el sujeto activo resulta ser el propio procesado.

E.3 Problemas de penalidad

Por tratarse de una figura privilegiada la pena es mucho más benévola, y se establece que sólo se impondrá al responsable la pena de multa que corresponda, distinguiendo si el beneficio económico se ofreció o consintió en dar por ejecutar un acto propio del cargo, por omitirlo o por ejecutar un acto con infracción a los deberes del cargo.

El Código Penal Español en su Artículo 424 presenta una figura muy similar a la del cohecho privilegiado, en los siguientes términos: “Cuando el soborno mediere en causa criminal en favor del reo por parte de su cónyuge u otra persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, o de algún ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza, por adopción o afines

en los mismos grados, se impondrá al sobornador la pena de multa de tres a seis meses”.

Ya que la doctrina nacional no ha profundizado sobre las razones que justificarían la atenuación de la pena, haremos referencia principalmente a lo señalado respecto a este último artículo.

Para Díaz y García Conlledo, “la naturaleza de la atenuación es discutida y discutible, pero parece deberse a razones de índole familiar en un supuesto extremo (causa criminal), en que tal vez el legislador estime más comprensible el comportamiento (o, dicho de otra forma, menos exigible el comportamiento conforme a Derecho)”²¹⁷. Serrano, por su parte, señala que esta “pena reducida obedece a lógicos criterios de menor exigibilidad y reprochabilidad cuando se trata de un familiar o persona ligada por relaciones de afectividad”²¹⁸.

Dentro de la doctrina nacional, Etcheberry es uno de los pocos autores que se refiere al tema, y en el mismo sentido sostiene que esta disposición “se inspira, entre nosotros, en la admisión de ciertos principios de la concepción normativa de la culpabilidad y de la no exigibilidad de otra conducta”²¹⁹.

Una posición distinta sostiene Oliver, quien señala “no parece que la presencia de algunas de las relaciones de parentesco que en la citada disposición se indican, necesariamente, conduzca a una modificación en el juicio de reproche o una falta de normalidad motivacional del sujeto mediante normas”²²⁰, lo que le lleva a sostener que no son razones de menor exigibilidad del comportamiento conforme a Derecho, como sostiene la mayoría de la doctrina, las que explican esta atenuación de pena, sino que se trata “de consideraciones de política criminal

²¹⁷ DÍAZ y García Conlledo, Miguel; Ob. Cit., página 168.

²¹⁸ SERRANO Gómez, Alfonso y SERRANO Maillo, Alfonso; Ob. Cit. página 814.

²¹⁹ ETCHEBERRY O, Alfredo; Ob. Cit., página 259.

²²⁰ OLIVER Calderón., Guillermo; Ob. Cit., página 110.

que buscan proteger la institución de la familia, atendida su importancia en nuestra sociedad”²²¹.

F. Soborno internacional.

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

De igual forma será castigado el que ofreciere dar el aludido beneficio a un funcionario público extranjero por haber realizado o haber incurrido en las acciones u omisiones señaladas.

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

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

²²¹ OLIVER Calderón., Guillermo; Ob. Cit., página 111.

F.1 Bien jurídico protegido en el delito de soborno internacional

Existen principalmente dos posturas respecto al bien jurídico protegido en el delito de soborno internacional. Por una parte, hay quienes sostienen que lo que se protege es el normal desarrollo de las relaciones económicas internacionales, y por otra, hay quienes identifican un atentado al correcto ejercicio de la función pública y en específico a la probidad administrativa²²².

En relación a la primera postura, hay quienes piensan que “en esta clase de delitos no parece ser la probidad de los funcionarios públicos involucrados el bien jurídico preponderante”²²³, y se señala que más bien se busca resguardar el correcto desarrollo del comercio internacional. Quienes adoptan este criterio, señalan además que “atendida la radical diferencia entre el bien jurídico protegido por el delito de cohecho y el que se quiere cautelar con la nueva figura delictiva, que habría sido preferible la incorporación de ésta en un nuevo título que se hubiera creado para tal efecto”²²⁴. No compartimos esta opinión, y si bien se restringe la aplicación del soborno internacional a aquellos casos en que se busca obtener o mantener un negocio o ventaja en el ámbito de transacciones comerciales internacionales, limitación que sin duda puede ser criticada, no creemos que por ello se pueda sostener que lo que le interesa al legislador es resguardar sólo relaciones comerciales.

En cuanto a la segunda postura, se sostiene que el bien jurídico protegido es “el normal funcionamiento de la administración pública y organizaciones internacionales, así como la transparencia frente a la corrupción de autoridades o funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales. Se tutela la imparcialidad en el cumplimiento de las obligaciones de tales funcionarios”²²⁵. Adherimos a esta opinión, y creemos que al igual que en las hipótesis de cohecho

²²² A favor de la primera postura Rodríguez-Ossandón, y a favor de la segunda Serrano, entre otros.

²²³ POLITOFF, Sergio; MATUS, [Jean Pierre](#); RAMIREZ, [María Cecilia](#); Ob. Cit., página 508.

²²⁴ RODRÍGUEZ Collao, Luis y OSSANDÓN, M. Magdalena; Ob. Cit.; página 341.

²²⁵ SERRANO Gómez, Alfonso y SERRANO Maillo, Alfonso; Ob. Cit. página 841.

analizadas anteriormente, el principal bien jurídico protegido es el correcto ejercicio de la función pública y en especial la probidad de dichos funcionarios, sin embargo, en este caso el bien jurídico tutelado es más amplio, pues comprende no sólo el buen funcionamiento de la Administración, sino también el correcto funcionamiento de las organizaciones internacionales, lo que se explica por la confianza que depositan tanto los Estados como particulares en este tipo de organizaciones y en sus funcionarios.

Esta figura nace como una reacción frente a la corrupción, y por tanto, consideramos que lo que se busca proteger en última instancia, es el correcto ejercicio de la función pública, esta vez frente a amenazas que vienen desde fuera de las fronteras de un país. Y siguiendo este criterio, consideramos que es correcto incluir el soborno internacional dentro del Párrafo 9²²⁶, pues en las distintas hipótesis de cohecho se persigue la protección del mismo bien jurídico.

F.2 El soborno internacional y la “Convención para combatir el Cohecho a Funcionarios Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales”

La “Convención para combatir el Cohecho a Funcionarios Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales”, fue suscrita el 17 de diciembre de 1997 y promulgada como ley de la República mediante Decreto Supremo N° 496 del año 2001. El Estado de Chile, en cumplimiento de esta Convención y mediante la Ley 19.829 del año 2002 que modifica el Código Penal respecto el delito de cohecho, agrega el artículo 250 bis A que tipifica la figura del soborno internacional.

Se ha cuestionado por parte de la doctrina, la real influencia que tuvo la “Convención para combatir el Cohecho a Funcionarios Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales” y la posterior tipificación del soborno internacional, afirmándose que “en honor a la verdad, es preciso señalar que la

²²⁶ Del Título V Libro II del Código Penal

modificación de la legislación penal para conseguir el primer objetivo (de adecuar la legislación penal para tipificar el delito de soborno internacional) era una obligación contraída por el Estado de Chile con anterioridad”²²⁷. En relación a esta última afirmación, no podemos negar que ya en la “Convención Interamericana contra la Corrupción” vigente en Chile desde el año 1999, se había establecido la obligación de tipificar y sancionar el soborno internacional cuando se veía involucrado un funcionario público extranjero. Sin embargo, hay que señalar que la “Convención para combatir el Cohecho a Funcionarios Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales” fue determinante a la hora de tipificar el delito de soborno internacional y el concepto de funcionario público extranjero, pues es esta Convención la que lleva en definitiva a modificar el Código Penal, es más, el propio legislador reconoce la Ley 19.829, que como señalamos anteriormente es la ley que incorpora la hipótesis de soborno internacional, como la ley que implementó esta última Convención, por lo que la influencia que tuvo la “Convención para combatir el Cohecho a Funcionarios Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales” a la hora de efectuar la tipificación de este delito es innegable.

F.3 Clasificación

Se trata de un cohecho activo, pues el sujeto activo es el particular que ofrece o consiente en dar un beneficio económico al funcionario público extranjero; cohecho propio o impropio, dependiendo de si el particular ofrece o consiente en dar la retribución al funcionario por ejecutar u omitir un acto propio del cargo o por cometer un delito funcionario; y será cohecho antecedente o subsiguiente, según si el beneficio económico se ofrece o consiente en dar para ejecutar u omitir dichos actos en el futuro o por acciones u omisiones ya realizadas .

²²⁷ RODRÍGUEZ Collao, Luis y OSSANDÓN, M. Magdalena; Ob. Cit.; página 340.

F.4 Tipicidad

Se contemplan tres hipótesis de soborno internacional en el Artículo 250 bis

A:

1. El sujeto activo ofrece dar a un funcionario público extranjero un beneficio económico, para que realice una acción o incurra en una omisión con miras a la obtención o mantención de cualquier negocio o ventaja en el ámbito de transacciones comerciales internacionales.
2. El sujeto activo ofrece un beneficio económico a un funcionario público extranjero por haber realizado o haber incurrido en dichas acciones u omisiones.
3. El sujeto activo consiente en dar un beneficio económico, para que el funcionario público extranjero realice una acción o por haberla realizado, o incurra en una omisión o haber ya incurrido en ella, que diga relación con la obtención o mantención de cualquier negocio o ventaja en el ámbito de transacciones comerciales internacionales.

