



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Escuela de Postgrado

LOS TIPOS DE EXACCIONES ILEGALES EN EL CÓDIGO PENAL CHILENO

Tesis para optar al grado académico de Magister en Derecho

Autor: CARLOS BALBONTIN GUBBINS
Profesor Guía: Sr. EDUARDO SEPÚLVEDA CRERAR

Santiago, Chile

2011

TABLA DE CONTENIDO

	Página
INTRODUCCIÓN.....	1
PRIMERA PARTE: CARACTERISTICAS GENERALES DE LOS TIPOS DE EXACCIONES ILEGALES	4
Explicaciones preliminares.....	4
I. Las características generales de los tipos objetivos.....	6
1. La conducta ilícita.....	6
1.1. El sentido y alcance de la conducta ilícita.....	6
1.2. La naturaleza imperativa de la conducta ilícita.....	8
2. Los medios comisivos eventuales: la conminación y el engaño	13
2.1. La conminación en las exacciones ilegales.....	13
2.2. El engaño en las exacciones ilegales.....	16
3. La comunicación del requerimiento ilícito.....	18
3.1. El sentido y alcance de la comunicación.....	18
3.2. La manifestación de la exigencia ilícita.....	19
3.2.1. El desarrollo de la manifestación.....	19
3.2.2. Las teorías acerca de la plenitud de la comunicación.....	20
3.2.2.1. La doctrina chilena y la española.....	20
3.2.2.2. La teoría del delito de expresión.....	22
3.3. La recepción comunicativa de la exigencia ilícita.....	22
II. El tipo subjetivo en los delitos de exacciones ilegales.....	23
III. Clasificación de los delitos de exacciones ilegales.....	24
1. Las exacciones ilegales son delitos de resultado.....	24
2. Las exacciones ilegales son delitos de comisión activa.....	29
SEGUNDA PARTE: LOS TIPOS PENALES DE EXACCIONES ILEGALES COMETIDAS EN INTERÉS PÚBLICO.....	31
SECCIÓN PRIMERA: El tipo penal de exacciones ilegales en interés público cometidas por funcionarios públicos, previsto en el art. 157, inciso 1º, del Código Penal.....	31

Explicaciones preliminares.....	32
I. Las características especiales del tipo objetivo del delito previsto en el art. 157, inciso 1º del Código Penal	36
1. Los sujetos.....	36
2. La conducta ilícita en el tipo penal del art. 157, inciso 1º, del Código Penal	40
2.1. La naturaleza imperativa de la conducta ilícita y la calidad especial del sujeto activo	40
2.2. La conminación en la conducta ilícita.....	42
2.3. La naturaleza engañosa de la conducta ilícita.....	44
2.4. La comunicación del requerimiento ilícito.....	47
3. Los objetos materiales de la acción.....	48
3.1. Las contribuciones.....	48
3.2. Los servicios personales.....	50
4. El elemento normativo del tipo.....	52
II. El tipo subjetivo.....	53
1. El dolo.....	53
2. El elemento subjetivo del tipo.....	54
III. Concursos de leyes y de delitos.....	55
SECCIÓN SEGUNDA: Las exacciones ilegales en interés público cometidas por particulares, previstas en el art. 147 del Código Penal.....	68
Explicaciones preliminares.....	68
I. Las características especiales del tipo objetivo del delito previsto en el art. 147 del Código Penal.....	71
1. Los sujetos.....	71
2. Particularidades de la conducta ilícita en el tipo penal del art. 147 del Código Penal.....	72
2.1. La naturaleza imperativa de la conducta ilícita.....	72
2.2. La conminación en la conducta ilícita.....	73
2.3. La naturaleza engañosa de la conducta ilícita.....	74
2.4. La comunicación del requerimiento ilícito.....	75
3. Los objetos materiales de la acción.....	75
4. El elemento normativo del tipo.....	75
II. El tipo subjetivo.....	76
III. Concursos de leyes y de delitos.....	76
TERCERA PARTE: LAS EXACCIONES ILEGALES EN INTERÉS PARTICULAR COMETIDAS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS.....	79
SECCIÓN PRIMERA: Las exacciones ilegales con ánimo de lucro cometidas	

