



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

**“EL CONCEPTO Y APLICACIÓN DE LA SANA CRÍTICA EN LAS SENTENCIAS
POR DELITOS FUNCIONARIOS”**

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES**

AUTOR:
Manuel Francisco Mejías Pérez

PROFESOR GUÍA:
Eduardo Morales Robles

Santiago, Chile
2018

ÍNDICE

Página

INTRODUCCIÓN.....	4
CAPÍTULO PRIMERO: CONCEPTO DE SANA CRÍTICA.....	6
1. La Sana Crítica como sistema de valoración de la prueba.....	6
2. La Sana Crítica en la legislación penal y jurisprudencia.....	9
3. Características de la Sana Crítica.....	11
4. Las máximas de la experiencia como exigencia de la Sana Crítica.....	13
5. Las máximas de la experiencia como límite de la valoración del juez.....	15
CAPÍTULO SEGUNDO: ASPECTOS FUNDAMENTALES EN LOS DELITOS FUNCIONARIOS QUE AFECTAN LA PROBIDAD PÚBLICA.....	18
1. El sujeto activo en los delitos funcionarios.....	18
1.1 Concepto de funcionario público.....	19
1.2 La situación de los extraños coparticipes.....	23
2. Bien jurídico protegido en los delitos funcionarios.....	25
2.1 Bien jurídico protegido en los delitos funcionarios que atentan contra la probidad administrativa.....	27
CAPITULO TERCERO: DELITOS FUNCIONARIOS.....	30
A. MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS.....	30
1. Peculado o sustracción de fondos.....	30
1.1 Tipicidad.....	31
1.1.1 Conducta.....	31
1.1.2 Sujeto activo.....	33
1.1.3 Objeto material.....	34
1.2 Tipicidad subjetiva.....	35
1.3 Clasificación: delito especial impropio y propio.....	36
1.4 Penas del delito de peculado.....	37
B. FRAUDES COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS.....	37
1. Fraude al Fisco.....	38
1.1 Tipicidad.....	39
1.1.1 Tipo objetivo.....	39
1.1.1.1 Sujeto activo y sujeto pasivo.....	39
1.1.1.2 El perjuicio patrimonial.....	40
1.1.2 Tipo subjetivo.....	40
1.2 Clasificación. Delito especial: impropio y propio.....	41
1.3 Penas contempladas para el delito de fraude al Fisco.....	41
C. EL DELITO DE COHECHO.....	42

1.1 Bien jurídico.....	43
1.2 Clasificaciones del delito de cohecho.....	43
1.3 Características del delito de cohecho.....	45
1.4 Análisis de las figuras de cohecho contempladas en el C. Penal Chileno... 46	
A) Figura básica de cohecho del funcionario público, activo o pasivo (cohecho pasivo propio).....	47
A. 1. Clasificación.....	47
A. 2. Tipicidad.....	47
A. 3. Aspectos de la penalidad.....	49
B) Primera figura agravada de cohecho del funcionario público, activo o pasivo (cohecho pasivo propio agravado).....	50
B. 1. Clasificación.....	50
B. 2. Tipicidad.....	51
B. 3. Penalidad.....	53
C) Segunda figura agravada de cohecho del funcionario público, activo o pasivo (cohecho pasivo impropio).....	53
C. 1. Clasificación.....	54
C. 2. Tipicidad.....	54
C. 3. Penalidad.....	55
D) Figura básica de cohecho del particular, activo o pasivo (cohecho activo o soborno).....	55
D. 1. Clasificación.....	56
D. 2. Tipicidad.....	57
D. 3. Penalidad.....	58
E) Figura privilegiada del cohecho del particular. Cohecho en causa criminal a favor del procesado.....	58
E. 1. Clasificación.....	59
E. 2. Tipicidad.....	59
E. 3. Penalidad.....	60
 C.1 ACTUAL DISCUSIÓN EN EL CONGRESO NACIONAL RESPECTO A ELEVAR LAS PENAS RESPECTO AL DELITO DE COHECHO.....	60
 CAPÍTULO CUARTO: ANALISIS JURISPRUDENCIAL.....	64
1. MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS.....	64
2. FRAUDE AL FISCO.....	67
3. COHECHO.....	75
 CONCLUSIONES.....	79
 BIBLIOGRAFÍA.....	83

INTRODUCCIÓN

La Reforma Procesal Penal de inicios de este siglo, vino a dejar en el olvido el sistema inquisitivo y en su lugar puso el actual Sistema Procesal Penal, el que trajo consigo una serie de novedades. Dentro de dichas novedades se encuentra el actual modelo de valoración del material probatoria y que se encuentra establecido en el artículo 297 del Código de Procedimiento Civil: La Sana Crítica. Este último, bastante novedoso y diferente al de prueba legal o tasada que teníamos con anterioridad, está compuesto por a lo menos tres elementos: los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. Pues, en la presente memoria el análisis se centrará en el concepto y/o definición de la Sana Crítica, sus elementos y su aplicación en la jurisprudencia respecto a los delitos funcionarios.

Los delitos funcionarios que se trataran son aquellos que afectan el principio de probidad administrativa. Es 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. Por esta razón, y atendida la gran cantidad de delitos funcionarios solo se realizará un análisis en particular de las figuras del delito de peculado o malversación de caudales públicos, fraude al Fisco y el cohecho. Para el análisis de estas figuras penales, se recurre por su puesto a la doctrina nacional.

En el Capítulo Primero, se buscará llegar a un concepto de lo que se entiende como Sana Crítica, tanto para la doctrina como para la jurisprudencia nacional, así, como una opinión personal del autor de que entiende como tal. Y se distinguirá en particular las máximas de la experiencia por el tipo de delitos que se tratará.

En el Capítulo Segundo, se analizaran dos aspectos comunes en los delitos funcionarios, como son el sujeto activo y el bien jurídico protegido. Precisamente por tratarse de un delito especial, el primer aspecto mencionado lleva al análisis de conceptos fundamentales como el de funcionario público. El estudio del bien jurídico

protegido, por su parte, resulta esencial 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.

En el Capítulo Tercero se examinarán uno a uno los delitos funcionarios propuestos, en primer lugar, sobre malversación de caudales públicos, analizando cada una de las hipótesis, y haciendo referencia en cada una de ellas a aspectos fundamentales tanto del tipo objetivo como del tipo subjetivo; en segundo lugar, aborda en primer lugar el delito de fraude al Fisco, distinguiendo dos hipótesis, una de defraudación directa, y otra de defraudación indirecta, así como, se analizarán 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; y en tercer lugar, se estudiará el delito de cohecho, figura que contempla diversas hipótesis, en que el sujeto activo puede ser un funcionario público o un particular, así como 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.

En el Capítulo Cuarto, se examinará la aplicación que han recibido las máximas de la experiencia en la jurisprudencia nacional, tanto expresa como tácitamente, con el fin de identificar y distinguir la forma en cómo los jueces han aplicado el concepto y la revisión del razonamiento probatorio realizado por los tribunales superiores de justicia. No obstante, de ser de público conocimiento que el tratamiento de las máximas de las experiencias en las sentencias que acogen o rechazan la imputación de un delito funcionario es bastante escasa.

CAPITULO PRIMERO

CONCEPTO DE SANA CRÍTICA

1. La Sana Crítica como sistema de valoración de la prueba

Existe gran acuerdo y consistencia por parte de la doctrina en definir el concepto de la sana crítica. Se arguye como sana crítica aquel sistema de valoración probatoria cuyo origen se enmarca en el Sistema de Libre Convicción Judicial, basado en parámetros racionales, a criterios de objetividad y el deber-obligación de fundamentar el fallo judicial que se hace referencia.

En cuanto a los autores, Couture define las reglas de la sana crítica como *“Las reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia”*¹.

A nivel nacional, los profesores Horvitz y López entienden a la sana crítica como aquel sistema *“Caracterizado por la inexistencia de reglas legales tendientes a regular el labor probatorio que el juez debe asignar a los medios de prueba, pero que impone al juez la obligación de fundamentar su decisión, haciendo explícitas las razones que la han motivado, las que no pueden contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados”*².

Asimismo, Maturana Baeza define la sana crítica como aquel *“sistema de valoración de la prueba en que el juez aprecia libremente la prueba rendida en autos, atendiendo a criterios objetivos y sujeto al respeto de parámetros racionales como los principios de la lógica, los conocimientos científicamente afianzados y las*

¹ COUTURE, E. Estudios de Derecho Procesal Civil. Tomo II. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1979, pág. 195.

² Ídem, pág. 108.

*máximas de la experiencia, debiendo fundamentar su valoración, exponiendo las razones, tenidas en consideración para estimar o desestimar todas las pruebas*³.

De acuerdo a lo señalado por estos autores, se puede establecer que el juez debe efectuar un raciocinio que conduzca a un resultado o consecuencia natural y legítima, tal como era de esperar, de manera tal que el observador, siguiendo el raciocinio del juez, llegue a la misma conclusión sin que sea necesario recurrir al convencimiento interno del juez.

Dicha racionalidad determinada está delimitada por parámetros racionales por lo que constituyen el límite interno del sistema de sana crítica, los cuales regula el legislador proscribiendo que la valoración no puede oponerse a ciertos límites racionales, en particular a las reglas de la lógica, el conocimiento científicamente afianzado y a las máximas de experiencia.

Respecto a los elementos que consagran la sana crítica y frente a la duda que consiste en saber si las reglas de la sana crítica son ciencia o experiencia, debemos concluir que son ambas cosas a la vez. Couture señala que *“La sentencia no es sólo una pura operación lógica, una cadena de silogismos, como se ha sostenido, la sentencia es una cosa humana hecha de todas las sustancias de la inteligencia La sana crítica no puede desentenderse de los principios lógicos, ni de las reglas de la experiencia. Los primeros son verdades inmutables, anteriores a toda experiencia, las segundas son contingentes, variables con relación al tiempo y al espacio. La sana crítica, será pues, permanente e inmutable en aspecto y variable y contingente en otro”*⁴.

De acuerdo a lo señalado por este último, existen dos elementos presentes en la sana crítica: la lógica y las máximas de la experiencia.

³ MATURANA Baeza, J. Sana crítica: Un Sistema de Valoración Racional de la Prueba. Santiago, Thomson Reuters, 2014, pág. 107.

⁴ COUTURE, E. Ob. Cit., pág. 124.

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española se define lógica como la *“Ciencia que expone las leyes, modos y formas del conocimiento científico”* y lógico: *“Dicho de una consecuencia: Natural y legítima. Dicho de un suceso: Cuyos antecedentes justifican lo sucedido”* y Lógicamente: *“Como era de esperar”*. De esta forma el juez debe efectuar un raciocinio que conduzca a un resultado o consecuencia natural y legítima, tal como era de esperar, de manera tal que el observador, siguiendo el raciocinio del juez, llegue a la misma conclusión sin que sea necesario recurrir al convencimiento interno del juez.

Por su parte las máximas de la experiencia han sido definidas como un *“conjunto de juicios fundados sobre la observación de lo que ocurre comúnmente y que pueden formularse en abstracto por toda persona de nivel mental medio”*⁵.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define máxima como: *“regla, principio o proposición generalmente admitida por quienes profesan una facultad o ciencia”* y Experiencia como el *“conocimiento de la vida adquirido por las circunstancias o situaciones vividas”*.

El profesor Cristián Maturana señala al respecto que *“la experiencia la obtiene el juez de la labor que ejerce y el medio social en que se desenvuelve y varía según el tiempo, lugar y medio social en que se desarrolla la labor de éste. En cambio, las reglas de la lógica se caracterizan por ser universales, estables e invariables en el espacio y en el tiempo. Agrega que esta revisión reflexiva es la que debe ser “sana”, o sea, acuciosa, imparcial y orientada por los datos científicos o morales pertinentes a la materia que en cada caso se trate”*⁶.

Para Couture la sana crítica puede aplicarse de manera genérica y rebasa el ámbito de la prueba testimonial, siendo aplicable a todos los medios de prueba, sin

⁵ LEPIN Molina, Cristián Luis, “Breve estudio sobre la sana crítica”, Gaceta Jurídica, 2007, pág. 11.