F.4.1 Aspectos relevantes de la tipicidad objetiva: verbo rector, sujeto activo y objeto del soborno

Al igual que en las hipótesis de cohecho analizadas anteriormente, en que el sujeto activo era un particular, la conducta punible puede adoptar dos modalidades, consistentes en ofrecer o consentir en dar un beneficio económico a un funcionario público. La diferencia es que en éste caso debe tratarse de un funcionario público extranjero, y además, dicha retribución económica debe ofrecerse exclusivamente para que dicho funcionario realice una acción o incurra en una omisión (o por haber incurrido en tales conductas anteriormente) con miras

a la obtención o mantención de cualquier negocio o ventaja en el ámbito de transacciones comerciales internacionales.

Se ha señalado que “este tipo penal se diferencia del soborno común en cuanto al sujeto pasivo, ya que se trata de un funcionario público extranjero, y al objeto del mismo, más restringido que en los artículos anteriores, protegiendo sólo intereses en el ámbito de transacciones comerciales internacionales”²²⁸.

En cuanto a la primera diferencia, y como señaláramos en el Capítulo I, el Artículo 250 bis B nos entrega un concepto de funcionario público extranjero, incorporando dentro de esta categoría a cualquier persona que detente un cargo en el poder ejecutivo, legislativo o judicial en un país extranjero, que ejerza una función pública para un país extranjero, o un funcionario de una organización pública internacional. Y en cuanto a la segunda diferencia, se ha criticado que el objeto del soborno se limite a la obtención o mantención, de cualquier negocio o ventaja en el ámbito de transacciones comerciales internacionales, pues se señala que “esta limitación hace impune, por ejemplo, el soborno para torturar, detener ilegítimamente, allanar irregularmente, violar secretos, etc., lo que resulta del todo extraño si se quiere lograr una verdadera colaboración internacional en materias penales y no sólo la protección de intereses comerciales”²²⁹, crítica que compartimos plenamente.

Por otra parte, hay que señalar que la figura de soborno internacional contemplada en el Artículo 250 bis A, contempla el ofrecimiento o consentimiento de otorgar un beneficio exclusivamente económico al funcionario público extranjero, en cambio, en el Artículo 1º de la Convención se hace referencia de manera mucho más amplia a “cualquier ventaja pecuniaria o de otra índole”; por esta razón se ha señalado que “se ha cumplido sólo parcialmente la obligación

²²⁸ BULLEMORE Gallardo, Vivian R. y MACKINNON Roehrs, John R.; Ob. Cit.; página 177. En el mismo sentido, POLITOFF, Sergio; MATUS, [Jean Pierre; RAMIREZ, María Cecilia](#); Ob. Cit.; página 507.

²²⁹ POLITOFF, Sergio; MATUS, [Jean Pierre; RAMIREZ, María Cecilia](#); Ob. Cit.; página 507.

contraída por el Estado al suscribir esta Convención²³⁰ pues la hipótesis que contempla el Artículo 250 bis A es mucho más restringida, pudiendo ocasionar que conductas que debieran ser sancionadas de acuerdo a la Convención queden impunes a la luz de nuestra legislación penal.

F.5 Penas

La pena depende de si el sujeto activo tuvo la iniciativa de cometer el delito o si por el contrario se limita a aceptar la propuesta del funcionario público extranjero.

El particular que incurra en la conducta de ofrecer el beneficio económico, será sancionado con la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio, multa del tanto al duplo del provecho ofrecido, y con la pena de inhabilitación especial o absoluta para cargos u oficios públicos temporales en cualquiera de sus grados.

El particular que consintiere en dar el referido beneficio al funcionario público extranjero, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo, además de las mismas penas de multa e inhabilitación señaladas.

Como podemos ver, el legislador considera de mayor gravedad la conducta del particular que intenta corromper, pues la pena privativa de libertad que se podría llegar a imponer es más alta que en el caso que el particular simplemente acepte la propuesta del funcionario.

²³⁰ RODRÍGUEZ Collao, Luis y OSSANDÓN, M. Magdalena; Ob. Cit.; página 343.

CAPÍTULO QUINTO

INCREMENTO PATRIMONIAL RELEVANTE E INJUSTIFICADO

El delito de incremento patrimonial relevante e injustificado, denominado comúnmente enriquecimiento ilícito, es contemplado en el Artículo 241 bis del Código Penal. Esta figura, es incorporada en nuestro ordenamiento jurídico penal recién el año 2006, lo que explica la escasa doctrina y jurisprudencia nacional que hay sobre la materia.

Artículo 241 bis. El empleado público que durante el ejercicio de su cargo obtenga un incremento patrimonial relevante e injustificado, será sancionado con multa equivalente al monto del incremento patrimonial indebido y con la pena de inhabilitación absoluta temporal para el ejercicio de cargos y oficios públicos en sus grados mínimo a medio.

Lo dispuesto en el inciso precedente no se aplicará si la conducta que dio origen al incremento patrimonial indebido constituye por sí misma alguno de los delitos descritos en el presente Título, caso en el cual se impondrán las penas asignadas al respectivo delito.

La prueba del enriquecimiento injustificado a que se refiere este artículo será siempre de cargo del Ministerio Público.

Si el proceso penal se inicia por denuncia o querrela y el empleado público es absuelto del delito establecido en este artículo o se dicta en su favor sobreseimiento definitivo por alguna de las causales establecidas en las letras a) o b) del artículo 250 del Código Procesal Penal, tendrá derecho a obtener del querellante o denunciante la indemnización de los perjuicios por los daños materiales y morales que haya sufrido, sin perjuicio de la responsabilidad criminal de estos últimos por el delito del artículo 211 de este Código.

1. Convención Interamericana contra la Corrupción

Esta Convención, cuyo objetivo es prevenir y sancionar toda forma de corrupción pública, contempla el delito de enriquecimiento ilícito en su artículo IX señalando que “Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados Partes que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito, el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él”.

En cumplimiento de la Convención, el año 2006, nuestro país tipifica este delito mediante la ley 20.088, incorporando al Código Penal el Artículo 241 bis y estableciendo entre otras obligaciones, la de efectuar una declaración jurada patrimonial de bienes a las autoridades que ejercen una función pública.

Llaman la atención los términos utilizados en la Convención, respecto a la forma en que debía tipificarse el delito de enriquecimiento ilícito, esto es, “Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico”, pues si bien se cumple con el mandato de tipificar esta figura, esto no se ha hecho en los términos antes señalados, si se considera que se ha cuestionado su existencia, precisamente porque no se respetan principios fundamentales de nuestro derecho, como el principio de legalidad y la presunción de inocencia, ambos consagrados constitucionalmente.

2. Bien jurídico

El delito de incremento patrimonial relevante e injustificado, que como ya señalamos es denominado comúnmente como enriquecimiento ilícito, es un delito pluriofensivo en que “el macro bien jurídico es el correcto funcionamiento de la administración pública y el micro bien jurídico u objeto específico de tutela penal es el deber de honradez del funcionario público”²³¹.

En términos generales, se busca resguardar el correcto ejercicio de la función pública, lo que necesariamente implica que los funcionarios públicos ejerzan dicha función respetando el principio de probidad y sin incurrir en actos de corrupción, porque “la corrupción pública no sólo afecta la confianza pública en el servidor público, si no que también daña la credibilidad que el pueblo tiene en los órganos del Estado. Ello es comprensible toda vez que los órganos estatales son entes abstractos que sólo pueden materializarse a través de sus representantes, llámense funcionarios o servidores públicos”²³².

²³¹ NAKAZAKI Servigón, César Augusto; “Problema de aplicación del tipo penal de enriquecimiento ilícito: desconocimiento de su naturaleza subsidiaria”, página 1.

²³² DÍAZ Aranda, Enrique. Enriquecimiento ilícito de servidores públicos. Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1999, página 77.

Respecto al resguarda al principio de probidad, se ha defendido su protección señalando que “si bien es cierto que estos valores son éticos, también lo es que a través de ellos se puede lograr la incorruptibilidad de la función pública. Es por ello, que el legislador los ha plasmado como mandatos...”²³³. Se resguarda con esta figura entonces, el deber de probidad y honradez que pesa sobre los funcionarios públicos, deberes que se justifican por la confianza que se ha depositado en dichos funcionarios y que están establecidos de manera objetiva en nuestra legislación.

3. Tipicidad

Existe sólo una hipótesis del delito de enriquecimiento ilícito, que se produce cuando el empleado público, durante el ejercicio de su cargo, obtiene un incremento patrimonial relevante e injustificado.

3.1 Tipo objetivo

3.1.1 Verbo rector y principio de legalidad

Uno de los principios que rige nuestro sistema de derecho penal, así como el de cualquier estado democrático y de derecho, es el principio de legalidad, según el cual no hay crimen ni pena sin que previamente una ley así lo establezca. El principio de legalidad es recogido en nuestra Constitución, que señala en el artículo 19 N° 3 que “Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”.