por funcionarios públicos, previstas en el art. 157, inciso 2º del Código Penal...	79
Explicaciones preliminares.....	79
I. Las características generales de los tipos de exacciones ilegales previstas en el art. 157, inciso 2º, del Código Penal.....	86
1. Los sujetos	87
2. La conducta ilícita	87
3. El tipo subjetivo	89
II. La exacción ilegal con ánimo de lucro, cometida con engaño	90
III. La exacción ilegal con ánimo de lucro, cometida con violencia o intimidación	91
IV. Concursos de leyes y de delitos	94
1. Concurso entre las figuras penales contempladas en el art. 157, inciso 2º, el robo y la estafa	94
2. Concursos relativos a la figura penal de exacción ilegal cometida mediante engaño, del art. 157, inciso 2º	94
3. Concursos relativos a la figura penal de exacción ilegal cometida con violencia o intimidación	100
 SECCIÓN SEGUNDA: Las exacciones ilegales de derechos superiores a los debidos, cometidas por funcionarios públicos, previstas en el art. 241 del Código Penal	 106
Explicaciones preliminares	106
I. Las características especiales del tipo objetivo del delito previsto en el art. 241, primera parte.....	107
1. Los sujetos	107
2. La conducta ilícita en el tipo penal del art. 241, primera parte ...	109
2.1. La naturaleza imperativa de la conducta ilícita	109
2.2. La conminación en la conducta ilícita	111
2.3. El engaño en la conducta ilícita	112
2.4. Relevancia de otros medios comisivos	113
3. El objeto material de la acción	116
4. El elemento normativo del tipo	116
II. El tipo subjetivo	117
III. Concursos de leyes y de delitos	117
 SECCIÓN TERCERA: Las exacciones ilegales en interés particular cometidas por funcionario público al que no le están asignados derechos en razón de su cargo, previstas en el art. 241 del Código Penal.....	 122
Explicaciones preliminares	122
I. Las características especiales del tipo objetivo del delito previsto en el art. 241, segunda parte	124

1. Los sujetos.....	124
2. La conducta ilícita en el tipo penal del art. 241, segunda parte	125
2.1. La naturaleza imperativa de la conducta ilícita	125
2.2. Los medios comisivos eventuales	128
3. El objeto material de la acción	129
II. El tipo subjetivo	129
III. Concursos de leyes y de delitos	130
 CUARTA PARTE: CONCLUSIONES	 132
 GLOSARIO DE ABREVIATURAS.....	 144
 BIBLIOGRAFÍA.....	 145
 ANEXO: Citas y comentarios acerca de dos sentencias dictadas en proceso..	 154
rol 15.260 del 17º Juzgado del Crimen de Santiago (caso MOP GATE).....	

RESUMEN

El objeto de este trabajo es comprobar la hipótesis consistente en que las figuras penales de exacciones ilegales contenidas en los arts. 147, 157 y 241 del Código Penal, presentan un común elemento del tipo, definido como una conducta ilícita que contiene un requerimiento de naturaleza imperativa o perentoria, asociado a una situación interpersonal de preeminencia, comunicado al sujeto pasivo, y consumado mediante su percepción y comprensión de su significado. Sería un elemento dotado de entidad y función propias, independiente de otros medios comisivos, como la conminación o el engaño, que eventualmente pueden o deben concurrir en algunos tipos penales.

La finalidad del trabajo se obtiene mediante una metodología de investigación que comprende la pertinente normativa legal, la doctrina y la jurisprudencia, implicando un proceso interpretativo de carácter dogmático, crítico y sistemático, orientado a determinar, en general, la naturaleza, función y características de la exigencia ilícita, como elemento esencial, dando lugar a soluciones precisas respecto de diversos problemas de relevancia que se presentan en la práctica. Luego, se analiza cada una de las figuras penales, con el fin de comprobar la hipótesis, precisando los respectivos elementos de la tipicidad, especialmente los sujetos, los medios comisivos, los objetos materiales y los elementos subjetivos; y finalmente, se procede a tratar las principales cuestiones concursales que se presentan entre los tipos penales materia de esta tesis y otros delitos, comunes y especiales.