⁶ Citado por LEPIN Molina, Cristián Luis, “Breve estudio sobre la sana crítica”, Gaceta Jurídica, 2007, pág. 11 (Texto de Maturana: Algunas disposiciones comunes todo procedimiento y aspectos generales de la prueba, apuntes de clases, Universidad de Chile, pág. 182).

excepción alguna. Así, solamente en aquellos casos en que un texto de ley prive a un medio de prueba de toda eficacia (Ej. en el derecho uruguayo, la declaración de un testigo único) o le atribuya una eficacia prefijada (como el instrumento público, la confesión, la presunción absoluta) el juez podrá apartarse de los dictados de su experiencia y de la lógica que gobierna su acción⁷.

Para la ex ministra de la Corte de Apelaciones de Santiago, doña María Soledad Melo, la sana crítica es “[...], además de lógica, la correcta apreciación de ciertas proposiciones de experiencia de que todo hombre se sirve en la vida. Evidentemente, esas conclusiones, no tienen lo rígido de los principios lógicos tradicionales, sino que son contingentes y variables con relación al tiempo y lugar. El progreso de la ciencia está hecho de una serie de máximas de la experiencia derogadas por otras más exactas; y aun frente a los principios de la lógica tradicional, la lógica moderna muestra cómo el pensamiento humano se halla en constante progreso en la manera de razonar.”⁸

Para este autor las reglas de la sana crítica, son pautas valorativas de la prueba contingentes y variables según el tiempo y lugar de que se tratare, conformadas por una mezcla entre la experiencia y los principios lógicos de un buen razonamiento, se podría decir que es una suma entre lógica y experiencia. Es decir, los principios de la lógica tienen que ser complementados con las llamadas “máximas de experiencia”, es decir, con el conocimiento de la vida y de las cosas que posee el juez.

2. La Sana Crítica en la legislación penal y jurisprudencia

El artículo 297, del Código Procesal Penal aun cuando no lo dice expresamente, establece el sistema de la sana crítica: “*Valoración de la prueba: Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente*

⁷ COUTURE, E. Ob. Cit., pág. 147.

⁸ MELO Labra, María, “Fundamentación de las sentencias en los procedimientos cuya prueba debe valorarse conforme a la sana crítica”, Gaceta Jurídica, Nro. 383, Volumen 383, 2012, pág. 7.

afianzados. El Tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo. La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieren por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieren por probados. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia.”

En sentencia de la Corte Suprema de 12 de mayo de 2003⁹ que incide en rol único 0100058837-3 y rol interno N°62-2002, el máximo tribunal sostuvo que: “[...] *la nueva legislación procesal penal ha sido especialmente exigente en orden a imponer a los jueces que conocen y resuelven en definitiva en juicio oral un trabajo de elaboración particularmente meticulado y cuidadoso en la elaboración de sus sentencias. La preocupación esencial de toda sentencia penal de fijar los hechos y circunstancias que se tuvieren por probadas, favorables o desfavorables al acusado, debe ir precedida de la debida valoración que impone el artículo 297. Esta norma si bien es cierto ha facultado a los tribunales para apreciar la prueba con libertad (en abierta y franca discrepancia con el sistema probatorio tasado del sistema inquisitivo), lo ha hecho en el bien entendido, que los tribunales no pueden en modo alguno, como primera limitante, contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados; y luego exige que para hacer esa valoración, el tribunal debe hacerse cargo de toda la prueba producida, incluso la desestimada, con señalamiento de los medios de prueba, único o plural, por los cuales se dieron por probados cada uno de los hechos y circunstancias atinentes a la litis (...)* De todo lo relacionado resulta muy claro que el nuevo proceso penal faculta a los jueces en la sentencia definitiva que dicten a indicar todos y cada uno de los medios probatorios atinentes a fijar los hechos y circunstancias propuestos por los intervinientes, expresar sus contenidos y en base a ellos razonar conforme a las normas de la dialéctica a fin de evidenciar las motivaciones que se han tenido en cuenta para preferir uno del otro o para darle preeminencia o resultan

⁹ Citada por CORREA Salmé, Jorge, “La prueba en el proceso penal”, Editorial Punto Lex, 2007, págs. 348-349.

[sic] coincidentes, de modo que de dicho análisis fluya la constancia de cómo hicieron uso de la libertad que la ley le reconoce a los jueces para apreciarla y para llegar a dar por acreditados los hechos y circunstancias que será inamovibles posteriormente”.

3. Características de la Sana Crítica

Para el profesor Joel González¹⁰, de acuerdo a lo afirmado por la jurisprudencia y doctrina es posible distinguir caracteres distintivos de la sana crítica.

El primero, es que este sistema se refiere a la valoración de la prueba, manteniendo vigentes las demás normas sustantivas probatorias, denominadas leyes reguladoras de la prueba, como las que señalan cuáles son los medios de prueba, las que establecen su admisibilidad, la forma de rendir la prueba o las que distribuyen el peso de ella. En segundo lugar, la mayoría de la doctrina y jurisprudencia está conteste en que los elementos que la componen son: i) La lógica, que incluye principios como los de identidad (una cosa solamente puede ser igual a sí misma), de contradicción (una cosa no puede ser explicada por dos proposiciones contrarias), del tercero excluido (si una cosa únicamente puede ser explicada dentro de una de dos proposiciones alternativas, su causa no puede residir en una tercera proposición, ajena a las dos precedentes); ii) Las máximas de la experiencia, también llamadas reglas de la vida; iii) Los conocimientos científicamente afianzados; y iv) La obligación de fundamentar las sentencia, rasgo que distingue a este sistema de la libre convicción.

De esta manera, sostiene el citado, *“el juez llamado a valorar la prueba en conciencia no tiene libertad para valorar, sino que debe atenerse en su labor de sentenciador necesariamente, por lo menos a los dos primeros referentes. Si no los respeta se*

¹⁰ GONZÁLEZ Castillo, Joel, “La fundamentación de las sentencias y la sana crítica”, Revista Chilena de Derecho, vol. 33 N°1, 2006, págs. 99-100.

*abre paso a la arbitrariedad judicial y a la incertidumbre de las partes que son las principales objeciones a este sistema de la sana crítica*¹¹.

El deber de fundamentación de las sentencias distingue a la sana crítica o apreciación de la prueba en conciencia de la libre convicción, así lo ha sostenido tanto la Excma. Corte Suprema, como asimismo el Tribunal Constitucional. Por su parte la doctrina participa del criterio jurisprudencial anterior. Así el profesor Colombo Campbell señala que el juez que no expresa lo que su conciencia le indica en la sentencia, excede el sistema de valoración en conciencia para traspasarse al sistema de libre convicción que obviamente no es el que señala la ley. Representa peligros que el legislador tuvo claros cuando se salió de la prueba tasada para darle mayor *“flexibilidad al juez, pero esta flexibilidad tiene que tener un límite y él consiste en la obligación que tiene el juez de convencer de alguna manera de la justicia de su decisión a los demás”*. En el mismo sentido opina Montero: *“Esas máximas no pueden estar codificadas, pero si han de hacerse constar en la motivación de la sentencia, pues sólo así podrá quedar excluida la discrecionalidad y podrá controlarse por los recursos la razonabilidad de los hechos probados”*¹².

Claramente, y por si cabe todavía alguna duda, ha sido el propio legislador el que ha exigido que las sentencias en que se aprecia la prueba conforme a las reglas de la sana crítica sea motivada. Así se establece en el artículo 456 del Código del Trabajo, en el artículo 32 de la Ley N° 19.968 que crea los tribunales de familia, en el artículo 297 del Código Procesal Penal en armonía con el artículo 342 del mismo código, el inciso 2° del artículo 14 de la Ley N° 18.287 que establece el procedimiento ante los juzgados de policía local. Por tanto, tal como lo hemos señalado, una sentencia no motivada, una sentencia no fundamentada, es una sentencia que se aparta de los criterios de razonabilidad transformándose en arbitraria y es precisamente en esos casos en que se infringen las reglas de la sana crítica.

¹¹ Ídem, pág. 100.

¹² Ambos autores citados por Joel González en “La fundamentación de las sentencias y la sana crítica”, Revista Chilena de Derecho, Vol. 33, 2006, pág. 103.

De todo lo hablado y descrito anteriormente, y según lo señalado por el artículo 297 del Código Procesal Penal, se establece que los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

Y dentro de estas reglas o máximas de la sana crítica, la que nos interesa tocar y tiene una relevancia importantísima por el tipo de delitos que nos abocaremos son las máximas de la experiencia.

4. Las máximas de la experiencia como exigencia de la Sana Crítica

Las máximas de la experiencia se han relacionado tradicionalmente con reglas y costumbres sociales y experiencias colectivas, es decir, aquellas vivencias que son comunes a todos, o la mayoría de los miembros de la sociedad¹³. Este conocimiento general otorgado por la vida diaria, le permite al juez orientar sus decisiones en base a las pruebas disponibles. La doctrina ha intentado establecer el tejido que compone este conjunto de conocimientos del juez y qué aplicaciones recibe en el proceso.

El primero en tratarlas y definir las fue el alemán Friedrich Stein, este indicó que aquellas “son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos”¹⁴.

En tanto, el profesor Eduardo Couture, las identifica como *“normas de valor general, independientes del caso específico, pero como se extraen de la observación de lo*

¹³ COLOMA, R., AGÜERO, C. 2014. Fragmentos de un Imaginario Judicial de la Sana Crítica. Revista Ius et Praxis. Año 20 (2), pág. 400.

¹⁴ GONZÁLEZ Castillo, Joel, Ob. Cit., pág. 97.

*que generalmente ocurre en numerosos casos, son susceptibles de aplicación en todos los otros casos de la misma especie*¹⁵.

Por último, está el profesor Héctor Oberg que lleva a cabo una conceptualización general basada principalmente en el estudio de Stein, y concluye en los siguientes puntos¹⁶:

- 1) Son valoraciones con contenido general, propio e independiente, lo que permite darle a la valoración un carácter lógico;
- 2) Tienen vida propia la cual se genera de hechos particulares y reiterados de la vida en sociedad, mediante el proceso inductivo del juez que los aplica;
- 3) No nacen ni mueren con los hechos, sino que se prolongan más allá de los mismos, y van a tener validez para otros nuevos;
- 4) Son razones inductivas acreditadas en la regularidad o normalidad de la vida, y, por lo mismo, implican una regla, susceptible de ser utilizada por el juez para un hecho similar;
- 5) Las máximas carecen de universalidad. Están restringidas al medio físico en que actúa el juez, puesto que ellas nacen de las relaciones de la vida y comprenden todo lo que el juez tenga como experiencia propia.

La jurisprudencia ha entregado una definición sobre el concepto, tal como se percibe en la sentencia Rol 1148 - 2011 de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago en que se indicó que:

*“(…) no puede olvidarse que una **“máxima”** es una **“regla, principio o proposición generalmente admitida por todos los que profesan una facultad o ciencia”**, y es también una **“sentencia, apotegma o doctrina buena para dirección de las acciones morales”**, y, por ultimo denota una **“idea, norma o designio a que se***

¹⁵ COUTURE, Eduardo. 1966. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Ediciones Depalma. Buenos Aires, pág. 192.

¹⁶ OBERG, Héctor. Las máximas de la experiencia. [Revista electrónica]. En Revista de Derecho Universidad de Concepción. Año 53, 1985, (pág. 178). <<www.revistadederecho.com/pdf.php?id=2261>>. [Consulta: 25 Mayo 2018].

ajusta la manera de obrar”. “Experiencia”, por su parte, es el “advertimiento, enseñanza que se adquiere con el uso, la práctica o solo con el vivir”.

*Pues bien, cuando el Código Procesal Penal habla de las máximas de la experiencia, se está refiriendo precisamente a estos conceptos en su sentido natural y obvio, esto es al **ordenamiento intelectual del Juez**, que lo lleva a comparar, en un caso penal como éste, a la descripción de un determinado tipo delictivo, a su descripción en la ciencia de la criminología y al modo práctico cómo la experiencia del órgano jurisdiccional rellena y conforma el tipo penal si éste precisamente obedece a la norma que lo describe, o descarta su ocurrencia si faltan los elementos necesarios e indispensables para que pueda atribuirse esa conducta delictiva a una persona determinada”.*

5. Las máximas de la experiencia como límite de la valoración del juez

En un sistema de valoración racional de la prueba como la sana crítica, los límites al razonamiento están establecidos en forma de parámetros racionales de valoración, los cuales están consagrados en el artículo 297 del Código Procesal Penal. En éste sentido, el razonamiento probatorio realizado por el juez al momento de vincular la prueba con los hechos no puede apartarse de éstos conocimientos generales. Por lo tanto, el juez no es completamente libre en su apreciación, sino que tiene el deber de analizar si su argumentación está en el mismo sentido de lo que la experiencia colectiva de la sociedad, en un momento histórico determinado, ha considerado como establecido¹⁷.