Se ha señalado por la doctrina, que para que la ley penal efectivamente cumpla con este principio debe cumplir con los requisitos de: *lex praevia*, *lex scripta* y *lex stricta*²³⁴. Este último requisito señala que “la conducta prohibida ha

²³³ DÍAZ Aranda, Enrique; Ob. Cit., página 74.

²³⁴ Garrido Montt, Morales, Sancinetti, entre otros.

de describirse con claridad y exhaustivamente en lo sustancial, diferenciando una de otra adecuadamente, de modo que puedan individualizarse sin dudas”²³⁵.

Si bien lo que se sanciona en el delito de enriquecimiento ilícito es el obtener un incremento patrimonial relevante e injustificado, no se indica cuál es la conducta penalmente relevante y que en definitiva se sanciona, falta una “descripción completa de la conducta que se pretende sancionar, porque el incremento patrimonial, que es el núcleo de la figura que se propone, no es en sí una conducta, sino una situación de hecho”²³⁶. El que no exista en este tipo penal una acción u omisión específica que se prohíba, claramente vulneraría el principio de legalidad, pues no se cumple con el requisito de *lex stricta*, al no existir una descripción exhaustiva de la conducta prohibida.

3.1.2 Sujeto activo

El delito de enriquecimiento ilícito es un delito especial propio, pues el sujeto activo es un funcionario público y sin esta calidad la conducta es atípica. No existe en nuestro derecho la figura de enriquecimiento ilícito cometida por particular.

Por otra parte se requiere, aunque el tipo penal no lo señale expresamente, la “existencia de un nexo funcional entre el cargo del agente y el incremento patrimonial no justificado”²³⁷, es decir, es precisamente en el ejercicio de su cargo y en razón de sus funciones, que el funcionario público consigue el incremento patrimonial relevante e injustificado. Esta exigencia es lógica, si se considera que es la única manera de entender que se atenta contra el correcto ejercicio de la función pública, y que el funcionario público infringe el deber de probidad que

²³⁵ [GARRIDO Montt, Mario, “Derecho penal: Parte General”](#); 3ª Edición; Editorial Jurídica de Chile, 2003, página 32.

²³⁶ MORALES Peña, Roberto; Ob. Cit., página 9.

²³⁷ MORALES Peña, Roberto; Ob. Cit., página 12.

recae sobre él. En el Código Penal peruano, este requisito está expresamente contemplado en el tipo, donde el Artículo 401 castiga al “funcionario o servidor público que, por razón de su cargo, se enriquece ilícitamente...”.

Como señalamos anteriormente, no existe en el tipo una descripción completa de la acción que se sanciona, y “al no estar descrita en el tipo la conducta a través de la cual el servidor ha usado la función pública para enriquecerse... corresponde al Juez realizar esa función integradora del tipo, analizando en cada caso en concreto si la función que desempeña el servidor pudo ser utilizada por éste para incrementar su patrimonio. En consecuencia, si de las diligencias realizadas se desprende que el enriquecimiento del servidor no pudo provenir del uso de la función pública, el juez deberá considerar atípica la situación del servidor”²³⁸.

Se debe probar por tanto, no sólo que el sujeto activo es efectivamente un funcionario público, sino además que ha obtenido el incremento patrimonial en el ejercicio de su cargo y a consecuencia del ejercicio de la función pública. Supongamos por ejemplo que un funcionario público decide dedicarse también al tráfico de estupefacientes, en este caso, si bien existirá un incremento patrimonial relevante y legalmente injustificado (pues no existirán boletas o facturas que logren explicar tal incremento), si el funcionario actuó como podría haber actuado cualquier particular que comete dicho ilícito, sin prevalerse de su carácter de funcionario público, no podrá ser sancionado por el delito de enriquecimiento ilícito.

El Código Penal argentino tipifica este delito de manera mucho más amplia que en nuestra legislación, pues señala que se aplicarán las penas al funcionario público que “no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo”, es decir, se contempla la posibilidad de que el incremento patrimonial exista en el patrimonio del

²³⁸ DÍAZ Aranda, Enrique; Ob. Cit., página 92.

funcionario público o en el de un tercero. La misma posibilidad se contempla en el artículo 428 del Código Penal mexicano.

Esta forma de tipificar el delito, es doblemente cuestionable, desde el punto de vista de la presunción de inocencia, porque la carga de la prueba ya no recaerá sólo en el funcionario público sino también en éste tercero si no quiere verse expuesto a recibir una sanción penal. Y el castigo que se contempla para este tercero no es menor, pues se señala que la persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con la misma pena que el autor del delito, lo que también es criticable, porque se trata de un tercero que no detenta la calidad de funcionario público, y que por tanto no tiene los deberes de éste último ni infringe el mismo bien jurídico. Además, pudo haber tenido una participación en calidad de cómplice o encubridor, y aún así será castigado con la misma pena que el autor del delito.

3.1.3 Incremento patrimonial: relevante e injustificado

El delito de enriquecimiento ilícito se configura cuando el funcionario público ha experimentado en su patrimonio un incremento patrimonial relevante e injustificado, es decir, al asumir el cargo detentaba un determinado patrimonio y posteriormente en el ejercicio de su cargo, éste aumenta considerable e inexplicablemente. Surge por tanto, la necesidad práctica de que los funcionarios públicos efectúen una declaración jurada patrimonial de sus bienes antes de comenzar a ejercer sus cargos y una vez que finalizan sus funciones, pues es la única manera de efectuar una comparación y determinar si existe tal incremento.

Que el incremento patrimonial sea relevante, quiere decir que debe ser importante o significativo, “considerando para ello el nivel remunerativo del sujeto activo o la composición de su patrimonio”²³⁹.

²³⁹ MORALES Peña, Roberto; Ob. Cit., página 12.

Hay que tener presente que todo patrimonio presenta activos y pasivos, por lo que el incremento patrimonial puede producirse ya sea por el aumento de activos, como por la extinción o disminución de pasivos. El Código Penal argentino se refiere expresamente a esta posibilidad, al señalar en el artículo 268 (2) que “Se entenderá que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban”.

Además, el incremento patrimonial debe ser injustificado, lo que sucede cuando el funcionario público es requerido y no logra acreditar o probar su origen, es decir, no es capaz de explicar convincentemente como se produjo tal incremento.

Si el funcionario público acredita el legítimo aumento de su patrimonio, lógicamente no podrá ser objeto de ninguna sanción penal. El incremento sería justificado, por ejemplo, si el funcionario público señalara que recibió una herencia, o demostrara que unas acciones que le pertenecían triplicaron su valor y eso hizo que su patrimonio aumentara considerablemente. Pero si al tratar de justificar el incremento de su patrimonio, queda al descubierto que éste se obtuvo a consecuencia de algún acto ilícito, entonces el funcionario público deberá ser condenado por el delito que se configure, pero no por el delito de enriquecimiento ilícito. Esto es lo que sucedería en el ejemplo antes mencionado, donde el funcionario obtuvo un incremento patrimonial relevante al dedicarse al tráfico de estupefacientes.

El Código Penal peruano, no establece la expresión “injustificado” pero si hace referencia al concepto de “ilícito” que según la doctrina es un “elemento normativo del tipo que exige el verificar que el sujeto activo no tiene justificación para el incremento patrimonial detectado”²⁴⁰, por lo que en definitiva, ambas expresiones, injustificado e ilícito, hacen referencia a una misma situación.

²⁴⁰ NAKAZAKI Servigón, César Augusto; Ob. Cit, página 2.

3.1.4 Modalidades de la acción

Hay distintas posturas respecto a la conducta típica y la forma en que se comete este delito, hay quienes señalan que se trata de un delito de comisión, otros piensan que se trata de un delito de omisión, y hay quienes afirman que se trata de una figura compleja²⁴¹.

La primera posición ve lo constitutivo del ilícito en el acto comisivo por el cual el funcionario se enriquece, siendo la falta de justificación posterior una condición objetiva de punibilidad. La segunda postura señala que se trata de un delito de omisión, siendo lo constitutivo del ilícito el no justificar el enriquecimiento apreciable. Finalmente, existe una tesis intermedia, según la cual el tipo penal sería complejo, integrado tanto por la conducta que conduce el enriquecimiento como por la omisión posterior de no justificar.²⁴²

Quienes defienden la primera tesis, sostienen que lo central de la conducta es una acción, el obtener un enriquecimiento supone actos positivos, y señalan que “la omisión descrita en el tipo constituye una condición objetiva de punibilidad, pues el efecto de que el servidor acredite se centra exclusivamente en evitar las penas previstas”²⁴³.

Respecto a la segunda tesis, al señalar que se trata de un delito de omisión, se pretende dar un cumplimiento aparente al principio de legalidad, pues ya no se podría criticar que no existe una descripción exhaustiva de la conducta, pues la conducta (por omisión) sería precisamente el no justificar. Sin embargo, chocamos en esta tesis con otra garantía constitucional: la de no declarar para

²⁴¹ Hacen referencia a esta discusión Díaz, Nakazaki, Sancinetti, entre otros.

²⁴² SANCINETTI, Marcelo A.; “El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público: art. 268 (2), C.P.: un tipo penal violatorio del estado de derecho”; 2ª Edición; Editorial AD-HOC, Buenos Aires, 2000, página 99.