Los resultados obtenidos permiten comprobar la hipótesis, mediante la concepción precisa y autónoma de la conducta ilícita fundamental, consistente en la exigencia o imposición de carácter imperativo o perentorio, planteada como prestación obligatoria ante el sujeto pasivo, basada en la preeminencia del sujeto activo, y ejecutada mediante la comunicación del requerimiento, que se completa cuando el sujeto pasivo percibe el mensaje ilícito y adquiere comprensión de su significado. Esta acepción fundamental permite diferenciar conceptualmente a la conducta ilícita propia de las exacciones típicas, de otros medios comisivos eventuales o requeridos en particular por algunas de las figuras penales materia del trabajo.

INTRODUCCIÓN

Este trabajo contiene un análisis dogmático, sistemático y crítico de los tipos penales de exacciones ilegales previstos en los arts. 147, 157 y 241 del Código Penal¹. Estas normas comprenden diversas conductas ilícitas, algunas en interés público, en que son sujetos activos los funcionarios públicos, según el inciso 1º del art. 157, o los particulares, conforme al art. 147; y otras, las figuras de exacciones ilegales en interés particular cometidas por funcionarios públicos, previstas en el art. 157, inciso 2º, y en el art. 241. La primera tarea intenta determinar los elementos de la conducta ilícita que son comunes a todos los tipos penales antes mencionados. Luego, se procura precisar los elementos especiales de los diferentes tipos penales en revisión; y finalmente, trata de ofrecer soluciones a los diversos concursos que se presentan entre los referidos tipos de exacciones ilegales y otras figuras penales comunes y especiales.

Las materias fueron elegidas en razón del contraste que se observa entre la realidad social y la escasa eficacia de la normativa penal, con relación a las exacciones ilegales. En efecto, se advierte la existencia de prácticas ilícitas y extendidas de corrupción, arraigadas en nuestra cultura desde tiempos inmemoriales. En materia de exacciones ilegales, son escasas las situaciones ilícitas que han terminado en procesos judiciales y que hubiesen suscitado algún debate público de relevancia. En general, estos hechos ilícitos afectan a segmentos sociales que carecen de real capacidad de reacción y de protección, ocurren en circunstancias que no atraen el interés institucional, normalmente representan escasos montos, y no aparecen en las estadísticas delictivas. En definitiva, permanecen en la impunidad

¹ En adelante, el señalamiento de un artículo de ley, sin otra referencia, indica que pertenece al Código Penal de Chile, en su texto vigente. En las demás referencias legales, se indica en forma expresa la ley en que se ubican; y en el caso de textos legales pretéritos, se explicita la fecha de su entrada en vigencia.

estas prácticas endémicas, pese a su extensión, a su gravedad y que a menudo constituyen la antesala de corruptelas mayores.

En estas líneas procuro realizar una contribución al estado actual del conocimiento jurídico, mediante una perspectiva de interpretación que permita identificar adecuadamente las conductas típicas, y mejorar así la aplicación práctica y la eficacia de los tipos penales respectivos. El punto de partida es dar precisión al verbo rector “exigir”, para establecer la naturaleza y función de los medios comisivos concurrentes y de otros elementos de dichos tipos. Asimismo, este trabajo intenta identificar ciertos vacíos que se presentan en la actual perspectiva dogmática de las figuras de exacciones ilegales. En definitiva, mediante un resultado de la investigación, que determine con precisión los elementos típicos, se intenta contribuir a mejorar la protección que los tipos penales en vigencia puedan concretamente dispensar a los intereses individuales tutelados y al recto funcionamiento de la administración del Estado, en especial, al estatuto normativo vinculado a la probidad funcionaria.