En relación a la función de las máximas de la experiencia como límite a la valoración, este opera en dos directrices:

¹⁷ JORQUERA Saavedra, Eugenia. Máximas de la experiencia como límite a la decisión del tribunal oral en lo penal de Valdivia y Pto. Montt (2006). Memoria de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Valdivia. Universidad Austral de Chile, Facultad de Derecho, 2008, pág. 10.

En primer lugar, las conclusiones y razonamientos obtenidos en la sentencia no pueden estar basados en circunstancias contrarias a aquellos conocimientos compartidos por la mayoría de las personas en una sociedad determinada. Se ha vinculado también con la realización de comportamientos razonables, en relación al análisis de los hechos conforme a criterios de normalidad; sin embargo, la debilidad de éste argumento es la indeterminación de la base de donde proviene la supuesta generalidad.

Y en segundo lugar, el límite a la valoración de la prueba se relaciona con el tipo de conocimientos que le es permitido utilizar al juez para resolver la controversia. En éste sentido, Stein señala que existiría una prohibición de utilizar conocimientos o creencias propias del juez para resolver un caso, ya que podría incurrir en la emisión de juicios parciales al ser incapaz el sentenciador de evaluar de manera objetiva su evaluación sobre los hechos¹⁸. De esta manera, las máximas de la experiencia son una excepción a esta prohibición ya que obligaría al juez a estandarizar sus conceptos y creencias al conocimiento general¹⁹.

Los conocimientos generales y las máximas de la experiencia al ser compartidas por una comunidad, poseen el carácter de notoriedad, y ésta característica constituye una *garantía* (o límite) de que los conocimientos utilizados por el juez para arribar a sus conclusiones: si son conocidos por todos, se excluiría cualquier sospecha de parcialidad.

Para este autor, corresponde enfatizar que las verdaderas máximas de experiencia son formulaciones de contenido general e independiente de los casos concretos en los cuales se aplican, tienen un valor autónomo y son recurribles para la solución de otros casos. El juez puede adoptar, entonces, las máximas que juzgue oportunas, sin necesidad de prueba, mediante su ciencia interior, transportándolas directamente de

¹⁸ STEIN, F. El conocimiento privado del juez. 2a.ed. Temis. Bogotá, 1988, pág. 4.

¹⁹ MATURANA Baeza, J. Ob. Cit., pág. 196.

la vida práctica y en mérito sólo del normal concurrencia de los hechos a cuya categoría pertenece también el hecho que se discute.

CAPÍTULO SEGUNDO

ASPECTOS FUNDAMENTALES EN LOS DELITOS FUNCIONARIOS QUE AFECTAN LA PROBIDAD PÚBLICA

Para tener una aproximación a los delitos funcionarios, se analizan en principio 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.

El estudio del bien jurídico protegido, por su parte, resulta fundamental para comprender a en concreto este grupo de delitos. La razón de que existan los delitos especiales (propios o impropios), y entre ellos los delitos funcionarios, se entiende 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. De manera que un tercero extraño no puede ser autor de estos hechos punibles, 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 en que la

calidad del sujeto es determinante para la existencia del delito, faltando ésta el hecho sería atípico. Ejemplos de este tipo de delitos son el tráfico de influencias o el enriquecimiento ilícito, 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 común²⁰.

El motivo 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 que nos abocan, los funcionarios públicos tienen 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 mencionado 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 justifica el diferente tratamiento penal que aquí se les dispensa, mediante la construcción de “delitos especiales”, sin perjuicio de las particularidades de cada delito”.²¹

1.1 Concepto de funcionario público

²⁰ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMIREZ, María Cecilia; “Lecciones de Derecho Penal Chileno” Tomo II Parte Especial; 2ª Edición; Editorial Jurídica de Chile, 2005, pág. 489.

²¹ Ídem., pág. 488.

Como se ha mencionado, siempre será un elemento esencial del tipo de los delitos funcionarios, el que el autor tenga la calidad de funcionario público.

El artículo 260 del Código Penal define a los empleados públicos, en los siguientes términos: "... 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 creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean del nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldo del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular".

Se debe 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"²², 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.

La definición contenida en el artículo 260 del Código Penal, antes transcrita, es para los efectos del Título V del Libro II y para los efectos del Párrafo IV del Título III del antedicho libro, del referido Código. Sin embargo, la jurisprudencia judicial ha hecho extensiva esa definición a los delitos vinculados con la función pública, comprendiendo a quienes desempeñen un cargo o una función pública cualquiera que sea el carácter del órgano para el que ejerzan estas funciones o la naturaleza jurídica del vínculo que los une al correspondiente servicio. En este sentido, 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*

²² 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.

tales... pero que debido a la función pública que ejercen el Código Penal los considera como funcionarios públicos...”²³.

Cuando hablamos del 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.

El señalado concepto abarca por tanto a quienes se desempeñen en los órganos del Estado, descritos y regulados por la Constitución Política de la República, en aquellos a que se refiere el inciso 2º del artículo 1º de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el D.F.L. N° 1/19.653, de 2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, y en los entes regulados por estatutos especiales, incluyendo a quienes se desempeñen como gerentes, directores, administradores y funcionarios de empresas públicas creadas por ley y, en las corporaciones municipales dedicadas al cumplimiento, entre otras, de funciones de educación y salud, encargadas al sector municipal, y siempre que no exista una norma expresa que los excluya de esta denominación o existan normas especiales de responsabilidad.

En importante mencionar, que el fundamento de la amplitud de la definición de empleado público del Código Penal, para la calificación de los delitos funcionarios, es

²³ Revista Fallos del Mes, N° 42 Mayo 1962, Página 88. Citado en Oficio N° 142. Ministerio Público, Fiscalía Nacional.

que la normativa penal busca abarcar la mayor cantidad de situaciones punibles con el objeto de sancionar una conducta reprochable efectuada por un empleado del Estado. Es por esta razón que para el Código Penal se considerarán funcionarios públicos personas que en el contexto del Estatuto Administrativo no lo serían, como por ejemplo notarios públicos, personas contratadas a honorarios.

Finalmente, no se puede obviar 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. Según todo lo descrito anteriormente, es innegable que quien trabaja en una empresa del Estado realiza una función pública, pues no se puede 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.

Asimismo, no se puede 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”*²⁴.

²⁴ Oficio N° 142. Ministerio Público, Fiscalía Nacional

1.2 La situación de los extraños coparticipes

Uno de los puntos más controvertidos en la jurisprudencia y en la doctrina, tanto nacional como comparada, es el que dice relación con el tema de cómo sancionar en este tipo de delitos a los partícipes que no son funcionarios públicos, en definitiva cómo castigar a los particulares que acuerdan o se conciertan con los funcionarios públicos para cometer este tipo de ilícitos.

En estos tipos de delitos, en principio, el autor debe cumplir con un requisito básico para ser punible, cual es el de tener la calidad de funcionario público, ya sea porque la conducta penada solo puede ser cometida teniendo dicha calidad o porque la legislación ha querido crear figuras delictivas agravadas o privilegiadas por la relevante función que cumplen los empleados públicos.

En el primer caso, a modo de ejemplo, la mayoría de las veces se cita el delito de prevaricación judicial, pues solo un Juez puede proveer a sabiendas una sentencia contraria a derecho, no es posible que un particular lo hiciera, y en el segundo caso, se cita a la malversación de caudales públicos, pues si la sustracción la realiza un particular, se puede estar frente a una apropiación indebida o un hurto o una estafa, las que son las figuras bases de la malversación. Así, cuando en un delito funcionario se ve involucrado un particular, se plantea la interrogante de cómo sancionar a ese particular.

Se discute si ese tercero extraño, que no tiene la calidad de funcionario público, debe ser castigado como si lo fuera. Aquellos que se inclinan por la respuesta afirmativa arguyen que existe una especie de “comunicabilidad de la calidad de sujeto activo”, específicamente cuando se trata de delitos contra la Función Pública.

La postura contraria sostiene que ello no es posible, toda vez que para cometer un delito funcionario es requisito sine qua non, que quien cometa ese delito sea un funcionario público. Por lo tanto, si en un delito que afecte la función administrativa

interviene un particular, a este se le debe procesar y sancionar por un delito que haya podido cometer, sin esa condición, como por ejemplo la estafa, y conforme a la pena que la ley determine para ese delito. Existe una relación de especialidad directa entre la norma penal y la calidad de funcionario público.

Sobre esta última postura, es posible encontrar en la jurisprudencia chilena algunos fallos interesantes. Así, en sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca, del año 1983, (Gaceta Jurídica N° 42, p. 89), se señala: "*la circunstancia de ser empleado público o municipal que actúe en el desempeño de su cargo, o que desempeñe operaciones propias de este, es una calidad personal que constituye un elemento integrante de la figura delictiva de fraude al fisco, que no puede comunicarse a "extraños" por impedirlo el artículo 64 del código penal*".²⁵

En ese mismo sentido, la Corte Suprema, con fecha dos de diciembre de 2009, en fallo recaído en causa Rol 7640-2008, manifiesta que: "*en el presente caso se trata de obligaciones en que el autor se enfrenta a su propio deber, lo que impide el actuar conjunto o intervención delictiva, como modelo de imputación en los casos de concurrencia de varias personas*".²⁶

Otra sentencia en esta misma línea, es el de la Corte Suprema, de fecha 7 de octubre de 2002, dictado en causa Rol 3028-2002, cuando dice: "*Sin embargo, en el sistema penal chileno, la autoría como la complicidad en el ilícito de peculado están reservadas solo a quienes tengan la calidad de empleados públicos y es necesario, asimismo, que administren o tengan a su cargo fondos públicos, por lo que no acepta dicha comunicabilidad por lo que en este caso, a los codelincuentes no empleados públicos, se les debe procesar por un delito que hayan podido cometer, sin esa condición, como por ejemplo la estafa*".²⁷

²⁵ BALMACEDA Hoyos, Gustavo. Comunicabilidad de la calidad del sujeto activo en los delitos contra la Función Pública: Especial referencia a la malversación de caudales públicos y al fraude al fisco. Revista de derecho (Coquimbo), 2012, 19(2), 45-81. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532012000200003>.

²⁶ Ídem.

²⁷ Ídem.

2. Bien jurídico protegido en los delitos funcionarios

Como se sabe en general, rige 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 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.²⁸

Se han postulado tres teorías respecto al bien jurídico protegido en los delitos funcionarios: una teoría subjetiva, una teoría objetiva, y una teoría ecléctica.²⁹

De acuerdo a la teoría subjetiva, el bien jurídico tutelado es la protección del deber de fidelidad estatal; se arguye que en todos estos delitos existe una 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, indica 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 delitos, no obstante constituir un atentado contra la correcta función pública, se concreta en una lesión a cada uno de los principios aludidos.

²⁸ GARRIDO Montt, Mario, “Derecho penal: Parte General”; 3ª Edición; Editorial Jurídica de Chile, 2003, págs. 40 y 43.

²⁹ 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, pág. 31. En el mismo sentido: 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, pág. 17.

Finalmente, la teoría ecléctica combina elementos de ambos criterios, haciendo predominar elementos de uno u otro.³⁰³¹

Sin perjuicio de lo anterior, es importante y necesario mencionar lo que el Ministerio Público señala 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”*.³²

Luego de todo lo señalado anteriormente y teniendo presente que existe cierto consenso en la 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 señalar que en nuestro Código Penal, y siguiendo el modelo predominante en la época de su dictación, prima la teoría subjetiva.

Se puede concluir que el bien jurídico protegido en los delitos especiales tipificados en relación al desempeño de los cargos por funcionarios públicos, es el proteger el recto ejercicio de la función pública, comprendiendo las funciones administrativas, legislativas y judiciales, frente a la cual los funcionarios tienen un deber especial, atendida la naturaleza de los cargos que poseen y las consecuencias que pueden derivarse de sus actos, en los que se afecta el bien común.

³⁰ SALAS Donoso, Pablo; Ob. Cit., pág. 17.

³¹ VERA Vega, Jaime Andrés; Ob. Cit., pág. 31.