²⁴³ DÍAZ Aranda, Enrique; Ob. Cit., página 108.

autoinculparse o autoincriminación, según la cual nadie esta obligado a declarar si de esto podría surgir una persecución penal en su contra.

La tesis de que se trata de un delito por omisión, ha sido criticada señalando que “no es con la omisión del servidor con la que se afecta el bien jurídico tutelado, ni tampoco constituye lo injusto de la conducta y menos aún la culpabilidad del servidor”²⁴⁴. Compartimos esta opinión, pues lo que lesiona el bien jurídico, es la forma ilícita en que el funcionario obtiene un incremento patrimonial aprovechándose del ejercicio de la función pública, y no simplemente el no justificar. Y entendemos (o más bien suponemos, pues la acción no está descrita en el tipo), que el incremento patrimonial podría producirse tanto por acción como por omisión. El no poder determinar de manera categórica la modalidad en que se comete el delito, es una prueba más de la criticable técnica legislativa utilizada en esta figura penal.

En este sentido, hay autores que han señalado que “la “conducta punible” que aparece descrita como un resultado de incremento patrimonial relevante e injustificado, es en verdad la que se desplaza entre la mera omisión de declaración de algún bien, hasta la obtención ilegítima de beneficios del cargo, operando así como un tipo penal “de recogida”, ante la imposibilidad de imputar algún otro de los tipos penales que se encuentran en mismo título”²⁴⁵.

3.1.5 Momento en que debe producirse el enriquecimiento

No se pronuncia nuestro Código Penal respecto al momento en que debe producirse el enriquecimiento.

Si consideramos que el incremento patrimonial del funcionario público, debe producirse con ocasión del ejercicio de una función pública, debemos entender

²⁴⁴ DÍAZ Aranda, Enrique; Ob. Cit., página 110.

²⁴⁵ BULLEMORE Gallardo, Vivian R. y MACKINNON Roehrs, John R.; Ob. Cit., página 179.

que el enriquecimiento punible debe generarse durante el ejercicio del cargo, sin perjuicio de que este incremento se descubra o se haga efectivo después de que el funcionario haya cesado en sus funciones. Por el contrario, si el origen del incremento patrimonial relevante e injustificado se produce después de que el funcionario público ha cesado en el ejercicio de sus funciones, como en nuestra legislación no existe el delito de enriquecimiento ilícito cometido por particulares, tal situación sería impune.

A diferencia de otros ordenamientos jurídicos, no existen en nuestro Código Penal, límites de tiempo en cuanto al momento en que debe manifestarse el incremento patrimonial relevante e injustificado. En el Código Penal argentino y colombiano, por ejemplo, es posible que el incremento patrimonial pueda haber “ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño” o como señala el artículo 412 del Código Penal colombiano “durante su vinculación con la administración o... en los dos años siguientes a su desvinculación”. Se busca extender la responsabilidad del funcionario, aún después de que ha dejado el cargo. Sin embargo, el establecer este límite temporal puede resultar contraproducente, pues si 2 años y 1 día después de que el funcionario ha cesado en sus funciones, su cuenta bancaria comienza a recibir numerosos depósitos “relevantes e injustificados”, tal situación no podría enmarcarse dentro de la figura de enriquecimiento ilícito.

Creemos que lo relevante es el momento en que se origina el enriquecimiento, y el momento en que el funcionario lo percibe o puede efectivamente beneficiarse de él es irrelevante. Por lo que sin establecer límites de tiempo, nuestra legislación parece ser más efectiva en el sentido de perseguir el delito de enriquecimiento ilícito aún cuando el funcionario público haya cesado en sus funciones, si éste tuvo su origen en el ejercicio de la función pública.

3.2 Tipo subjetivo

Nuevamente surge un problema derivado de la falta de exhaustividad en la descripción de la conducta, pues el dolo exige conocimiento de los elementos objetivos del tipo, pero como sabemos, no se especifica en esta figura la acción u omisión que configura el delito, por lo que mal puede el funcionario conocer y tener la voluntad de incurrir en esta conducta. Pero si tenemos en cuenta que se trata de un delito que pasa por alto garantías constitucionales y donde se han flexibilizado las normas de imputación, nos bastaría la explicación de que el dolo del funcionario público se configura con el “conocimiento de que se está sacando provecho de los beneficios de ejercer una función pública para aumentar su patrimonio”²⁴⁶, en cuyo caso es imposible concebir una hipótesis culposa.

4. La presunción de inocencia y el delito de enriquecimiento ilícito

El delito de enriquecimiento ilícito, surge como una reacción a aquellos casos en que funcionarios públicos corruptos quedaban en la impunidad, sólo por las dificultades de probar que habían incurrido en un determinado ilícito en el ejercicio de su cargo. Por lo que ante la imposibilidad de demostrar la comisión de un delito y ante el hecho evidente de que el patrimonio del funcionario público había aumentado considerablemente y sin existir justificación, el legislador decide establecer una pena, pues “se sospecha que detrás de la riqueza de un funcionario, hay otro delito y, como éste no se puede probar, se invierte la carga de la prueba y con ellos se construye el tipo penal”²⁴⁷.

Nuestra Constitución recoge en el Artículo 19 N° 3 la presunción de inocencia en los siguientes términos “La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”. Es decir, ante un determinado hecho, el legislador no podrá presumir la existencia de un delito y por tanto la culpabilidad del imputado.

²⁴⁶ MORALES Peña, Roberto; Ob. Cit., página 12.

²⁴⁷ NAKAZAKI Servigón, César Augusto; Ob. Cit, página 5.

Asimismo, y a consecuencia del principio de inocencia, se entiende que es labor de la parte acusadora producir pruebas suficientes para destruir esta presunción, y lograr formar la convicción del juez más allá de toda duda razonable, de que el acusado ha tenido participación en un hecho punible. Sin embargo, en el caso del enriquecimiento ilícito, ante el hecho de un incremento patrimonial relevante e injustificado, el legislador presume la existencia de un delito. Si bien no es una presunción de derecho, pues el imputado puede destruir la presunción rindiendo prueba en contrario, justificando el origen del enriquecimiento, igualmente se vulnera la presunción de inocencia que “constituye en el ámbito legislativo un límite al legislador frente a la configuración de normas penales que impliquen una presunción de culpabilidad y conllevan para el acusado la carga de probar su inocencia”²⁴⁸.

Nuestro legislador, en el inciso 3º del Artículo 241 bis (seguramente para evitar el cuestionamiento respecto a la incompatibilidad de esta figura y el principio de inocencia), estableció que la prueba del enriquecimiento injustificado será siempre de cargo del Ministerio Público. Sin embargo, no nos parece que con esta decisión del legislador se esté respetando el principio de inocencia, pues “se parte de la base que hay que castigar a un funcionario público que aparece con un patrimonio que no corresponde a sus ingresos y no logra explicar plausiblemente este hecho (pero) no se requiere acreditar cuales fueron los actos ilícitos específicos que generaron el aumento inusual del patrimonio, hay una mera sospecha de que los actos ilícitos se cometieron y, por esta mera sospecha, se castiga”²⁴⁹.

El que se haya establecido que la carga de la prueba recae en el Ministerio Público, no hace variar la conclusión respecto a la vulneración que existe en esta figura penal, del principio constitucional de inocencia, pues este organismo sólo podrá ofrecer pruebas para establecer que existe un incremento patrimonial

²⁴⁸ MONTAÑES Pardo, Miguel Ángel; “La presunción de inocencia: análisis doctrinal y jurisprudencia”; Editorial Aranzadi, Pamplona, 1999, página 38.

²⁴⁹ MORALES Peña, Roberto; Ob. Cit., página 10.

relevante e injustificado, pero no necesita probar ninguna conducta (acción u omisión) que haya generado el enriquecimiento del funcionario público, y ésta es precisamente la forma en que se vulnera el principio de inocencia, al presumir que existe un delito por el sólo hecho de existir tal enriquecimiento.

5. El delito de enriquecimiento ilícito como una figura residual

Que el delito de enriquecimiento ilícito es la figura residual, aplicable cuando los demás delitos funcionarios no pudieron ser probados, queda de manifiesto en el mismo Artículo 241 bis que señala en su inciso 2º: “Lo dispuesto en el inciso precedente no se aplicará si la conducta que dio origen al incremento patrimonial indebido constituye por sí misma alguno de los delitos descritos en el presente Título, caso en el cual se impondrán las penas asignadas al respectivo delito”.

En nuestro Código, al igual que en la mayoría de los ordenamientos jurídicos donde se contempla este delito, esta figura tiene un carácter residual o subsidiario, y sólo se aplicará ante la imposibilidad de demostrar que el origen del enriquecimiento tuvo su origen en otro ilícito. En este sentido, se ha señalado que “la subsidiaridad... es evidente, pues en el caso donde se pueda probar el delito que produjo el enriquecimiento ilícito del funcionario, no se aplicará tal disposición legal”²⁵⁰, es decir, si se prueba que el enriquecimiento proviene de fraude al fisco o incluso de una estafa, ya no podrá imputarse el delito de enriquecimiento ilícito, pues esto implicaría una contravención al principio *ne bis in idem*.

6. Penas en el delito de incremento patrimonial relevante e injustificado

²⁵⁰ NAKAZAKI Servigón, César Augusto; Ob. Cit, página 8.