Entre los objetivos del trabajo, el punto de partida es determinar si la conducta ilícita de exigir conforma una modalidad dotada de naturaleza y elementos propios. Para este efecto, la primera tarea es determinar con precisión los requisitos que debe cumplir la exigencia o imposición, como conducta ilícita de los tipos de exacción ilegal, superando la calidad de mera solicitud, exhortación o consejo. La siguiente tarea consiste en diferenciar las características propias de la exigencia típica de otros medios comisivos que normalmente subyacen o se asocian a tal conducta. El objetivo consiste en lograr un concepto preciso y autónomo de la conducta de “exigir” en las exacciones ilegales, que permita diferenciarla de las meras solicitudes ilícitas, propias del cohecho, como también de las modalidades de engaño y conminación. Consecuentemente, la siguiente finalidad es la determinación de los elementos generales, comunes y fundamentales de la acción, que sean aplicables a todos los tipos penales de exacciones ilegales que constituyen la materia específica de estas

líneas. Luego, se intentará identificar los elementos y características especiales de cada tipo penal que nos ocupa, intentando resolver ciertos problemas dogmáticos que presentan las figuras penales de exacciones ilegales. Finalmente, se tratará de ofrecer soluciones a diversos problemas concursales que se presentan entre esas figuras penales y otros delitos comunes o especiales.

La hipótesis propuesta consiste fundamentalmente en que las exacciones ilegales presentan un elemento del tipo que es común a todas las figuras penales, definido como una conducta ilícita que contiene un requerimiento de naturaleza imperativa o perentoria, asociado a una situación interpersonal de preeminencia, cuyo fin es lograr que el sujeto pasivo realice la prestación requerida, y que se concreta con su comunicación a este último, incluyendo la percepción del mensaje y la comprensión de su significado. Este elemento tiene naturaleza y función propias, siendo independiente de otras formas de ataque a intereses penalmente tutelados. Bajo la hipótesis precedente, los tipos penales de exacciones ilegales presentan ciertas particularidades de interés en cuanto a los elementos de la tipicidad.

Este trabajo utiliza el método de investigación analítico de naturaleza bibliográfica, dogmática y hermenéutica, en función de interpretar, explorar, criticar, ordenar y sistematizar el objeto de observación, esto es, los tipos penales seleccionados y otros conexos, en los ámbitos legal, doctrinario y jurisprudencial, intentando proponer soluciones precisas y novedosas a los problemas planteados.

PRIMERA PARTE

CARACTERISTICAS GENERALES DE LOS TIPOS DE EXACCIONES ILEGALES

Explicaciones preliminares.

i. Exacciones ilegales y concusión.

Este trabajo evita utilizar la voz “concusión”, debido a que el Código Penal de Chile no la emplea y además, en razón de las diferencias acerca de su significado que se presentan en la legislación comparada y en la doctrina penal. La evolución histórica del concepto de concusión, en diferentes ordenamientos jurídicos, presenta diversos sentidos, que van desde su origen vinculado a la exacción coactiva realizada en interés particular por un funcionario público, hasta una acepción genérica que incluye en la concusión tanto las exacciones cometidas en interés público como aquellas realizadas en interés particular². En la doctrina nacional, Etcheberry³ y Rodríguez y Ossandón⁴, restringen la figura de concusión a la prevista en el art. 241 del Código Penal. Esta acepción es concordante con el léxico común y con el significado que históricamente ha tenido el concepto. Distinto criterio sustentan Bustos y Medina, quienes extienden la concusión a los tipos penales contenidos en los arts. 157 y 241

² Por todos, ver SOLER, SEBASTIÁN. “Derecho Penal Argentino”, Tomo V, Editorial Tea, Buenos Aires, 1973, pág. 192 y siguientes

³ ETCHEBERRY, ALFREDO, Derecho Penal, Edit. Jurídica de Chile, 2004. T. III, 490 págs., y T. IV, pág. 250.

⁴ RODRÍGUEZ COLLAO, LUIS, y OSSANDÓN WIDOW, MARÍA MAGDALENA, Delitos contra la función pública, Edit. Jurídica de Chile, 2008, pág. 432.

del Código Penal⁵. La disparidad de opiniones doctrinales y la necesidad de evitar confusiones terminológicas conducen a abstenerme del empleo de tal expresión.

Si bien nuestro Código Penal no emplea la voz concusión, el art. 52 N° 2, apartados b) y e), de la Constitución Política de la República de Chile ha previsto el “delito de concusión” como causal del denominado juicio político seguido contra Ministros, Intendentes y Gobernadores. La Carta Fundamental de Chile no ha definido el concepto ni ha hecho referencia alguna a tipos penales específicos. En la doctrina constitucional, Verdugo, Pfeffer y Nogueira⁶ definen la concusión en forma más restringida, como exacción arbitraria hecha por un funcionario público en provecho propio⁷. Esta definición se aviene con el concepto que históricamente se ha asignado al vocablo.

ii. Los bienes jurídicos protegidos.