³² Oficio N° 142. Ministerio Público, Fiscalía Nacional.

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 funcionarios.³³

Siendo esta segunda clasificación la que nos interesa ya que analizaremos este tipo de delitos en particular, profundizaremos más respecto al bien jurídico tutelado en los delitos funcionarios que atentan contra la probidad administrativa.

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

En primer lugar, se debe mencionar 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 importante 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”³⁴.

Para tener una idea y/o concepto de lo que conlleva el principio de probidad administrativa, que no es desarrollado por la doctrina penal, invocamos al Derecho

³³ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMIREZ, María Cecilia; Ob. Cit., pág. 490.

³⁴ 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, pág. 175.

Administrativo. En el ámbito administrativo este principio fue formalizado por la Ley N° 19.653, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado “LOCBGAE”, “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”³⁵.

El artículo 13 de la citada ley 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 2° 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”. De la misma manera rigen el actuar de la Administración los principios de imparcialidad y transparencia, y acudimos nuevamente al ámbito administrativo para determinar su alcance.

Respecto al concepto de imparcialidad, el Diccionario de la Real Academia Española lo precisa 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”³⁶. 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”.

³⁵ Ídem.

³⁶ Ídem. pág. 177.

Respecto a la transparencia nos referimos nuevamente al Diccionario de la Real Academia Española, que se indica a la transparencia como “cualidad de transparente”, es decir, “claro, evidente, que se comprende sin duda ni 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”³⁷, y no con fines de beneficio personal o de personas determinadas.

Finalmente y 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.

³⁷ Ídem. pág. 182.

CAPÍTULO TERCERO

DELITOS FUNCIONARIOS

A) MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS

Dentro del Párrafo V del Título V del Código Penal Chileno, podemos encontrar cuatro tipos 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).

Respecto al delito de peculado o sustracción de fondos (el cual nos interesa), el bien jurídico protegido es, por una parte “la probidad administrativa pero también parece serlo el interés fiscal, atendido que las penas se gradúan según el monto del peculado”³⁸.

1. Peculado o sustracción de fondos.

El Código Penal indica:

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

³⁸ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMIREZ, María Cecilia; Ob. Cit., pág. 492.

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

1.1 Tipicidad objetiva

Podemos distinguir dos figuras del delito de peculado: *a)* La sustracción para sí, que hace el empleado público; y *b)* La participación del empleado en la sustracción que un tercero hace de esos fondos.

1.1.1 Conducta

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.

En la doctrina existen diversas definiciones, para algunos, 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”³⁹.

En cambio, para Conde Pumpido, distingue dos modalidades distintas de malversación, “la conducta consiste en sustraer o consentir que otro sustraiga. Presenta, por lo tanto, una modalidad activa y otra omisiva, ambas sancionadas de la misma forma”⁴⁰.

Sin embargo, para este autor la postura de los profesores Politoff- Matus- Ramírez es la más integra, 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”⁴¹, y a partir de esta distinción surgen distintas modalidades de la conducta punible en relación al reintegro que pueda producirse posteriormente de estos bienes. Entonces, según estos autores, se pueden distinguir dos casos: puede suceder que al funcionario público 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 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.

En conclusión, la aplicación que configura este delito consiste en un acto de administración por el cual los fondos se invierten efectivamente en algún objeto al

³⁹ BULLEMORE, Vivian R. y MACKINNON, John R.; “Curso de Derecho Penal” Tomo IV Parte Especial; 2ª Edición; Editorial Lexis Nexis Chile, 2007, pág. 167.

⁴⁰ CONDE-PUMPIDO Ferreiro, Cándido; “Código Penal comentado”; 2ª Edición; Editorial Barcelona, Bosch, 2004, pág. 1257.

⁴¹ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMIREZ, María Cecilia; Ob. Cit., pág. 493.

cual deba atenderse con fondos públicos de conformidad a las disposiciones legales y reglamentarias, o al menos un objeto por el cual la causa pública reciba o haya recibido una contraprestación económica equivalente⁴². Aunque se trate de una aplicación pública de los fondos, ésta ha de ser una aplicación diversa a la que estaban destinados. Dicho destino será el que había indicado, primordialmente, la ley (en particular, en la ley de presupuesto), pero que también puede estar precisado por reglamentos, por decretos y aun por órdenes de los superiores del servicio dentro del ámbito de sus atribuciones legales⁴³.

1.1.2 Sujeto activo

Al ser un delito especial, el sujeto activo solo puede ser un empleado público. Sin embargo, 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 figura 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 accidente⁴⁴.

Que el funcionario debe estar a cargo de los caudales o efectos por razón de sus funciones, quiere decir para los autores 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”⁴⁵.

⁴² ETCHEBERRY, Alfredo., Derecho penal. Editorial Jurídica de Chile, 1998, Tomo IV, pág. 244.

⁴³ RODRÍGUEZ Collao, Luis. - OSSANDÓN Widow, M., Delitos contra la función pública. Editorial Jurídica de Chile, 2008, págs. 392 y ss.

⁴⁴ En este sentido: Bullemore-Mackinnon, Etcheberry, Politoff-Matus-Ramírez, entre otros autores.

⁴⁵ BULLEMORE, Vivian R. y MACKINNON, John R.; Ob. Cit., pág. 167.

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 importancia, que aunque se de cumplimiento a los demás elementos del tipo, no se podrá configurar la figura si falta este requisito.

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, sino que además y como se menciono anteriormente, estos objetos deben encontrarse vinculados al funcionario por una especial relación de custodia.

En ese sentido podemos acudir 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”.

Estos objetos deben encontrarse vinculados al funcionario por una especial relación de custodia, derivada de su función pública, no importando si ellos pertenecen al Fisco (como serían los fondos de la Cuenta Única Fiscal) o a un particular (como las especies depositadas en la Dirección de Crédito Prendario)⁴⁶.

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

⁴⁶ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMIREZ, María Cecilia; Ob. Cit., pág. 493.

obligado a ello, su substracción no queda comprendida en este artículo”⁴⁷, 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.

El carácter de público se determina por la pertenencia de los bienes a la Administración pública o al Fisco, 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.

1.2 Tipicidad subjetiva

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

El Artículo 233 se dedica a 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 substraere o consintiere que otro los substraiga. 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.

El dolo de este delito implica el conocimiento de que se está dando a los fondos una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados. Es decir, el funcionario ha de conocer el destino de los caudales o fondos, establecido en virtud de las leyes o reglamentos pertinentes, y saber que la aplicación que da a los fondos

⁴⁷ LABATUT Glenda, Gustavo y ZENTENO Vargas, Julio; “Derecho penal”, Volumen II; 7º Edición; Editorial Jurídica de Chile, 1976, pág. 79.

no corresponde con ello. La doctrina está conteste en que la figura delictiva sólo puede cometerse con dolo directo⁴⁸.

El Artículo 234, en cambio, 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”⁴⁹.

Se ha mantenido respecto a la hipótesis 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”⁵⁰. Si bien el funcionario público 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.

1.3 Clasificación: delito especial impropio y propio

Tal como se dijo 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. En este caso nos enfrentamos 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

⁴⁸ RODRÍGUEZ Collao, Luis, “La desviación de fondos públicos. Aspectos dogmáticos y político-criminales” en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Valparaíso, Chile, 2005, Semestre I), pág. 246.

⁴⁹ BULLEMORE, Vivian R. y MACKINNON, John R.; Ob. Cit., pág. 168.

⁵⁰ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMIREZ, María Cecilia; Ob. Cit., pág. 496.

sanciona prácticamente la misma conducta del delito de peculado (sustraer o apropiar) cuando la acción es cometida por un particular.

Diferente es el caso de la figura 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.

1.4 Penas del delito de peculado

El caso de sustracción del Artículo 233 del Código Penal, 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.

En 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.

B) FRAUDES COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Dentro del Párrafo VI del Título V del Código Penal Chileno, denominado “Fraudes y exacciones ilegales”, se encuentran cuatro figuras penales. 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).

En las siguientes páginas se atenderá específicamente el delito de fraude al fisco según lo trata el Artículo 239 del Código Penal, que consiste en la posición relativa del respectivo funcionario que, en razón de su cargo, interviene en una determinada operación de significación patrimonial para el Estado u otra entidad pública⁵¹.

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”⁵² a costa del Estado, y la intención del legislador es precisamente evitar también este perjuicio patrimonial.

1. Fraude al Fisco

El Código Penal señala:

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 la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo.

En aquellos casos en que el monto de lo defraudado excediere de cuarenta unidades tributarias mensuales, el juez podrá aumentar en un grado la pena señalada en el inciso anterior.

Si la defraudación excediere de cuatrocientas unidades tributarias mensuales se aplicará la pena de presidio mayor en su grado mínimo.

⁵¹ RODRÍGUEZ Collao, Luis. - OSSANDÓN Widow, M; Ob. Cit., pág. 417.

⁵² LABATUT Glenda, Gustavo y ZENTENO Vargas, Julio; Ob. Cit., pág. 83.

En todo caso, se aplicarán las penas de multa del diez al cincuenta por ciento del perjuicio causado e inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos u oficios públicos en sus grados medio a máximo.

1.1 Tipicidad

Podemos distinguir dos figuras dentro del delito de fraude al fisco: *a)* El empleado público que en las operaciones en que interviene por razón de su cargo defrauda al Estado, se trataría de una defraudación directa; y *b)* 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.

1.1.1 Tipo objetivo

1.1.1.1 Sujeto activo y sujeto pasivo

Nos encontramos 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 público comete fraude, pero actuando fuera del ámbito de sus atribuciones, deberá ser castigado por el delito de estafa contemplado en el Artículo 467, y si se prevalió 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 contemplada en el Artículo 239.

Se señala como sujeto pasivo el Estado o Administración Pública en general⁵³.

⁵³ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMIREZ, María Cecilia; Ob. Cit., pág. 498.

1.1.1.2 El perjuicio patrimonial

El perjuicio mismo para el Estado aparece precisado en la ley como una pérdida o como una privación de un lucro legítimo; esto es, cubre tanto el daño emergente como el lucro cesante, que son las dos grandes modalidades del perjuicio en general. No se requiere, sin embargo, un beneficio para el funcionario, que puede no recibir ninguno, sino actuar por amistad, espíritu de venganza, etc., pero siempre es indispensable el perjuicio público. Como en la tipicidad de esta figura no se hace mención alguna al reintegro, debe concluirse que él no influye sobre la calificación del delito, y que en caso de producirse podría sólo constituir la atenuante de reparación celosa del mal causado⁵⁴.

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.

Que el fraude al fisco sea 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 figura de fraude al Fisco contemplado en el Artículo 239, en grado de tentativa o de delito frustrado.

1.1.2 Tipo subjetivo

Existe cierto 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 sujeto. En ambas hipótesis, ya sea que se defraude o que se consienta en

⁵⁴ ETCHEBERRY, Alfredo; Ob. Cit., pág. 247.

la defraudación, debe existir dolo, ya que tales expresiones suponen conocimiento y voluntad de realización⁵⁵.

1.2 Clasificación. Delito especial: impropio y propio.

Como se dijo anteriormente, la primera figura del delito de fraude al Fisco, se invoca 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 del Código Penal Chileno 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.

En la segunda figura 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 (en este caso el funcionario público debería ser considerado cómplice del particular).

1.3 Penas contempladas para el delito de fraude al Fisco

Quien cometa esta conducta, sufrirá las penas de presidio menor en sus grados medio a máximo y de acuerdo a la cuantía de lo defraudado (superior a 40 UTM y superior a 400 UTM) la pena puede llegar a ser de presidio mayor en su grado mínimo. Asimismo, puede conllevar la inhabilitación especial perpetua para el cargo

⁵⁵ En este sentido: Bullemore – Mackinnon, Politoff-Matus-Ramírez, Etcheberry, entre otros.

u oficio, y por último, se condena a una multa del diez al cincuenta por ciento del perjuicio causado.

Como se puede apreciar, las penas son superiores a la de todos los delitos contemplados como delitos funcionarios. Además, en el delito de fraude al Fisco, a diferencia de lo que sucedía por ejemplo en el delito de peculado o sustracción de fondos, 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.

C) EL DELITO DE COHECHO

En el Párrafo IX del Título V del Código Penal Chileno, se encuentra tipificado el cohecho.

La definición más ajustada del concepto de cohecho, para este autor, 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 público una retribución no debida en el ejercicio del cargo de éste”⁵⁶; aunque esta definición no describe cada una de las figuras de cohecho nos entrega de manera nítida una idea de lo que implica este delito.