La pena establecida para el autor del delito de enriquecimiento ilícito, es la de una multa equivalente al monto del incremento patrimonial indebido, y además, inhabilitación absoluta temporal para el ejercicio de cargos y oficios públicos en sus grados mínimo a medio.

Hay que señalar que esta pena es mucho más benévola que la contemplada en otros ordenamientos jurídicos, como el de Argentina, Colombia, México y Perú, pues en todas estas legislaciones se imponen además penas privativas de libertad, que van desde dos hasta catorce años de cárcel.

CONCLUSIONES

El objetivo de este trabajo, fue realizar un análisis sistematizado de los delitos funcionarios que afectan la probidad administrativa, y que se encuentran tipificados en el Título V del Libro II de nuestro Código Penal. A continuación se señalarán las principales conclusiones a las que hemos llegado.

1. Analizados los conceptos administrativo y penal de funcionario público, se determinó que existe unanimidad en la doctrina en adoptar la definición entregada por el Código Penal, para su aplicación a efectos penales.
2. Concluimos que nuestra legislación penal adopta un criterio funcional de dicho concepto, pues lo más relevante y que determina que una persona sea considerada tal, es precisamente que ejerza una función pública. En definitiva, se debe considerar funcionario público según el Artículo 260 del Código Penal, a todo el que desempeñe una función pública, sin importar la institución, la jerarquía del órgano en que se ejerza dicha función pública o la forma en que se haya asumido el cargo.
3. Por otra parte, se determinó que lo más lógico es que se aplique el Artículo 260 cada vez que se necesite definir el concepto para efectos penales, por lo que

se debería eliminar la frase “Para los efectos de este Título y del Párrafo IV del Título III”, para evitar las dudas sobre el alcance de la norma. Y para tener más claridad al respecto, sugerimos seguir la técnica legislativa del Código Penal Español, donde el concepto de funcionario público se encuentra al comienzo del Código en el Libro I, y en el Capítulo VI llamado “Disposiciones Generales” que es de aplicación general para todo el Código.

4. Concluimos que el régimen jurídico que rija a una empresa, sólo será indiciario de las funciones públicas o privadas que ésta desarrolle, pues lo más relevante y que determina que una persona sea considerada funcionario público, es la función desempeñada y no el régimen contractual que existe entre el funcionario y el Estado. Por lo tanto, en aquellas empresas de propiedad del Estado regidas por el derecho común, sus funcionarios deben ser considerados funcionarios públicos a efectos penales pues ejercen una función pública. En cambio, en aquellas empresas privadas en que el Estado tiene alguna participación, la respuesta es diferente, en consideración a que las funciones que dichas empresas realizan son privadas.

5. Por otra parte se determinó, que el artículo 250 bis B, que nos entrega el concepto de funcionario público extranjero, reproduce casi con exactitud la definición otorgada en la “Convención para combatir el Cohecho a Funcionarios Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales”; señalamos que esta definición es coherente con nuestra legislación, pues adopta un concepto funcional de funcionario público, y además es mucho más exhaustiva. Si bien esta última situación fue objeto de críticas, nos inclinamos por una definición lo más exhaustiva posible, donde sea el legislador quien determine con anterioridad a quienes se incluye en el concepto, para evitar así problemas de interpretación.

6. Criticamos que nuestro Código Penal no haga referencia al concepto de función pública, situación que resulta insólita si consideramos que tanto para la doctrina como para la jurisprudencia, lo que más interesa para los efectos penales, es precisamente la función desempeñada por el funcionario. Por lo tanto,

consideramos de vital importancia que se defina legalmente el concepto de función pública, no sólo por una necesidad práctica sino también porque nuestro país se comprometió a hacerlo en la “Convención Interamericana contra la Corrupción”.

7. Analizados diversos conceptos de función pública, adoptamos aquel criterio que combina tanto el criterio funcional como teleológico, definiendo la función pública como aquellas manifestaciones de la actividad del Estado que consisten en legislar, juzgar y ejecutar, y mediante las cuales el Estado persigue sus fines.

8. El bien jurídico protegido en los delitos funcionarios, correspondería al buen funcionamiento de la Administración pública o el resguardo al correcto ejercicio de la función pública. Sin perjuicio de esto, es necesario establecer en cada tipo penal, el aspecto en que se vulnera dicho principio, surgiendo así tres clasificaciones: delitos que afectan el buen funcionamiento de la Administración, delitos que afectan la probidad administrativa y delitos que afectan la confianza pública depositada en los funcionarios.

9. En los delitos funcionarios que afectan la probidad administrativa, se concluyó que el principal reproche, es haber atentado contra el correcto ejercicio de la función pública al no haber actuado con la probidad u honradez que el ejercicio del cargo exigía, deberes que se determinan no a la luz de las expectativas morales o éticas de la ciudadanía sino en los términos establecidos en la ley. Y dentro de este grupo de delitos, si bien se resguarda de manera general la probidad u honradez con que deben actuar los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo, en algunas figuras penales se resguarda además de manera particular, o el patrimonio estatal, o la imparcialidad y transparencia que debe regir el actuar de la Administración.

10. Se determinó que los delitos contemplados dentro del Párrafo V del Título V del Código Penal, sobre malversación de caudales públicos, tienen una particularidad en cuanto al bien jurídico tutelado, pues por una parte se protege el correcto ejercicio de la función pública que se ve afectada por la falta de probidad del funcionario público, pero además se resguardan los intereses económicos del Estado. Concluimos que se trata de delitos pluriofensivos, donde se protege tanto la probidad administrativa como el patrimonio estatal, pues el patrimonio público constituye en sí mismo un bien jurídico merecedor de protección jurídico penal.

11. Respecto al delito de peculado, se concluyó que la calidad de funcionario público no es suficiente para configurar el delito, sino que además debe existir una especial vinculación entre el funcionario y los caudales o efectos, pues el funcionario debe tener estos caudales o efectos a su cargo, por razón de sus funciones, y no sólo con ocasión de ellas o por mero accidente.

12. En cuanto al objeto material del delito de peculado, que deben ser necesariamente caudales o efectos públicos o de particulares, nos inclinamos por una interpretación extensiva de estos últimos, comprendiendo en el concepto de caudales toda clase de bienes muebles. Por otra parte, consideramos bienes públicos aquellos que pertenecen a la Administración, y aquellos sobre los que la Administración tiene un derecho expectante aunque no hayan ingresado formalmente a las arcas fiscales.

13. Se determinó además, que el delito de peculado se puede cometer con dolo o culpa por parte del sujeto activo. El Artículo 233 contempla la hipótesis dolosa, que incluiría tanto dolo directo como dolo eventual, y el Artículo 234, por su parte, recoge la hipótesis culposa. Respecto a esta última, se concluyó que es el incumplimiento al deber de resguardo, que permite que el delito se consume, lo que se le reprocha penalmente al funcionario.

14. Por otra parte, señalamos que el verbo rector de este delito debiera consistir en apropiar y no simplemente en sustraer, pues existe una sustracción material sin intención de efectuar un reintegro posterior, es decir, existe un ánimo de apoderamiento definitivo. Lo más lógico es que se utilice la expresión más precisa para graficar en que consiste la conducta del tipo penal, por lo que si concurren ambos elementos, material y subjetivo, sería acertado utilizar el verbo rector apropiar.

15. Respecto al reintegro de los bienes sustraídos y sus consecuencias, pudimos comprobar que no existe pronunciamiento por parte del legislador penal, situación que resulta totalmente criticable y que sin duda alguna requiere ser normada. Sin perjuicio de esta situación, nos pareció de gran utilidad la distinción realizada por los autores Politoff- Matus- Ramírez, quienes distinguen si al funcionario le fueron entregados los caudales o efectos públicos exclusivamente en administración o si le fueron entregados al funcionario en cuanto tal, pues tiene relevancia no sólo para determinar el momento en que se comete la sustracción, sino también para determinar el momento hasta el que puede realizarse el reintegro y las consecuencias de éste.

16. En cuanto a la figura del Artículo 238, conocida por la doctrina como delito de malversación impropia, se concluyó que es excepcional desde dos puntos de vista. En primer lugar, porque incluye como sujetos activos a particulares que no detentan la calidad de funcionario público, y en segundo lugar, porque ya no es necesario que dicho sujeto tenga una vinculación con los caudales o efectos en razón de sus funciones, bastando que se encuentre en poder de ellos sólo por encargo.

17. Se criticó en esta disposición, que la conducta cometida por un particular se castigara con la misma pena que la llevada a cabo por un funcionario público, pues el principal reproche en los delitos que afectan la probidad administrativa, es el haber atentado contra el correcto ejercicio de la función pública al no haber actuado con la probidad u honradez que el ejercicio del cargo les exigía, reproche

que no puede existir en el caso de que el delito sea cometido por un particular. Sin embargo, y a pesar de creer que la penalidad debería ser inferior en el caso del particular, coincidimos con la opinión de que la existencia de ésta figura penal se justifica por el carácter público de los bienes.

18. Analizado el delito de distracción o uso indebido de caudales o efectos públicos (Artículo 235), se determinó que lo que se sanciona, es que se asignen por parte del funcionario público, caudales o efectos a usos distintos de los que correspondían, sin distinguir si es para uso propio o ajeno.