Según la doctrina, los objetos o intereses jurídicos de protección, conocidos como bienes jurídicos tutelados, no forman parte de los tipos penales, en sentido estricto. Tales objetos, intereses o bienes valiosos son materia de intensa y actual controversia en doctrina, respecto de su naturaleza, necesidad y función, así como en otros aspectos. En estas líneas haré mención de los bienes jurídicos protegidos por los tipos penales de exacciones ilegales, sólo como supuestos de trabajo, para facilitar la

⁵ BUSTOS RAMÍREZ, JUAN Y MEDINA JARA, RODRIGO, en artículo “El principio de la probidad administrativa”, contenido en el texto “La Administración del Estado de Chile. Decenio 1990-2000”, Edit. Conosur, Santiago, Chile, noviembre de 2000, pág. 684.

⁶ VERDUGO M., MARIO, PFEFFER U., EMILIO y NOGUEIRA A., HUMBERTO, Derecho Constitucional, T. II, Edit. Jurídica de Chile, 1994, pág. 148.

⁷ Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, Vigésimo Segunda Edición, Espasa, Madrid, 2001.

tarea de interpretación, y en razón de la función demarcadora de la tipicidad que en general les atribuye la doctrina penal.

En este sentido, para efectos del análisis consiguiente de los tipos penales, se asume en general que las exacciones ilegales constituyen delitos pluriofensivos, en cuanto atentan contra diversos bienes jurídicos dotados de protección penal, que incluyen tanto intereses colectivos como individuales. Entre los primeros, se encuentra el recto funcionamiento de la administración pública y eventualmente su prestigio, subyacentemente la probidad funcionaria. Los intereses de naturaleza individual o personal que resultan afectados por la conducta ilícita de exacciones ilegales son diversos, siendo inherente a estos delitos el atentado a la libertad de determinación del sujeto pasivo y eventualmente a su patrimonio.

I. Las características generales de los tipos objetivos.

1. La conducta ilícita.

1.1. El sentido y alcance de la conducta ilícita.

La acción de “exigir” concurre en todos los tipos penales materia de este trabajo. Además, el tipo del art. 147 emplea de manera equivalente el vocablo “imponer”⁸.

En la acepción común, exigir significa pedir imperiosamente algo a lo que se tiene derecho; también se entiende como cobrar, percibir por autoridad pública dinero u otra cosa, recurriéndose como ejemplo, a la acción de exigir

⁸ Durante la tramitación legislativa de la Ley 19.645, la Cámara de Diputados propuso sustituir la conducta de “exigir” por la de “pedir”, en los tipos de exacciones ilegales cometidas por funcionarios públicos, con el propósito de ampliar las conductas punibles. Esta propuesta no tuvo éxito. En Historia de la Ley 19.645, Biblioteca del Congreso Nacional.

tributos⁹. La voz **exacción** presenta dos significados de interés para estas líneas: el primero, se expresa como la acción y efecto de exigir impuestos, prestaciones, multas, deudas, etc.; y el segundo, la define como cobro injusto y violento¹⁰. El término imperioso significa mandar o comportarse con autoritarismo ostensible¹¹; y a su vez, autoritarismo se entiende como la actitud de quien ejerce con exceso su autoridad¹². En la acepción común, el adjetivo “imperativo” se asocia a una orden de cumplir con un deber o una exigencia inexcusables¹³.

La expresión “imponer” significa poner una carga, una obligación u otra cosa; también implica infundir respeto, miedo o asombro; y dicho de una persona, consiste en hacer valer su autoridad o poderío¹⁴.

La amplitud conceptual y la relativa variedad que presentan las mencionadas acepciones, propias del léxico común, hacen necesario extraer y precisar, a partir de algunas de ellas, ciertas características que son inherentes a las conductas de los tipos penales que nos ocupan, consistentes en exigir o imponer, con el propósito de expresarlas en términos relevantes para estos efectos. El objeto es determinar y demarcar los elementos comunes y fundamentales de la acción, que sean aplicables a todos los tipos penales que constituyen nuestro objeto de análisis.