⁵⁶ OLIVER Calderón., Guillermo; “Últimas modificaciones en la regulación del delito de cohecho”; en Revista de Estudios de la Justicia, N°5, año 2004, pág. 87.

1.1 Bien jurídico

Para Guillermo Oliver 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”⁵⁷. Es más exacto 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.

De igual modo, 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 público 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 administrativo de probidad.

En definitiva, surge 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

- a) Cohecho activo y cohecho pasivo

⁵⁷ OLIVER Calderón, Guillermo; Ob. Cit., pág. 95.

Gran parte de la doctrina nacional ha diferenciado entre cohecho activo y cohecho pasivo, centrandó la distinción entre quien corrompe y quien se deja corromper⁵⁸. 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 público; y el cohecho pasivo hace referencia a la conducta del funcionario que se deja corromper y está dispuesto a recibir la retribución económica indebida⁵⁹. Sin perjuicio de lo anterior, para este autor, es más conveniente distinguir entre las figuras de cohecho del funcionario público y cohecho del particular y que dentro de ellas se pueden reconocer conductas activas y pasivas por parte del sujeto activo.

b) Cohecho propio y cohecho impropio

La mayoría de los autores⁶⁰ 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 omita 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 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.⁶¹

c) 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

⁵⁸ En este sentido: Bullemore-Mackinnon, Etcheberry, Rodríguez-Ossandón, entre otros.

⁵⁹ ETCHEBERRY, Alfredo; Ob. Cit., pág. 252.

⁶⁰ En ese sentido: Etcheberry, Labatut, entre otros.

⁶¹ RODRÍGUEZ Collao, Luis. - OSSANDÓN Widow, M; Ob. Cit., pág. 307.

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 funcionario.⁶²

1.3 Características del delito de cohecho

1. Delito autónomo

Se indica 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.

2. Delito formal

Nos encontramos frente a un delito formal o de mera actividad, pues el cohecho del funcionario público se constituye 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.

⁶² OLIVER Calderón., Guillermo; Ob. Cit., pág. 89.

En el caso de un particular, el cohecho quedará plasmado 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

Guillermo Oliver hace una distinción para estos efectos entre cohecho del funcionario público y cohecho del particular, mencionando que en el primer caso se trata de un delito de daño efectivo, y en el segundo, de un delito de peligro. El raciocinio 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. Esto, porque si el particular ofrece un beneficio económico, en caso de prestaciones gratuitas, o mayores derechos que los debidos, en caso de prestaciones remuneradas, 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”⁶³. En definitiva, la clasificación de delito de peligro o de daño efectivo mutará en cada una de las figuras del delito de cohecho y dependerá de si el sujeto activo es un funcionario público o un particular.

1.4 Análisis de las figuras de cohecho contempladas en el Código Penal Chileno

⁶³ OLIVER Calderón., Guillermo; Ob. Cit., pág. 96.

A continuación se analizarán cada una de las hipótesis de cohecho contempladas en los Artículos 248 y siguientes del Código Penal, se seguirá la nomenclatura utilizada por Rodríguez – Ossandón y el profesor Oliver. Se pueden diferenciar entonces el cohecho del funcionario público, que comprende una figura básica y dos gravadas; 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 la pena de reclusión menor en su grado mínimo, 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 y 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

Se pueden observar dos hipótesis en esta figura: a) 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; y b) 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 el cual no le están señalados derechos.

A.2.1 Tipo objetivo

A.2.1.1 Verbo rector

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

Asimismo, se ha mencionado 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)”⁶⁴.

A.2.1.2 Sujeto activo

El sujeto activo es siempre un funcionario público que actúa en el ejercicio de su cargo, y se distingue entre aquellos funcionarios que están facultados para percibir derechos directamente por parte del público y aquellos que no.

A.2.1.3 Beneficio económico

⁶⁴ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMIREZ, María Cecilia; Ob. Cit., pág. 502.

Lo que se reprocha 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.

A.2.2 Tipo subjetivo

Se ha insistido 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”⁶⁵.

A.3 Aspectos de la penalidad

A.3.1 Adecuación social de la conducta

Se alude 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 esta dirección 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 de la ley penal, expresión de soberanía popular, el castigar comportamientos que la propia sociedad tolera o estima adecuados”⁶⁶.

⁶⁵ RODRÍGUEZ Collao, Luis. - OSSANDÓN Widow, M; Ob. Cit., pág. 319.

⁶⁶ OLIVER Calderón., Guillermo; Ob. Cit., pág. 98.

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 la pena de reclusión menor en su grado mínimo, con suspensión en cualquiera de sus grados y multa de la mitad al tanto de los derechos o del beneficio solicitado o aceptado.

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 su grado medio, y además, con la pena de inhabilitación absoluta para cargos u oficios públicos temporal 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 absoluta para cargo u oficio público, perpetua, además de las penas de reclusión y multa establecidas en el inciso precedente.

B.1 Clasificación

Se está en presencia de un cohecho pasivo, pues el sujeto activo es un funcionario público y 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

Se pueden observar tres hipótesis en esta figura: *a)* 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; *b)* 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; y *c)* 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

La actuación puede basarse 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 arguye 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.

B.2.1.2 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 castiga en esta figura 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

Se restringe su aplicación a aquellos casos en que existe dolo por parte del sujeto activo. Asimismo, 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 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.2.3 Beneficio económico por retardar un acto o por haberlo retardado

Para el profesor Oliver, existe una “laguna de punición”⁶⁷, mediante la cual critica 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. Se concluye que si bien la actuación que se retarda finalmente se realiza, se ejecuta con

⁶⁷ OLIVER Calderón., Guillermo; Ob. Cit., pág. 103.

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. Por lo que sería más conveniente incluir específicamente esta situación en el tipo, para así evitar que la conducta sea considerada atípica.

B.3 Penalidad

La conducta de solicitar o aceptar una retribución económica por omitir actos o ejecutarlos con infracción a los deberes del cargo, se considera de mayor gravedad y se castigan de manera más severa que el cohecho pasivo propio. Quien incurra en este delito, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado 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.

Sin perjuicio de lo anterior, 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 absoluta para cargo u oficio público perpetuas, además de las penas de reclusión y multa señaladas anteriormente.

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 absoluta, temporal o 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 considera como un cohecho pasivo, pues el sujeto activo es un funcionario público y 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

Se pueden observar dos hipótesis en esta figura: a) 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”; y b) 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.2.1 Tipo objetivo y tipo subjetivo

En cuanto a los verbos rectores, se repiten las modalidades activas y pasivas (solicitar y aceptar). Sin perjuicio de lo anterior, en esta hipótesis 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 este caso en particular, sólo se observa 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 manifestaciones suponen conocimiento y voluntad de realización por parte del funcionario público.

C.3 Penalidad

Se ha mencionado 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”⁶⁸.

En esta hipótesis de cohecho, el funcionario público será sancionado con la pena de inhabilitación absoluta, temporal o perpetua, para cargos u oficios públicos, y multa del tanto al triplo del provecho solicitado o aceptado. Además se considera 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.

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

⁶⁸ BULLEMORE Gallardo, Vivian R. y MACKINNON Roehrs, John R.; Ob. Cit., pág. 175.

Artículo 250. El que ofreciere o consintiere 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, 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 ofrecido en relación con las acciones u omisiones del artículo 248, el sobornante será sancionado, además, con la pena de reclusión menor en su grado mínimo.

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 su grado medio, en el caso del beneficio ofrecido, o de reclusión menor en su grado mínimo a medio, 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, si al sobornante le correspondiere una pena superior por el crimen o simple delito de que se trate, se estará a esta última.

D.1 Clasificación

Se considera como cohecho activo, pues el sujeto activo es el particular y 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, dependiendo 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 pueden observar dos hipótesis en esta figura: *a)* 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; y *b)* 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

Se pueden distinguir dos conductas típicas en este delito, que pueden consistir en ofrecer un beneficio económico o en consentir en darlo (modalidad activa o pasiva).

D.2.1.2 Sujeto activo

El cohecho del particular es un delito común, ya que cualquier persona puede ser sujeto activo. Así, el particular que por diversos motivos tenga que tratar con un funcionario público y procure que éste último realice ciertas acciones u omisiones a su favor, ofreciéndole un beneficio económico a cambio, incurre en este delito. De la misma manera sucede si se limita a aceptar la solicitud del funcionario.

D.2.2 Tipo subjetivo

Esta figura de cohecho del particular sólo puede cometerse con dolo, ya que 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 Penalidad

El particular que ofrezca o consienta en dar un beneficio económico al funcionario público 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.

En la circunstancia del Artículo 248 bis, 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 su grado mínimo a medio, en el caso del beneficio consentido.

Finalmente, 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. En estos casos, si al sobornante le correspondiere una pena superior por el crimen o simple delito de que se trate, se estará a esta última.

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

Artículo 250. 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 mediere en causa criminal a favor del procesado, y fuere cometido por su cónyuge, por alguno de sus ascendientes o descendientes consanguíneos o afines, 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 considera como un cohecho activo, pues el sujeto activo es un particular y 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 pueden observar tres hipótesis en esta figura: El particular ofrece o consiente en dar al funcionario público, un beneficio económico en provecho de éste o de un tercero: *a)* para ejecutar o por haber ejecutado un acto propio del cargo, dentro de una causa criminal a favor del procesado; *b)* para omitir o por haber omitido un acto debido propio de su cargo, dentro de una causa criminal a favor del procesado; y *c)* 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 Tipicidad objetiva

Se observa en esta figura de cohecho, una modalidad activa y una pasiva, constituido 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.

Asimismo, por tratarse de una forma privilegiada de cohecho, el sujeto activo (particular) debe tener además la calidad de cónyuge, ascendiente o descendiente, colateral o persona ligada por adopción, en relación al procesado a cuyo beneficio se realizarían las gestiones dentro de la causa criminal.

E.3 Penalidad

Por considerarse una figura privilegiada la pena es mucho más clemente, 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.

C. 1 ACTUAL DISCUSIÓN EN EL CONGRESO NACIONAL RESPECTO A ELEVAR LAS PENAS RESPECTO AL DELITO DE COHECHO

- **Informe de comisión (de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento) del Senado de fecha 6 de diciembre de 2017.**

El objeto de la moción parlamentaria iniciada por los senadores Araya, De Urresti, Espina, Harboe y Larraín es aumentar las sanciones que el Código Penal establece para los delitos de cohecho y soborno a funcionarios públicos nacionales o extranjeros, tipificar y castigar los delitos de soborno entre particulares y de administración desleal, y elevar las penas de los delitos de cohecho y soborno

considerados en la Ley que establece la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas.

En el primer trámite constitucional, el Senado aprobó una serie de enmiendas al Código Penal y a la ley N° 20.393, que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica

A modo de síntesis, el Senado sustituyó los artículos 248, 248 bis, 249 y 250 que definen las figuras de cohecho y soborno y aumentó su penalidad. También reemplazó el artículo 251 bis que sanciona al que ofreciere, prometiese o diere a un funcionario público extranjero, un beneficio indebido, 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 ventaja indebida en el contexto de una relación económica internacional o de una actividad económica desempeñada en el extranjero.

Asimismo, se precisó que los bienes recibidos, malversados o defraudados por el empleado público caerán siempre en comiso.

El proyecto aprobado por el Senado contempló, además, dos figuras típicas nuevas. En primer lugar el soborno entre particulares y la figura de administración desleal.

Finalmente, se modificó el artículo 15 de la ley N° 20.393, que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica, con el fin de precisar la pena aplicable a los delitos indicados.

Durante el segundo trámite constitucional, la Cámara de Diputados ha introducido diversas modificaciones al texto aprobado por el Senado.

La Cámara aumentó las penas al delito de malversación de caudales o efectos públicos (artículo 233 y 235), a las figuras de fraudes y exacciones ilegales que pueden cometer los funcionarios públicos (artículo 239) y también respecto de la figura de negociación incompatible que establecen los artículos 240 y 241.

En segundo lugar, modificó la conducta que configura el delito de cohecho y la pena que se aplica a los funcionarios públicos que incurren en ella. Adicionalmente, cambió las sanciones que se aplican al soborno de funcionario internacional.