19. Se concluyó que la principal diferencia entre este delito y el delito de peculado, radica en el ánimo de apropiación, que en este caso es sólo temporal, pues existe intención de reintegrar los caudales o fondos públicos, en cambio, en el delito de peculado, el sujeto quiere apropiarse definitivamente de estos bienes. Asimismo se determinó que el ánimo de apropiación, temporal o definitivo, debe estar presente al sustraer la cosa, momento en que queda configurado uno u otro delito.

20. Consideramos que es necesario el reintegro efectivo de los caudales o efectos sustraídos para que se aplique este tipo penal. Nos inclinamos por esta posición, en primer lugar, por razones prácticas, ya que siendo imposible determinar a ciencia cierta si existía ánimo de apropiación definitivo o temporal, la única manera de acercarnos a conocer si existía tal intención es determinando si efectivamente se realizó o no el reintegro, y además, porque el legislador estableció claramente que es la existencia de reintegro lo que determina que ante la sustracción se apliquen las penas contempladas para este delito y no las penas contempladas para el delito de peculado.

21. Respecto al momento en que debe producirse el reintegro, señalamos que existe un vacío legal, y creemos que es necesario que tanto en este tipo penal como en el delito de peculado, el legislador se pronuncie respecto a los efectos

que tendrá el reintegro en cada una de las fases en que puede presentarse, para que no queden dichas consecuencias a discreción del intérprete pudiendo generarse arbitrariedades.

22. En el delito de aplicación pública diferente (Artículo 236), no existe por parte del funcionario interés personal alguno o enriquecimiento de ningún tipo, pues los caudales o efectos se destinan a fines también públicos. La poca gravedad de este delito en comparación con las restantes figuras contempladas en el Párrafo V, es evidente, por esta razón, nos pronunciamos a favor de su despenalización, sin perjuicio de que pueda considerarse un ilícito administrativo.

23. Se determinó que el delito de negativa a un pago o entrega (Artículo 237), corresponde a un caso de omisión propia, pues la conducta se verifica por el incumplimiento de una norma imperativa que está expresamente tipificada en la ley.

24. Se criticó que esta figura se contemple en el Párrafo de Malversación de caudales públicos, pues no existe una sustracción de los caudales o efectos ni por parte del funcionario ni por parte de un tercero, es más, éstos nunca dejan de permanecer en poder de la Administración, y tampoco existe siquiera un ánimo de apropiarse de ellos. Por estas razones además, se cuestiona la necesidad de intervención penal en estas hipótesis. Por otra parte, pudimos constatar que su aplicación práctica es prácticamente nula, sin que exista jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores de Justicia en relación a este delito. Creemos que en este caso estamos ante una mala gestión administrativa, por lo que nos encontramos más bien frente a un ilícito administrativo que frente a un ilícito penal, por lo que al igual que en la figura anterior, nos inclinamos por su despenalización.

25. Los delitos contemplados dentro del Párrafo VI del Título V del Código Penal, denominado "Fraudes y exacciones ilegales", son delitos pluriofensivos, pues se busca proteger por una parte, el correcto ejercicio de la función pública

que se ve afectada por la falta de probidad del funcionario público, y por otra, el patrimonio estatal.

26. Distinguimos dos hipótesis en el Artículo 239: una de defraudación directa y otra de defraudación indirecta. Determinamos que el primer caso corresponde a un delito especial impropio, y el segundo, a un delito especial propio, y que además tiene la particularidad de establecer como figura autónoma, una conducta que podría ser considerada de participación de no existir este tipo penal.

27. Pudimos concluir además, que el delito de fraude al fisco (que para algunos consistiría en un delito de estafa agravado por los sujetos involucrados), puede ser cometido tanto por engaño como por abuso de confianza, y que además hay quienes incluyen el incumplimiento de deberes como un caso de abuso de confianza.

28. Respecto al tipo subjetivo, ya sea que se defraude o que se consienta en la defraudación, se determinó que debe existir dolo por parte del agente, ya que tales expresiones suponen conocimiento y voluntad de realización.

29. Además de la calidad de funcionario público, la ley estableció como requisito adicional que la autoridad o funcionario intervenga en razón de su cargo, por lo que si el funcionario comete fraude, pero actuando fuera del ámbito de sus atribuciones, deberá ser sancionado por el delito de estafa, y si se prevaleció de su carácter de funcionario público para cometer el delito, será procedente aplicar además la agravante del Artículo 12 N° 8, pero no corresponderá aplicar la figura de fraude al Fisco.

30. Por otra parte, se determinó que en nuestro Código Penal se exige como requisito del fraude, un perjuicio como resultado del actuar defraudatorio, es decir, es necesario que el fraude haya originado una pérdida o una privación de un lucro legítimo al Fisco. Y se concluyó además, que basta con que exista un perjuicio

patrimonial para el Fisco, sin que se exija por el tipo penal que este perjuicio se traduzca en un beneficio económico correlativo, ya sea para el funcionario público o para un tercero.

31. En cuanto al delito de negociación incompatible (Artículo 240), se determinó que es un delito pluriofensivo, donde se protege el correcto ejercicio de la función pública, y los principios de transparencia e imparcialidad, con que deben actuar los funcionarios públicos en el proceso de toma de decisiones, en el desempeño de sus funciones.

32. El verbo rector de este delito consiste en interesar, y respecto al alcance jurídico del concepto de interés, concluimos que la figura contemplada en el Artículo 240 hace referencia a un interés exclusivamente económico (concepto restringido). Sin perjuicio de esto, coincidimos con la opinión que se centra en atender al bien jurídico protegido para determinar el alcance del concepto, y si señalamos que con este tipo penal se busca resguardar también los principios de transparencia e imparcialidad, es claro que dichos principios se ven vulnerados cualquiera sea el interés del funcionario que interviene, por lo que lo óptimo hubiera sido que el legislador adoptara un concepto amplio de interés.

33. Por otra parte, se concluyó que el interesarse, implica una intervención activa en el negocio por parte del funcionario público, por lo que sólo es posible concebir una hipótesis comisiva de este delito. Y dentro de la hipótesis comisiva, pudimos identificar dos modalidades o conductas punibles, el interesarse y el dar interés, pudiendo suceder entonces, que la comisión del delito tenga por finalidad el interés del propio sujeto activo, o bien, de su cónyuge, ciertos familiares o personas con quien tiene vínculos comerciales.

34. El sujeto activo en el delito de negociación incompatible es mucho más amplio que en los delitos funcionarios analizados anteriormente, pues puede incurrir en esta conducta punible no sólo el funcionario público, sino también un

perito, árbitro, liquidador comercial, guardador o un albacea tenedor de bienes. Respecto a esta extensión del sujeto activo, opinamos que si bien es válida la preocupación del legislador porque estas personas desempeñen sus cargos de manera correcta, está claro que en aquellos casos en que no se ejerza una función pública, el bien jurídico tutelado no será el correcto funcionamiento de la Administración, por lo que si bien se trata de una conducta reprochable, si no existen funcionarios públicos involucrados no debería incluirse la conducta de estos sujetos activos en esta parte del Código Penal, referida a crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

35. Respecto al tipo subjetivo en el delito de negociación incompatible, se restringió su aplicación a aquellos casos en que existe dolo por parte del sujeto activo, considerando el verbo rector y las modalidades de comisión del delito, pues ambas conductas, de interesarse y de dar interés, suponen necesariamente conocimiento y voluntad de realización por parte del agente. Asimismo, nos inclinamos por aquella parte de la doctrina que limita su comisión al dolo directo.

36. El bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias, es el correcto funcionamiento de la Administración, debido a la falta de probidad del funcionario público, y además, el principio de imparcialidad que debe regir el actuar de los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones, pues es evidente que en el ejercicio de su cargo, las decisiones del funcionario deben atender al bien común y no al beneficio de algún tercero en particular o en interés propio.

37. Se determinó que la conducta más relevante y que diferencia esta figura del delito de negociación incompatible, es el ejercer influencia. Lo que se sanciona en este delito, es la influencia ejercida por un funcionario público sobre otro funcionario o autoridad, para convencer a éste último de que adopte una decisión favorable a sus intereses y en contravención al principio de imparcialidad que debe regir su actuar. En definitiva, se pretende evitar que un tercero pueda influir

en la toma de decisiones de la Administración relevando a un segundo lugar la primacía del interés general.

38. Respecto al tipo subjetivo, se concluyó que el delito de tráfico de influencias sólo puede cometerse dolosamente, pues el funcionario público ejerce influencias para obtener una determinada decisión favorable a sus intereses, lo que indudablemente supone conocimiento y voluntad de realización.

39. En el delito de exacciones ilegales distinguimos dos hipótesis: el empleado público que directa o indirectamente exigiere mayores derechos de los que le están señalados por razón de su cargo, y el empleado público que directa o indirectamente exigiere un beneficio económico para sí o un tercero para ejecutar o por haber ejecutado un acto propio de su cargo en razón del cual no le están señalados derechos. Respecto a la primera hipótesis, se determinó que la exigencia no es ilegal en su esencia, pues el funcionario tiene derecho a ella, sino en la cantidad que se pretende percibir y que resulta excesiva, en la segunda hipótesis en cambio, no se tiene derecho a pedir nada e igualmente se exige un beneficio económico por realizar un acto propio del cargo, por lo que la ilegalidad de la conducta es evidente.