De acuerdo con las acepciones expuestas precedentemente, en términos generales la acción típica de exigir o imponer implica una conducta que abarca más

⁹ Diccionario de la Lengua Española, obra citada, acepciones 1ª y 3ª.

¹⁰ Diccionario de la Lengua Española, obra citada.

¹¹ Diccionario de la Lengua Española, obra citada.

¹² Diccionario de la Lengua Española, obra citada, acepción 2ª

¹³ Diccionario de la Lengua Española, obra citada. acepción 2ª.

¹⁴ Diccionario de la Lengua Española, obra citada, acepciones 1ª, 3ª y 9ª.

que un simple cobro o solicitud de parte del sujeto activo. En palabras de Groizard, lo que caracteriza a este delito es la exigencia y no basta la mera petición¹⁵. En este punto hay consenso en la doctrina nacional¹⁶.

El punto de partida de este trabajo es determinar si la conducta ilícita de exigir conforma una modalidad dotada de naturaleza y contornos propios. La primera fase es determinar con precisión los requisitos que debe cumplir la acción para superar la calidad de solicitud y alcanzar la de exigencia o de imposición, y adecuarse desde esta perspectiva a la conducta ilícita prevista en los tipos de exacción ilegal. La segunda fase consiste en diferenciar las características propias de la exigencia típica de otros medios comisivos que normalmente subyacen o se presentan en tal conducta, como son la conminación y el engaño. El resultado será un concepto definido y autónomo de la voz “exigir” en las exacciones ilegales.

Con todo, debe señalarse que la exigencia ilícita consiste en una acción de naturaleza compleja, en la que concurren elementos diversos, ya sea en forma necesaria o predominante, y que pueden presentarse en diversas alternativas o hipótesis, según los distintos tipos penales.

1.2. La naturaleza imperativa de la conducta ilícita.

1.2.1. El sentido y alcance del requerimiento imperativo.

La acción típica de exigir o imponer, según las acepciones antes reseñadas, constituye un requerimiento que se expresa de manera imperativa o perentoria, relativo a un deber inexcusable.

¹⁵ GROIZARD, ALEJANDRO. El Código Penal de 1870, Salamanca, Esteban Hnos., 1893, Tomo IV, pág. 310.

¹⁶ ETCHEBERRY, obra citada, T. IV, pág. 250. En el mismo sentido RODRÍGUEZ Y OSSANDÓN, obra citada, pág. 432.

Para lograr su carácter imperativo, la acción debe contener una exigencia concreta y una formulación idónea tendiente a lograr su finalidad, lo que se apreciará conforme al contexto en que se realiza y a la vinculación entre los sujetos, que sean suficientes para dar eficacia a la conducta en cuanto a su potencialidad para conmovier al sujeto pasivo.

En razón de lo anterior, no hay exacción si la prestación se realiza en forma voluntaria y espontánea¹⁷, cuando falta el antecedente esencial y previo de una exigencia. Esta circunstancia debe ser apreciada en cada caso concreto, ya que la historia demuestra que una infinidad de exacciones ilegales han sido disfrazadas bajo la apariencia de donaciones voluntarias y gratuitas¹⁸.

La imperatividad del requerimiento ilícito se dirige a motivar al sujeto pasivo para que cumpla con la exigencia. En este sentido, ésta cumple con el significado del léxico común, consistente en poner una carga o una obligación sobre el sujeto pasivo. Tal requerimiento, efectuado por las vías adecuadas y mediante un sujeto apropiado, al referirse al cumplimiento de una supuesta deuda, tiende a sensibilizar la natural inclinación de la generalidad de las personas a dar cumplimiento a sus obligaciones

¹⁷ CÓRDOBA RODA, JUAN, en su “Comentarios al Código Penal, Parte Especial”, con MERCEDES GARCÍA ARÁN, Directores, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2004, Tomo II, P. 2097.