Por otra parte, la Cámara de Diputados consideró un nuevo artículo 251 quáter que impone a quienes cometen los delitos de cohecho y soborno la pena accesoria de inhabilitación absoluta para ejercer cargos, empleos, oficios o profesiones en empresas que participen como proveedores de bienes y servicios de los órganos de la administración del Estado o cuyo objeto sea la provisión de bienes o servicios de utilidad pública.

Asimismo, estableció una regla especial en materia de suspensión de la prescripción de los delitos ya indicados (artículo 260 bis).

También modificó la figura de soborno entre particulares y administración desleal y se introducen diversos cambios a la ley que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho, con el fin de incorporar más figuras típicas, aumentar las multas a beneficio fiscal y regular la figura del comiso.

Finalmente, introdujo una enmienda a la ley N° 19.913 que crea la unidad de análisis financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos, para incorporar nuevas figuras penales y modificó la regla establecida en el Senado para sancionar los delitos perpetrados con anterioridad a la entrada en vigencia de las normas contenidas en este proyecto de ley.

Sin embargo, el Senado rechazó la totalidad de las enmiendas introducidas por la Cámara de Diputados al proyecto de ley, por lo que corresponde, en consecuencia, la formación de una Comisión Mixta que deberá proponer la forma y el modo de resolver las divergencias suscitadas entre ambas Cámaras.

CAPÍTULO CUARTO

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

A continuación se analizarán diversas sentencias en donde se encuentran contenidos los principios de la sana crítica (en su caso de observancia o inobservancia) de los distintos delitos funcionarios descritos en el capítulo anterior.

Si bien existen muy pocos fallos en los cuales se haga uso efectivo de las máximas de la experiencia, los que se presentan a continuación serán de mucha ayuda para lograr comprender la forma en que estas máximas son utilizadas y cómo es que influyen en el veredicto final.

1. MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS

C/Álex A. Jiles Godoy

Hechos: El día 14 de septiembre de 2012, el acusado Alex Alejandro Jiles Godoy, encontrándose en la cancha del estadio techado de Coquimbo, ubicado en calle Dr. Moukarzel sin número, Coquimbo, prestó servicios a la I. Municipalidad de Coquimbo, desarrollando la labor de Atención de público en la “Unidad de Ingresos”, recaudando ese día caudales públicos por la suma total de \$5.904.000, correspondiendo \$4.674.000 a dinero efectivo; \$702.000 a un cheque, y \$528.000 a una transferencia bancaria, todo correspondiente a pagos efectuados por diversas personas para el arriendo de terrenos municipales en la Pampilla y pagos de loges de locomoción colectiva. Teniendo a su cargo estos dineros Municipales, y la obligación de rendir y entregarlo a la Tesorería Municipal, el acusado sustrajo y se

apropió de parte de la recaudación, consistente en \$4.674.000 en dinero efectivo, el que siéndole requerido, no fue reintegrado ni rendido.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena

RIT: N° 224-2016

El tribunal consideró: “**SÉPTIMO:** *Que entonces el hecho delictivo que se ha dado por probado resultó verificados en los términos señalados en la acusación, dado que el acusado, habiendo percibido, en razón de su cargo, valores en dinero que constituían ingresos de la I. Municipalidad de Coquimbo, los que debía custodiar hasta proceder a su depósito en la cuenta bancaria de dicha entidad, no lo hizo y, con posterioridad, cuando de lo requirió, no los restituyó, aplicándolos a fines propios, apropiándose los de esta forma.* **OCTAVO:** *Que de igual modo, según ya se concluyó precedentemente, este tribunal estima suficientemente acreditado que el acusado, siendo imputable, actuando voluntariamente de manera contraria a derecho y en forma culpable, esto es, con conciencia de la ilicitud de su obrar, completó las exigencias normativas respecto de la conducta y actividad necesarias del tipo delictivo que se le imputó, tomando parte en la ejecución de estos hechos de una manera inmediata y directa, esto es, en grado de autor.”*

Y finalmente determinó: “**condenar a Álex Alejandro Jiles Godoy, ya individualizado, como autor de un delito de malversación de caudales públicos, previsto y sancionado en el artículo 238 del Código Penal en relación con 233 N°3 del mismo cuerpo legal, cometido en Coquimbo el día 14 de septiembre de 2012, a padecer la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, al pago de una multa de once unidades tributarias mensuales, pagadera en once cuotas mensuales iguales y sucesivas desde que quede ejecutoriada la sentencia, a la inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos, a la inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos mientras dure la condena y al pago de las costas de la causa.”**

Posteriormente, el acusado interpuso un recurso de nulidad señalando que el fallo dictado por el tribunal oral en lo penal de La Serena habría infringido gravemente el artículo 297 del Código Procesal Penal por haberse vulnerado los principios de la lógica de la razón suficiente y de no contradicción.

Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena

Rol: N° 403-2016

La Ilustrísima Corte rechazó el recurso de nulidad interpuesto y consideró que:

*“**Cuarto:** Que esta Corte lejos está de compartir todo aquello que señala el recurrente para los fines que se propone. En efecto, del atento estudio de la sentencia aparece que los jueces han dado cabal cumplimiento a todas las exigencias previstas en el artículo 297 del Código Procesal Penal, disposición que señala que la prueba rendida en el juicio oral deberá ser apreciada con libertad, pero sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, debiendo además hacerse cargo de toda la prueba rendida, con la adecuada fundamentación. Agrega la norma que la valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieren por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, permitiendo tal operación la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia. [...] **Sexto:** Que entonces, como corolario del asunto, examinada que ha sido la sentencia puede concluirse de manera segura, que ella contiene una exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos que se dan por probados, valorándose la prueba con libertad, pero sin contradecir los principios de la lógica (en específico, el principio de la razón suficiente y el de no contradicción como acusa el recurrente) las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. Los jueces se han hecho cargo de la prueba producida, fundando la valoración que efectúan, de manera tal que permite la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones logradas.”*

En el caso precedente, resultaría improcedente acoger la petición de la imputada, porque corresponde a los jueces del fondo de manera privativa, efectuar la valoración de la prueba, ya que ante ellos se ha desarrollado el devenir probatorio, y como en tal proceder se ha cumplido con toda la figura del artículo 297 del Código de Procedimiento Civil. Asimismo, reafirma el hecho.

2. FRAUDE AL FISCO

a) C/Juan Pablo Dávila Silva y otros.

Hechos: El Jefe del Departamento de Mercados de Futuro de la Corporación del Cobre de Chile, CODELCO, Juan Pablo Dávila, actuando fuera de los límites establecidos en la sesión del Comité de Coordinador de Mercados a Futuro del año 1992 celebró contratos a futuro, que tenían como activo subyacente el precio del cobre. El precio fijado era menor incluso al precio de mercado de la época, lo cual era particularmente extraño porque si bien el cobre tiene un precio muy volátil, generalmente tiende a subir por lo que la única forma de que CODELCO pudiera haber obtenido una ganancia, habría sido si el precio del cobre hubiera disminuido muchísimo en un periodo de tiempo no tan largo, ya que la mayoría de estos contratos eran a los 6 meses. El precio del cobre subía, por lo que CODELCO (y por lo tanto el Fisco) tenía una pérdida al vender mucho más barato. Sin embargo, con la pérdida se beneficiaba la otra parte, ya que al comprar barato podía vender a un mayor precio, teniendo una ganancia considerable. La ganancia de Juan Pablo Dávila se daba justamente con ocasión de la pérdida de CODELCO, porque el corredor con el que suscribía este contrato, obtenía una ganancia mayor para sus clientes, por lo tanto su comisión subía y era repartida más tarde entre el corredor y Juan Pablo Dávila en una cuenta a nombre de este último en Islas Gran Caimán. En enero de 1994 fue informado el comité coordinador sobre esta situación.

Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago

Rol: N° 56.136-1999

La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, consideró: “19°.- *Que los hechos descritos en los considerandos Cuarto, Quinto y Sexto del fallo en revisión, son constitutivos del delito de Fraude al Estado, previsto y sancionado en el artículo 239 del Código Penal, toda vez que el Jefe del Departamento de Mercados de Futuro de la Corporación del Cobre de Chile, CODELCO-CHILE, empresa minera, industrial y comercial del Estado- quien, por ello y como ya ha quedado establecido en la referida sentencia, tenía el carácter de empleado público, en los términos a que se refiere el artículo 260 del código punitivo- precisamente en razón y en el ejercicio de su cargo, defraudó y consintió en que se defraude al Estado de Chile, llevando a cabo las actuaciones y conductas allí descritas, en forma coordinada y consciente, amparado en la confianza que sus superiores depositaron en él, dada su especialidad y capacidad técnico-profesional, permitiendo de ese modo que su empleador pierda dinero o bien deje de obtener un legítimo lucro en las negociaciones del rubro para, por su lado, obtener él o terceros sean sus coprocesados, brokers u otros directos o eventuales compradores- beneficios económicos, que pueden o no ser equivalentes en cuanto a su monto, por las cantidades establecidas en las pericias pertinentes y que se resumen en el motivo Sexto de la sentencia de primer grado,”*

Si bien no se define expresamente como máxima de la experiencia, el fallo dictado por los ministros Juan González Zúñiga, Hugo Dolmestch Urrea y Rosa María Maggi, hace hincapié no solo en la calidad de funcionario público sino que menciona que las actuaciones del acusado se encontraban amparadas en la confianza que sus superiores depositaron en él, dada su especialidad y capacidad técnico-profesional. Es en este punto que la habitualidad, como máxima de la experiencia, toma un sentido particular ya que la confianza es de suma importancia en este ámbito, sobre todo cuando se manejan grandes sumas de dinero.

b) Osvaldo Andrade L c/ Iván Eduardo Álvarez D. y otros

Hechos: El imputado Pablo Wagner San Martín, se desempeñó como asesor en la fusión de Isapre Banmédica con los activos de salud del grupo Penta (año 2000), para luego integrarse a trabajar como Gerente de Planificación y Desarrollo de las empresas del Holding Banmédica. Paralelamente, también fue miembro del directorio de AFP Cuprum, también perteneciente al grupo Penta. El 30 de abril del año 2009 dejó de trabajar en Banmédica, pero se mantuvo como asesor de la empresa a través de su Empresa Inversiones y Asesorías Santa Irene Ltda., contrato que fue finiquitado el día 10 de marzo de 2010, por cuanto el imputado asumiría labores como Subsecretario de Minería, entre el 11 de marzo de 2010 y el 02 de octubre de 2011. En marzo de 2010, Pablo Wagner San Martín, en forma previa a su ingreso al cargo de subsecretario solicitó al imputado Carlos Eugenio Lavín, socio y controlador de empresas Penta, que viera una forma en que Banmédica le pagara un monto de dinero ascendente a \$92.000.000. Wagner termina dicha solicitud efectuada por correo electrónico del día 10 de marzo de 2010, señalando que “Cualquier ayuda será agradecida de por vida por mi familia. Demás está decirte que cuentas conmigo para lo que necesites. También que pediré tu consejo a menudo. Como me dijiste cuando hablamos no es un adiós sino hasta pronto”. Carlos Lavín con fecha 12 de marzo de 2010, le contesta el correo electrónico a Wagner, habiendo ya asumido como subsecretario, indicándole en relación a su solicitud, que había conversado con Carlos Alberto Delano, señalando textualmente “estuve hablando con el choclo tu tema y se nos ocurrió algo”. A partir de ese momento, buscaron diversas fórmulas para implementar el beneficio económico, una de las cuales fue utilizar a la Universidad del Desarrollo, para justificar dichos pagos. Posteriormente, entre mayo y junio de 2010, se resolvió que el tema lo resolverían a través de Hugo Bravo, quien le manifestó a Wagner San Martín, por encargo de Delano y Lavín, que ellos aceptaron pagarle la suma de \$3.000.000 cada dos meses, para lo cual debía entregar una boleta de un tercero que justificara el pago. Es así como entre el 30 de junio de 2010 y el 3 de septiembre de 2012, Pablo Wagner recibió 14 depósitos en su cuenta corriente del Banco de Chile N° 3161103, efectuadas por parte de empresas

Penta, por encargo de Carlos Lavín y Carlos Délano, a través de Hugo Bravo, por montos de \$3.000.000 cada dos meses, sumando un total de \$42.000.000. Para efectuar los pagos del soborno a Pablo Wagner San Martín y poder justificar en las empresas respectivas del grupo Penta dichos egresos de dinero, Wagner San Martín utilizó el giro comercial de María Carolina de la Cerda Iñiguez y facilitó las siguientes boletas de honorarios falsas por servicios no prestados emitidas por María Carolina de la Cerda Iñiguez, actividad realizada en concierto con Carlos Délano Abbott, Carlos Lavín García-Huidobro, Hugo Bravo López y la propia de la Cerda Iñiguez.⁶⁹