40. Por otra parte, se concluyó que la exigencia puede realizarse directa o indirectamente, dependiendo de si es el propio funcionario público quien realiza la exigencia, o si los mayores derechos se exigen a través de un tercero.

41. Se determinó además, que respecto a la primera hipótesis mencionada, el sujeto activo es mucho más restringido, pues debe cumplir con el requisito de ser de aquellos funcionarios que por disposición de la ley están autorizados para percibir directamente del público ciertos derechos como remuneración por sus servicios.

42. Respecto al tipo subjetivo, debe existir dolo por parte del agente, lo que se desprende del verbo rector exigir, pues dicha exigencia requiere conocimiento y voluntad de realización por parte del sujeto activo, en el sentido de que está cobrando más de lo que corresponde o sin tener derecho a hacerlo.

43. Se concluyó además que el delito de exacciones ilegales es un delito formal o de mera actividad, pues se perfecciona en el momento en que se realiza la exigencia indebida por parte del funcionario, siendo irrelevante si estos beneficios fueron efectivamente recibidos o no por el sujeto activo, basta con que se exijan mayores derechos, o beneficios que no corresponden, para que se configure el delito.

44. En el delito de cohecho, el bien jurídico protegido, ya sea que el sujeto activo sea un funcionario público o un particular, es el correcto ejercicio de la función pública, que se ve lesionada o en peligro, cuando el funcionario o el particular se proponen obtener beneficios personales por sobre los intereses generales. Además, en algunas hipótesis de cohecho, existe también un resguardo al principio de imparcialidad que debe regir el actuar de la Administración.

45. Se criticó la distinción tradicional entre cohecho activo y cohecho pasivo, y concordamos en que es mucho más adecuado distinguir entre las figuras de cohecho del funcionario público y cohecho del particular, y señalar que dentro de ellas podemos reconocer conductas activas y pasivas por parte del sujeto activo. En consecuencia, en el análisis de las figuras de cohecho, contempladas en los Artículos 248 y siguientes, distinguimos el cohecho del funcionario público, que comprende una figura básica y dos agravadas; y el cohecho del particular, donde se establece una figura básica y una privilegiada.

46. Respecto a la naturaleza bilateral o unilateral del delito de cohecho, concluimos que si bien antes de la reforma a nuestro Código Penal, el delito de cohecho tenía naturaleza bilateral, hoy en día la situación es diferente, pues basta

la solicitud o el ofrecimiento para que el delito se configure respecto de una de las partes, y si además el destinatario de tal oferta manifiesta su conformidad con ella, entonces también incurrirá en el delito de cohecho, pero de manera independiente al delito que ya se había consumado.

47. Se determinó además que el delito de cohecho es un delito autónomo, formal, y será de peligro o de daño efectivo, dependiendo de si el sujeto activo es un particular o un funcionario público (respectivamente).

48. En la figura básica de cohecho del funcionario público, distinguimos dos conductas alternativas, que pueden consistir en solicitar (modalidad activa) o en aceptar un beneficio económico (modalidad pasiva).

49. Respecto al tipo subjetivo en esta figura, restringimos su aplicación a aquellos casos en que existe dolo por parte del sujeto activo, pues las conductas de solicitar o aceptar una retribución indebida, suponen conocimiento y voluntad de realización por parte del agente.

50. Se estableció que lo que se sanciona es la obtención ilícita de una retribución patrimonial por parte del funcionario. Sin embargo, si bien los términos del Artículo 248 son limitativos, en el sentido de restringir el beneficio a uno de carácter exclusivamente patrimonial, no concordamos con esta decisión del legislador, pues creemos que el bien jurídico se verá afectado cualquiera sea la naturaleza del beneficio que se solicita o acepta.

51. En relación a la cuantía que debe tener el beneficio económico para que se configure el delito, concluimos que es fundamental atender a si se produjo o no una lesión o peligro para el bien jurídico. Por tanto, se configurará el delito de cohecho, cada vez que se altere o busque alterar el correcto ejercicio de la función pública, sin importar el monto que se ha solicitado o aceptado

52. En cuanto a la procedencia de la adecuación social de la conducta, determinamos que se debe analizar caso a caso, pues si bien la excesiva cuantía del beneficio económico es indiciaria de que la conducta no será aceptada socialmente, el escaso valor de dicho beneficio, no es por sí sólo determinante para establecer que dicha conducta es aceptada por la sociedad.

53. Se determinó que la figura contemplada en el Artículo 248 bis, corresponde a un cohecho agravado, pues si bien la conducta de solicitar o aceptar un beneficio económico es la misma que en la figura del Artículo 248, lo que el funcionario compromete o acepta realizar es una conducta de mayor gravedad y que implica un atentado de mayor envergadura al bien jurídico tutelado. Además, en esta hipótesis de cohecho, no sólo se atenta contra el correcto ejercicio de la función pública al anteponer intereses personales por sobre los intereses generales, sino que también se vulnera el principio de imparcialidad.

54. En cuanto al beneficio económico solicitado o aceptado por retardar un acto o por haberlo retardado, concluimos que puede verse subsumido dentro de las hipótesis de omitir o ejecutar actos con infracción a los deberes del cargo. Sin perjuicio de esto, sería más prudente incluir específicamente esta situación en el tipo, para así evitar que la conducta sea considerada atípica y quede en la impunidad.

55. La hipótesis del Artículo 249, corresponde a la segunda figura agravada de cohecho del funcionario público. Si bien en los hechos esta es la hipótesis más grave de cohecho del funcionario público, no sucede lo mismo en su tipificación y penalización, situación que requiere en nuestra opinión, una urgente modificación legal. En primer lugar, porque en esta figura sólo se contempló el cohecho antecedente, por lo que la conducta del funcionario que solicita o acepta un beneficio económico por haber ejecutado anteriormente un delito funcionario, es una conducta atípica y por tanto impune, cuestión claramente criticable. Y además, en relación a las penas contempladas, en el caso de que el delito no se

ejecute, las penas sólo son de inhabilitación y multa, lo que resulta absurdo considerando que en la primera figura agravada del cohecho del funcionario público, en caso de que no se incurra en la omisión o no se ejecute la conducta con infracción a los deberes del cargo, se contempla además una pena privativa de libertad.

56. En el Artículo 250, que contempla la figura básica de cohecho del particular, distinguimos dos modalidades de este delito, que pueden consistir en ofrecer un beneficio económico (modalidad activa) o en consentir en darlo (modalidad pasiva).

57. Respecto a la forma en que debe manifestarse el ofrecimiento o el consentimiento en dar por parte del particular, concluimos que cualquier medio (ya sean palabras, gestos o un determinado comportamiento) del que pueda extraerse una conclusión inequívoca, resulta idóneo para manifestar dicha voluntad.

58. Criticamos en esta figura, que en el caso de que el beneficio económico se ofrezca o consienta en dar por cometer un delito funcionario, si el delito no se comete, la sanción que recibe el particular sea mucho mayor que la del funcionario que solicita o acepta el beneficio, ya que sólo el primero será castigado con penas privativas de libertad.

59. La figura contemplada en el Artículo 250 bis, corresponde a una forma privilegiada de cohecho del particular, quien debe tener además la calidad de cónyuge, ascendiente o descendiente (consanguíneo o afín), colateral (consanguíneo o afín hasta el segundo grado inclusive) o persona ligada por adopción, en relación al procesado a cuyo beneficio se realizarían las gestiones dentro de la causa criminal. Se concluyó que si quien ofrece o consiente en dar el beneficio económico es, por ejemplo, la conviviente o el mejor amigo del procesado, no podrá aplicarse esta figura privilegiada, y lo mismo sucede si el sujeto activo resulta ser el propio procesado.

60. El bien jurídico tutelado en el delito de soborno internacional (Artículo 250 bis A), es más amplio que en las restantes figuras de cohecho, pues comprende no sólo el buen funcionamiento de la Administración, sino también el correcto funcionamiento de las organizaciones internacionales.

61. Se determinó que esta hipótesis de cohecho tiene como particularidades, que el sujeto activo es un particular y el sujeto pasivo un funcionario público extranjero, y además, el restringido objeto material del delito, referido exclusivamente a intereses en el ámbito de transacciones comerciales internacionales.

62. En el delito de incremento patrimonial relevante e injustificado, se resguarda el deber de probidad y honradez que pesa sobre los funcionarios públicos, deberes que se justifican por la confianza que se ha depositado en dichos funcionarios y que están establecidos de manera objetiva en nuestra legislación.

63. Criticamos esta figura, pues al no existir en este tipo penal una acción u omisión específica que se prohíba, se vulnera el principio constitucional de legalidad, al no cumplirse con el requisito de *lex stricta*, pues no existe una descripción exhaustiva de la conducta prohibida.

64. Concluimos que esta figura vulnera también el principio constitucional de inocencia, en primer lugar, porque presume la existencia de un delito por el sólo hecho de existir una situación de hecho, como es el incremento patrimonial relevante e injustificado, y en segundo lugar, porque a pesar de que se señale que la carga de la prueba recae en el Ministerio Público, termina siendo el funcionario quien debe probar el origen del incremento patrimonial, y que éste no es ilícito.

65. Por otra parte, al no describirse con exactitud la conducta típica, resulta difícil determinar las modalidades de la acción en este delito, sin embargo,

considerando que lo lesiona el bien jurídico, es la forma ilícita en que el funcionario obtiene un incremento patrimonial, aprovechándose del ejercicio de la función pública, y no simplemente el no justificar el origen de tal enriquecimiento, creemos que este delito admite una modalidad activa y una omisiva, pues el incremento patrimonial podría producirse tanto por acción como por omisión.

66. Se determinó que a diferencia de otros ordenamientos jurídicos, no existen en nuestro Código Penal, límites de tiempo en cuanto al momento en que debe manifestarse el incremento patrimonial relevante e injustificado. Sin embargo, consideramos que nuestra legislación es más efectiva, en el sentido de perseguir el delito de enriquecimiento ilícito aún cuando el funcionario público haya cesado en sus funciones, pues atiende al momento en que se origina el enriquecimiento.

67. Por último, se determinó que esta figura tiene un carácter residual o subsidiario, y que sólo se aplicará ante la imposibilidad de demostrar que el origen del enriquecimiento tuvo su origen en otro ilícito.

BIBLIOGRAFÍA

1. AGUAYO Moya, Oscar. El delito de negociaciones incompatibles con la función pública en la legislación chilena. Memoria para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Valparaíso, Chile, Universidad Católica de Valparaíso, 2002.
2. ASÚA Batarrita, Adela. Delitos contra la administración pública. Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997.

3. BARRA Olivares, Celia. Delito de cohecho. Memoria para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile, Universidad de Chile, 2003.
4. BULLEMORE Gallardo, Vivian R. y MACKINNON Roehrs, John R. Curso de Derecho Penal. 2ª Edición. Editorial Lexis Nexis, Chile, 2007. Tomos I, II, III y IV.
5. BUSTOS Ramírez, Juan y HORMAZABAL Malaree, Hernán. Lecciones de Derecho Penal. Editorial Trotta, 1999. Tomos I y II.
6. CAMACHO Cepeda, Gladys. Las modalidades de la actividad administrativa y los principios que rigen la actuación de la administración del Estado. En: PANTOJA Bauzá, Rolando. Derecho Administrativo chileno. [Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas](#), México, 2007.
7. CONDE-PUMPIDO Ferreiro, Cándido. Código Penal comentado. 2ª Edición. Editorial Barcelona, Bosch, 2004.
8. CURY Urzúa, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 7ª Edición. Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005.
9. DÍAZ Aranda, Enrique. Enriquecimiento ilícito de servidores públicos. Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1999.
10. DÍAZ y García Conlledo, Miguel. El delito de cohecho. En: ASÚA Batarrita, Adela. Delitos contra la administración pública. Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997.
11. DONNA, Edgardo Alberto. Derecho Penal. Parte Especial. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999-2003. Tomo III.

12. DONNA, Edgardo Alberto. El concepto dogmático de funcionario público en el Código Penal. Disponible en Internet: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/4/cnt/cnt7.pdf>
13. ETCHEBERRY O, Alfredo. Derecho Penal. Editorial Jurídica de Chile, 1998. Tomo IV.
14. ETXEBARRIA Zarrabeitia, Xabier. Fraudes y exacciones ilegales. En: ASÚA Batarrita, Adela. Delitos contra la administración pública. Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997.
15. ETXEBARRIA Zarrabeitia, Xabier. Malversación de caudales públicos. En: ASÚA Batarrita, Adela. Delitos contra la administración pública. Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997.
16. FERNANDEZ, Andrea. Convención Interamericana Contra la Corrupción: Informe Chile. Corporación Chile Transparente, 2004. Disponible en Internet: http://www.bcn.cl/carpeta_temas/temas_portada.2005-10-14.2855687211/documentos_pdf.2005-10-17.2030652406.
17. [GARRIDO Montt, Mario. Derecho penal: Parte General.](#) 3ª Edición. Editorial Jurídica de Chile, 2003.
18. HUBER, Bárbara. La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional. Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales. Disponible en Internet: http://www.cienciaspenales.net/descargas/idp_docs/doctrinas/barbarahuber.pdf
19. LABATUT Glenda, Gustavo y ZENTENO Vargas, Julio. Derecho penal. 7ª Edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1976. Tomo II.

20. MERA F, Jorge y CASTRO M. Álvaro. Jurisprudencia penal de la Corte Suprema. 2ª Edición. Editorial Lexis Nexis, Chile, 2007.
21. MONTAÑES Pardo, Miguel Ángel. La presunción de inocencia: análisis doctrinal y jurisprudencia. Editorial Aranzadi, Pamplona, 1999.
22. MORALES Peña, Roberto. El nuevo tipo penal de enriquecimiento ilícito del Artículo 241 bis del Código Penal. Revista Comentarios Jurídicos y de Actualidad, de la Unidad Especializada en delitos funcionarios y probidad pública, del Ministerio Público. N°3. Junio 2006.
23. MUÑOZ Conde, Francisco. [Derecho penal: Parte Especial.](#) 15ª Edición. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.
24. MUSCO, Enzo. A propósito de la tutela penal de la Administración pública. Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales. Disponible en Internet: http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/REVISTA_PENAL_DOCS/Numero_9/99-106.pdf >.
25. NAKAZAKI Servigón, César Augusto. Problema de aplicación del tipo penal de enriquecimiento ilícito: desconocimiento de su naturaleza subsidiaria. Disponible en Internet: <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/pdf/Nakazaki1.pdf> >.
26. Oficio N° 142. Ministerio Público, Fiscalía Nacional. Instructivo general N° 10 sobre la investigación de los delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos. Santiago, 12 de octubre de 2000.
27. Oficio N° 551. Ministerio Público, Fiscalía Nacional. 1. Conceptos generales sobre delitos funcionarios. 2. Comunicación del principio de oportunidad y de medidas alternativas en la investigación de los delitos que afectan al patrimonio

fiscal y en los imputados a empleados públicos en el desempeño de sus cargos o con ocasión de ellos. Santiago, 13 de noviembre de 2003.

28. OLIVER Calderón, Guillermo. Últimas modificaciones en la regulación del delito de cohecho. Revista de Estudios de la Justicia (Nº5) 2004.

29. OLAIZOLA Fuentes, Inés. Concepto de Funcionario Público a efectos penales. En: ASÚA Batarrita, Adela. Delitos contra la administración pública. Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997.

30. ORTS Berenguer, Enrique. Delitos contra la Administración Pública: Cohecho. Tráfico de influencias. Malversación. Fraudes y exacciones ilegales. Actividades prohibidas y abusos en el ejercicio de la función pública. En: VIVES Antón, Tomás. Derecho Penal Parte Especial. Editorial Tirant Lo Blanch, España, 1996.

31. PANTOJA Bauzá, Rolando. Los funcionarios públicos como sujetos de derecho administrativo. Apuntes de clases, 2005.

32. POLITOFF, Sergio; MATUS, [Jean Pierre](#); [RAMIREZ, María Cecilia](#). Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial. 2ª Edición. Editorial Jurídica de Chile, 2005. Tomo II.

33. QUERALT Jiménez, Joan Joseph. Derecho penal español: parte especial. 4ª Edición. Editorial Atelier, Barcelona, 2002.

34. QUINTERO Olivares, Gonzalo. Comentarios al Código Penal. Editorial Aranzandi, 2001.

35. REATEGUI Sánchez, James. Observaciones críticas a las conductas de corrupción de funcionarios y a las vías de imputación en la criminalidad

organizada. Disponible en Internet:
<<http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/pdf/reategui0405.pdf>.>

36. RODRÍGUEZ Collao, Luis y OSSANDÓN, M. Magdalena. Delitos contra la función pública: El derecho penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial. 2ª Edición. Editorial Jurídica de Chile, 2008.

37. RUIZ Pulido, Guillermo. Ensayo acerca de la malversación de caudales públicos y distracción de los mismos. Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado de Chile (Nº 16) diciembre 2006.

38. [SADÁ Aznar, Sebastián. El concepto de funcionario público a efectos penales.](#) Memoria para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Valparaíso, Chile, Universidad Católica de Valparaíso, 2004.

39. SALAS Donoso, Pablo. El delito de defraudación fiscal cometido por funcionarios públicos. Memoria para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Valparaíso, Chile, Universidad Católica de Valparaíso, 2005.

40. SANCINETTI, Marcelo A. El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público: art. 268 (2), C.P.: un tipo penal violatorio del estado de derecho. 2ª Edición. Editorial AD-HOC, Buenos Aires, 1994.

41. SERRANO Gómez, Alfonso y SERRANO Maillo, Alfonso. Derecho Penal: Parte Especial. 11ª Edición. Editorial Dykinson, Madrid, 2006.

42. URREJOLA González, Eduardo. El incumplimiento de deberes funcionarios como medio idóneo para cometer fraude al Estado. Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado de Chile (Nº 6) abril 2002.

43. VERA Vega, Jaime Andrés; El delito de tráfico de influencias en la legislación chilena. Memoria para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Valparaíso, Chile, Universidad Católica de Valparaíso, 2002.

44. VILLADA, Jorge Luis; "Delitos contra la función pública: concordado con códigos latinoamericanos". Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999.