Octavo Juzgado de Garantía de Santiago

Rit: N° 6873-2014

El tribunal consideró en relación al delito tributario que: *“De los antecedentes de investigación (principalmente informes del Servicio de Impuestos Internos, declaraciones juradas, boletas de honorarios; declaraciones de renta del acusado; cartolas bancarias de la cuenta corriente del acusado, más las declaraciones de diversos testigos, entre ellos Marcos Castro Sanguinetti, María Carolina De La Cerda y Mauricio Pinto Meneses) al ser valorados legalmente han permitido establecer, también, que en los períodos señalados en la acusación el imputado sr. Wagner, concertado con doña María Carolina De La Cerda Iñiguez, facilitó boletas ideológicamente falsas a diversas sociedades que se indican en la acusación, las que -por su parte- las incorporaron en sus contabilidades disminuyendo la base imponible, dando lugar a la determinación de un impuesto inferior al que correspondía pagar y, de esta manera, posibilitando la comisión del delito tributario establecido en el artículo 97 N° 4 inciso primero del Código Tributario. En el mismo contexto, se estableció que el acusado durante los períodos indicados en la acusación, efectuó declaraciones de impuesto maliciosamente incompletas, al no haber incluido en ellas los ingresos recibidos (de manera ilegítima) de parte de diversas sociedades y empresas, lo cual permitió la liquidación de un impuesto a la*

⁶⁹ Hechos contenidos en la acusación particular de los querellantes del Consejo de Defensa del Estado; Fundación Ciudadano Inteligente; Sociedad Vidrierías La Argentina y Jorge Charbín Lautaris, y de los señores Diputados Osvaldo Andrade, Daniel Melo, Marcelo Schilling y Leonardo Soto.

renta inferior al que le correspondía pagar. Y por cuanto el acusado, al incrementar su patrimonio de manera relevante e injustificada, según se estableció anteriormente, lo hizo a través de un mecanismo clandestino (utilizando boletas de honorarios de su cuñada María Carolina De La Cerda Iñiguez) destinado a encubrir los aportes de dinero que ilegítimamente percibía de las empresas Penta, y tales ingresos no los incluyó en sus declaraciones de impuestos anuales a la renta las que, en consecuencia, resultaron maliciosamente incompletas y falsas, al no reflejar el total de sus ingresos. Tales hechos se justifican sobre la base de los mismos antecedentes con los cuales se ha tenido por acreditado el enriquecimiento indebido, además de las declaraciones de renta del acusado (que omiten deliberadamente esos ingresos) y los informes del Servicio de Impuestos Internos sobre fiscalización que dan cuenta de la evasión de impuestos consignada. [...] La participación del acusado, en los hechos que se dieron por acreditados, se encuentra establecida, además de su propia aceptación de los cargos, con el cúmulo de antecedentes expuestos en la acusación, particularmente las declaraciones de Juan Carlos Armijo y Hugo Bravo López que lo sindicaron como la persona a quien se pagaba, por parte de la empresa Penta, montos de dinero con cargo a boletas de su cuñada que enviaba el acusado, y las declaraciones de la María Carolina De La Cerda Iñiguez quien señala al acusado como la persona que le pidió boletas para diversos fines pero sin prestar servicios.

El tribunal determinó que: *“los hechos que se dieron por establecidos, en cuanto a que el acusado efectuó declaraciones de impuesto maliciosamente incompletas, al no haber incluido en ellas los ingresos recibidos (de manera ilegítima) de parte de diversas sociedades y empresas, y en cuanto el acusado, actuando en representación de la empresa Inversiones y Asesorías Santa Irene Limitada, suscribió un contrato forward “de salida” con la sociedad CB Consultorías y proyectos, por una determinada suma de dinero, la que maliciosamente omitió en su declaración de impuesto a la renta como persona natural, son constitutivos del delito tributario previsto y sancionado en el artículo 97 N° 4 inciso primero del Código Tributario, en grado de consumado y en carácter de reiterado. Y los hechos*

acreditados, según los cuales el imputado sr. Wagner, concertado con doña María Carolina De La Cerda Iñiguez, facilitó boletas ideológicamente falsas a diversas sociedades que se indican en la acusación, las que -por su parte- las incorporaron en sus contabilidades disminuyendo la base imponible, son constitutivos del delito tributario previsto y sancionado en el artículo 97 N° 4 inciso final del Código Tributario, en grado de consumado y en carácter de reiterado”

En este punto, es legítimo suponer que el tribunal consideró como máxima de la experiencia el hecho de que el imputado utilizara a su cuñada para que le facilitara boletas de honorarios falsas, por servicios no prestados, debiendo esta última tener necesariamente conocimiento de esta operación debido a su cercanía. Esta era la única manera de que ingresara al patrimonio del imputado las sumas de dinero acordada con los ejecutivos de Penta, ya que la remuneración establecida para el cargo que el ostentaba se aleja, según sus propios dichos, al estilo de vida que frecuentaba.

c) C/Rodrigo Esteban Beas Bedmar.

Hechos: Con fecha 07 de enero de 2009, por Resolución N° 103, el Servicio Nacional de Geología y Minería, SERNAGEOMIN, aprobó el “Contrato de Suministros para Servicios Administrativos y Contables del Centro de Capacitación de Sernageomin, bajo Contrato de Suministro”, para Sernageomin III Región de Atacama, cuyos servicios serían realizados por doña Dammy Reveco Cabezas, a cambio de un pago mensual de \$333.333.-, impuesto incluido, el que sería cursado por el Departamento de Administración y Finanzas de la Dirección Regional del Sernageomin III Región, una vez emitida la correspondiente boleta por parte de la prestadora del servicio, doña Dammy Reveco, actividad que se desarrolló con normalidad hasta que en el mes de agosto de 2009, doña Dammy Reveco Cabezas, sufrió un accidente cerebro vascular grave que le impidió continuar a cargo del contrato de suministro mencionado. No obstante lo anterior y teniendo conocimiento

que doña Dammy Reveco se encontraba imposibilitada de continuar prestando sus servicios a través de la modalidad del contrato de suministros a Sernageomin, debido a su estado de salud, PEDRO ALMONACID COLIN, Director del Centro de Capacitación de Sernageomin, PABLO CARRIZO ROSALES, Coordinador del mismo centro, RODRIGO BEAS BEDMAR, funcionario del Departamento de Administración y Finanzas de Sernageomin y RENÉ ROJAS SAN MARTÍN, todos, funcionarios del servicio público mencionado, en el ejercicio de sus funciones, tomaron conocimiento del problema de salud que afectaba a Dammy Reveco y pese a esto, consintieron y autorizaron el pago de honorarios a favor de doña Dammy Reveco entre los meses de agosto y diciembre de 2009, incumpliendo los deberes que en cada caso, sus respectivos cargos les imponían, defraudando así a Sernageomin y ocasionándole un detrimento patrimonial de \$1.333.332.-.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Copiapó

Rit: N° 155-2016

El tribunal determinó que: *“En definitiva toda la prueba rendida en juicio denota que existe el delito imputado más no pudo vincularse al acusado Beas, y de la prueba que en todo caso nunca fue directa tampoco puede inferirse que existen indicios, unidos a las reglas de lógica, las máximas de la experiencia -del diario vivir de estos jueces y de su desarrollo profesional- y de los conocimientos científicamente afianzados, se reafirman la convicción de absolución. Que, como consecuencia de las reflexiones expuestas, necesariamente hay que concluir que la prueba analizada, atendido su carácter, es insuficiente entre otros aspectos, para destruir la presunción de inocencia que beneficia al enjuiciado, y en consecuencia, para dar por acreditado su participación en el ilícito del artículo 239 consumado del Código Penal, pues el acusador no produjo ninguna prueba fidedigna orientada en tal sentido; por consiguiente, deberá ser absuelto de la acusación deducida en su contra por el Ministerio Público, [...] En efecto, quien pretenda efectuar una imputación de carácter criminal, de la envergadura solicitada por el representante de la fiscalía: una condena de 4 años de presidio menor en su grado máximo, de 7 años de inhabilitación*

*absoluta para cargos, empleos u oficios públicos, multa del 50% del perjuicio causado, respectivamente, o sea, imponer en definitiva gravosa pena, debieron acreditar, debieron más allá de toda duda razonable, esto es, más allá de una duda, seria, real, relevante, articulada y concreta, de acuerdo a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia o el conocimiento científicamente afianzado, la existencia de los delitos en los términos por los cuales se dedujeron las respectivas acusaciones, y la participación de los acusados, lo que en definitiva no acaeció de la manera que lo pretendió del acusador estatal y particular, teniendo en consideración que es el juicio oral, el lugar y momento procesal donde deben probarse las alegaciones de las partes, **que los dichos de los testigos, no pasen de ser una consideración probabilística** de que algo pudo ser o pudo ocurrir, la demás prueba insuficiente, feble y contradictoria y la derechamente la falta de ella, que está demasiado lejos de superar la presunción de inocencia que amparaba y actualmente ampara al encartado en los hechos contenidos en la acusación fiscal, lo que se traduce en que de arribar a una sentencia condenatoria, implicaría vulnerar de forma decisiva los límites estatuidos por el legislador adjetivo en los artículos 295 y siguientes, que podría provocar que el Tribunal incurriera en un error que podría alterar lo dispositivo del fallo, haciendo presente que no converge, al amparo de las citadas reglas de valoración, algún razonamiento plausible para lograr una conclusión diferente, teniendo presente especialmente lo expresado por la Excma. Corte Suprema de Justicia (causa rol N° 946-2003) en tal sentido, toda vez que lo que importa, es que se respeten las normas del silogismo; los principios, vivencias, proposiciones y enseñanzas adquiridas por las jueces durante su vivir y ejercicio de la función judicial, como también los conocimientos que científicamente resulten prevalentes conforme se desprenda de quienes los dominan o manejan. Todo lo anteriormente razonado, obliga a estos sentenciadores a absolver al acusado de todos los cargos a que se ha hecho referencia.”*

En esta sentencia, concurren la mayoría de los elementos que definió el profesor Oberg respecto a las máximas de la experiencia, tales como las valoraciones que no se refieren a los hechos que son materia del proceso sino que poseen un contenido

general y se restringen al medio físico en que actúa el juez, por lo que comprende la experiencia propia de este. En el caso particular, se refiere a que la declaración de los testigos no pase a ser una consideración probabilística de que un hecho pudo ser u ocurrir de una determinada manera, es decir, esas reglas o máximas le sirven al juez para rechazar las afirmaciones del testigo.

3. COHECHO

a) Osvaldo Andrade L c/ Iván Eduardo Álvarez D. y otros

Hechos: Se reproducen los mismos hechos señalados anteriormente respecto a la arista tributaria del delito de fraude al Fisco. Sin embargo, se agregan los siguientes acontecimientos;

Durante el período que el imputado ocupó el cargo de Subsecretario de Minería, desarrolló acciones con infracción a los deberes de su cargo mediante las cuales favoreció los intereses de los imputados Carlos Délano y Carlos Lavín, y sus empresas relacionadas, entre las cuales están las siguientes: a) En relación al proyecto minera Dominga, en el cual tenía intereses la familia de Carlos Délano, el cual tenía pendientes varias instancias ante el Ministerio de Minería, Pedro Ducci, yerno de Delano, y Carlos Délano contactaron a Pablo Wagner, en su calidad de Subsecretario de Minería, para que les facilitara el avance del proyecto. Así sostuvieron diversas reuniones en dependencias de la Subsecretaría. El 8 de julio de 2010 el imputado le comentó a Carlos Lavín que vendrían problemas para las Isapres desde el Tribunal Constitucional, habiendo sido requerido él por el Ministerio de Salud y de la Presidencia, información a la que tuvo acceso por su cargo de Subsecretario. Además, le informó a Lavín que le gustaría comentárselo en persona, a sabiendas de que Lavín se encontraba ligado a Banmédica. Finalmente, en abril de 2010, a pocos meses de haber asumido el cargo, solicitó al Ministro de Minería Laurence Golborne, que considerara para el cargo de Director de CODELCO a su

amigo Carlos Eugenio Lavín, a través del cual estaba haciendo las gestiones para que se le pagara un beneficio económico por parte de empresas PENTA, para lo cual con fecha 19 de abril de 2010 WAGNER remitió el Curriculum de LAVIN al señalado ministro. Dicha designación finalmente no se produjo, pese a las gestiones de Wagner, quien según sus propias palabras, dirigiéndose a Lavín señala: “Hice de verdad todo lo que pude”.

Octavo Juzgado de Garantía de Santiago

Rit: N° 6873-2014

El tribunal dictaminó que: **“NOVENO:** *Que los hechos de la acusación, acreditados de la manera señalada anteriormente, en lo que respecta a la intervención del acusado PABLO GUILLERMO WAGNER SAN MARTÍN en su calidad de funcionario público, esto es, subsecretario de Minería a la época de los hechos, no son constitutivos del delito de cohecho del artículo 248 bis del Código Penal, que le atribuyeron los querellantes particulares [...]. De esta manera, el delito de cohecho - por el que formularon cargos los acusadores particulares- requiere para su configuración “solicitar o aceptar recibir un beneficio económico” pero, además, exige que esa solicitud de beneficios esté vinculada con la ejecución de actos con infracción a los deberes del cargo. Sin embargo, con el mérito de los antecedentes de la investigación, unidos a la aceptación de los hechos de la acusación por parte del imputado, según se consignó anteriormente, no pudo acreditarse de acuerdo al estándar legal, que el acusado Sr. Wagner ejecutase actos con infracción a los deberes de su cargo de acuerdo a lo que exige el tipo penal. Y por cuanto en la acusación (en la que se contienen los hechos que aceptó el acusado en el marco del procedimiento abreviado y coincidentes con los hechos de la formalización del Ministerio Público) no se describe ninguna conducta de la cual pueda afirmarse que fue efectuada con infracción a los deberes del cargo que detentaba el acusado a la época de los hechos. Y es que, en estricto rigor, los hechos de la acusación que fueron aceptados por el acusado en este procedimiento, solo dan cuenta -en relación al tipo penal invocado por los querellantes- de la solicitud de pago de una*

determinada suma de dinero a uno de los controladores del grupo Penta, sin que existiera obligación legal o contractual alguna para ello, además de la entrega posterior de dinero al acusado, dinero con el que –en todo caso incrementó su patrimonio. De tal manera, al no haberse acreditado todos los elementos del tipo penal se dictará sentencia absolutoria en relación a la imputación por cohecho.

En la sentencia pronunciada mediante un procedimiento abreviado, el tribunal descarta el delito de cohecho al no existir antecedentes (hechos contenidos en la acusación del Ministerio Público y aceptados por el imputado) en que la solicitud de beneficios hecha por el imputado esté vinculada con la ejecución de actos con infracción a los deberes del cargo. Este elemento en particular a lo menos parece dudoso, toda vez que aunque la contraprestación no llegó a destino, que en este caso es que se considerara para el cargo de Director de CODELCO a su amigo Carlos Eugenio Lavín, la gestión si fue realizada por lo que si debió considerarse al imputado como autor del delito de cohecho.

b) C/ Manuel Antonio Avendaño Jiménez

Hechos: El día 28 de febrero de 2017 alrededor de las 01:40 horas, en el sector de la Plaza de Armas de Yervas Buenas, Manuel Antonio Avendaño Jiménez fue sorprendido aprestándose a conducir en estado de ebriedad el automóvil marca NISSAN. Luego, al serle requerida su licencia de conducir y la documentación del automóvil, ofreció dinero a los funcionarios policiales, en la suma de \$30.000 (treinta mil pesos), para dejar hasta ahí el procedimiento, sobornándolos. El acusado se encontraba con su licencia de conducir suspendida por el plazo de 5 años conforme a sentencia condenatoria dictada por el Juzgado de Garantía de Linares en causa RUC N° 1500439110-9 RIT N° 2438-2015, de fecha 27 de octubre de 2015.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Linares

RIT: N° 23-2018

El tribunal consideró que: “**DECIMO: Valoración de la Prueba.** [...] Finalmente, es importante precisar que la convicción del Tribunal se logró con un relato preciso, directo y coherente de los funcionarios de carabineros, que impresionan al Tribunal como veraz, tanto objetiva como subjetivamente, ya que dan razón de sus dichos, los que resultan lógicos y apegado a las reglas de la experiencia, pese a que el acusado al deponer en estrados niega su participación en los hechos. Sin embargo, su versión no resultó acreditada en estrados. Al contrario, con la prueba de cargo indicada en el considerando séptimo, se ha logrado acreditar los hechos punibles. [...] **UNDECIMO: Calificación jurídica de los hechos.** [...] Asimismo, y como se anunciare en su momento al comunicar el veredicto, los otros hechos acreditados en el considerando noveno de este fallo, también son constitutivos del ilícito de cohecho o soborno.”

Respecto a esta sentencia, el tribunal a contrario del caso anterior, estima que las declaraciones de los testigos son coherentes y veraces de acuerdo a las reglas de las experiencias y que el imputado si ofreció un soborno a los funcionarios policiales en la situación determinada.

CONCLUSIONES

El objetivo de este trabajo, fue tratar de definir un concepto de la Sana Crítica, sus elementos característicos y su posterior aplicación por los tribunales chilenos en lo que respecta a los delitos funcionarios. Asimismo, 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, en particular del delito de peculado o malversación de caudales públicos, fraude al fisco y el cohecho. A continuación se señalarán las principales conclusiones a las que se arribo en este trabajo.

En primer lugar, se definió la sana crítica como un sistema de valoración de la prueba, en este sistema el juez tiene libertad para apreciar la prueba presentada por las partes pero bajo las reglas de aquella, es decir, bajo las reglas de las máximas de experiencia, de la lógica y los conocimientos científicamente afianzados.

De la misma forma, se pudo definir qué es lo que se entiende por Sana Crítica por la doctrina y la jurisprudencia nacional.

Así como un entendimiento más a fondo de las máximas de la experiencia que permite distinguirlas de otros conceptos procesales, como los principios de la lógica y conocimientos científicamente afianzados. En relación al primero de ellos, la confusión radica en la realización de comportamientos razonables, situación que corresponde en mayor medida al concepto de las máximas de la experiencia por encontrarse dentro de la esfera de los hechos, reservando los principios de la lógica para el enlace coherente de los argumentos vertidos en la sentencia.

Las máximas de la experiencia fueron entendidas desde el inicio de su aplicación en nuestro ordenamiento jurídico como un límite al razonamiento judicial, entendiendo que el razonamiento del juez sobre los hechos de la acusación no podía ser contrario

a aquellos comportamientos razonables dentro de la vida social, concepción derivada en buena parte de la redacción de la norma contenida en el Código Procesal Penal. No obstante, del estudio detenido del sistema de la sana crítica y de las máximas en particular, se ha podido concluir que lo anterior constituye un uso insuficiente de las máximas de la experiencia por parte de la judicatura, las cuales deberían desempeñar un rol activo dentro del razonamiento judicial, al ser útiles en la realización de inferencias probatorias, conectando los elementos de prueba disponibles con los enunciados sobre los hechos vertidos por las partes.

Respecto a los delitos funcionarios que fueron tratados en este trabajo, y en especial al concepto de funcionario público, nuestra legislación penal avala 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.

Asimismo, el Código Penal Chileno no hace referencia al concepto de función pública, situación que resulta incomprensible si se considera 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, es de vital importancia que se defina legalmente el concepto de función pública.

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 vista de las expectativas morales o éticas de la ciudadanía sino en los términos establecidos en la ley. Respecto al delito de malversación de caudales públicos, 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.

En los delitos contemplados dentro del Párrafo VI del Título V del Código Penal, denominado “Fraudes y exacciones ilegales”, 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. Además, en este tipo de delitos, 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.

Respecto al delito de cohecho, es importante destacar que ya solo 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 cometerá el delito de cohecho, pero de manera independiente al delito que ya se había consumado.

Del análisis de la jurisprudencia presentada se puede concluir que ha existido cierta apertura en la utilización de las máximas de la experiencia, al lograr identificar la mayoría de las otras funciones expuestas en este trabajo. Sin embargo, se puede determinar que, en su mayoría, esta situación se debe principalmente a un uso intuitivo de ellas por parte de los jueces y no a una precisión conceptual acabada. Existen escasas sentencias que distingan claramente el tipo de conocimiento que funda una máxima de la experiencia para este tipo de delitos, exponiendo razonamientos más bien subjetivos para aceptarlas o descartarlas, ya que en la mayoría de los casos los tribunales repiten las cláusulas de estilo individualizadas en el artículo 297 del Código Procesal Penal. El tratamiento de este principio es bastante

escueto y en algunos casos nulo. Sin embargo, se pudo observar que eso no siempre se debe a que los jueces dejen de lado el sentido común y simplemente no lo ocupen, sino que todo lo contrario, ya que el uso de estos principios es algo tan cotidiano y está tan internalizado, que en muchos casos los jueces optan por no explicitarlo.

BIBLIOGRAFÍA

BALMACEDA HOYOS, G., Comunicabilidad de la calidad del sujeto activo en los delitos contra la Función Pública: Especial referencia a la malversación de caudales públicos y al fraude al fisco. *Revista de derecho (Coquimbo)*, 19(2), 45-81, 2012. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532012000200003>.

BULLEMORE, V. y MACKINNON, J. *Curso de Derecho Penal*. 2ª Edición. Editorial Lexis Nexis, Chile, 2007. Tomos III y IV.

CAMACHO CEPEDA, G., 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.

COLOMA, R. y AGÜERO, C., Lógica, Ciencia y Experiencia en la Valoración de la Prueba. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41 (2), 2014.

COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO. 2017. Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento Valparaíso, Chile.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Código Penal comentado*. 2ª Edición. Editorial Barcelona, Bosch, 2004.

CORREA SALMÉ, J., *La prueba en el proceso penal*, Editorial Punto Lex, 2007.

COUTURE, E., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. (3ª. Ed.). Buenos Aires, Argentina: Roque Depalma, 1958.

COUTURE, E. Estudios de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1979.

ETCHEBERRY O, A., Derecho Penal. Editorial Jurídica de Chile, 1998. Tomo IV.

GARRIDO MONTT, M., Derecho penal: Parte General. 3ª Edición. Editorial Jurídica de Chile, 2003.

GONZALEZ, J., La fundamentación de las sentencias y la sana crítica. Revista Chilena de Derecho, vol. 33 N° 1, 2006.

JORQUERA SAAVEDRA, E., Máximas de la experiencia como límite a la decisión del tribunal oral en lo penal de Valdivia y Pto. Montt (2006). Memoria de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Valdivia. Universidad Austral de Chile, Facultad de Derecho, 2008.

LABATUT GLENA, G. y ZENTENO VARGAS, J. Derecho Penal. 7º Edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1976. Tomo II.

LEPIN, C. Breve estudio sobre la sana crítica. Revista Gaceta Jurídica N° 319, enero 2007. Santiago, Editorial LexisNexis, 2008.

MATURANA BAEZA, J., Sana crítica: Un Sistema de Valoración Racional de la Prueba. Tomo I. Santiago, Thomson Reuters, 2014.

MELO LABRA, M., Fundamentación de las sentencias en los procedimientos cuya prueba debe valorarse conforme a la sana crítica, Revista Gaceta Jurídica, N° 383, 2012.

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.

OBBERG, H., Las máximas de la experiencia. [Revista electrónica]. En Revista de Derecho Universidad de Concepción. Año 53, 1985. <<www.revistadederecho.com/pdf.php?id=2261>>.

OLIVER CALDERÓN, G. Últimas modificaciones en la regulación del delito de cohecho. Revista de Estudios de la Justicia (N°5) 2004.

POLITOFF, S; MATUS, J.; RAMIREZ, M., Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial. 2ª Edición. Editorial Jurídica de Chile, 2005. Tomo II.

RODRÍGUEZ COLLAO, L. y OSSANDÓN, M., Delitos contra la función pública: El derecho penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial. 2ª Edición. Editorial Jurídica de Chile, 2008.

SALAS DONOSO, P., 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.

STEIN, F.: El conocimiento privado del juez (traducc. de DE LA OLIVA SANTOS, A.). Bogotá, Editorial Temis, 1988.

VERA VEGA, J.; 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.