¹⁸ Famosas fueron las exacciones que bajo la denominación de “donaciones gratuitas”, impusieron en el pasado ciertos gobernantes poderosos, al agotarse los fondos asignados para sus gastos personales. Ejemplo notable son las “benevolences” impuestos por los reyes de la dinastía Estuardo al Parlamento inglés, pese a las expresas prohibiciones establecidas al efecto. Cito textualmente un párrafo de la Petition of Rights de 1628, formulada por el Parlamento a Carlos I Estuardo: “...suplican humildemente a Vuestra Excelentísima Majestad que **nadie esté obligado en lo sucesivo a realizar donación gratuita**, préstamo, ni pagar ninguna contribución, impuesto o carga similar sin el común consentimiento realizado mediante una Ley del Parlamento (*Act of Parliament*); que nadie sea citado a juicio ni obligado a prestar juramento, ni requerido a realizar servicios, ni detenido, inquietado o molestado de ninguna otra manera, con motivo de dichas exacciones o por rehusar a pagarlas...”. (El destacado es nuestro).

que se les presenta como tales. Esa tendencia, consustancial al funcionamiento institucional y social, es previa e independiente de otras consideraciones eventuales, como las relativas a las consecuencias que probablemente sobrevendrían en caso de no pago, el miedo a la autoridad, u otros factores ajenos y posteriores al efecto de la conducta ilícita y a la consumación del delito.

En doctrina¹⁹ y en reciente jurisprudencia²⁰ hay postulados que admiten como modalidad de las exacciones ilegales la inducción de la voluntad del particular. En el léxico común, la acción de inducir consiste en instigar, persuadir, mover a alguien²¹. En el sentido más utilizado en materia penal, la inducción implica una conducta de instigar o persuadir al sujeto pasivo, en este caso, a ceder a la exigencia ilícita. Las modalidades pueden ser diversas. Desde el punto de vista de los consejos o exhortaciones, no alcanzan a configurar un auténtico requerimiento típico. Adquiere relevancia, para efectos de las exacciones ilegales, la inducción que se realiza bajo engaño y que forma parte de éste. Es preferible en esta última hipótesis tratar la modalidad comisiva del engaño, según se analiza más adelante.

En conclusión, la conducta ilícita en las exacciones ilegales presenta una naturaleza esencialmente imperativa, que no puede estar ausente sin quedar reducida a la categoría de una mera solicitud, siendo ésta penalmente atípica en las figuras de exacciones ilegales.

¹⁹ Por ejemplo, CONTRERAS ALFARO, LUIS HUMBERTO, en artículo titulado “Sobre algunos aspectos penales de la corrupción de funcionarios públicos: la iniciativa del funcionario en el cohecho pasivo”, en Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado, Año 2, agosto 2001, N° 1, pág. 178.

²⁰ Sentencias dictadas en proceso rol 15.260 (conocido como proceso MOP GATE), por Ministra en Visita, en el 17° Juzgado del Crimen de Santiago: a) Cuaderno signado Letra N, sentencia de 25 de julio de 2006, considerando 7º, absolutoria en primera instancia de C.C.L.; b) Cuaderno signado Letra K, sentencia de 17 de julio de 2007, considerando 12º, condenatoria de J.T.C., ya ejecutoriada. En Anexo de este trabajo, incluyo citas y comentarios acerca de estas sentencias.

²¹ Diccionario de la Lengua Española, obra citada, 1ª acepción.

1.1.1. La superioridad o preeminencia del sujeto activo en las vinculaciones personales.

La desigualdad entre los sujetos, en cuanto a correlación de poder o de autoridad existente entre ellos, es consustancial a la acción ilícita. En este sentido, una exigencia típica requiere de la existencia, sea real o fingida, de una posición superior y privilegiada del sujeto activo, de preeminencia, respecto del sujeto pasivo²², que sea idónea para revestir de seriedad y verosimilitud al requerimiento ilícito.

Tal posición puede ser preexistente e independiente de la acción, dando lugar a la prevalencia de la potestad que ostenta el sujeto activo, en la realización de la conducta ilícita; o bien, dicha posición puede ser el efecto de una simulación, en el contexto de la ejecución del ilícito. Ambas situaciones sirven para comunicar la exigencia ilegal al sujeto pasivo, en forma idónea.

En ese contexto, la conducta de exigir o de imponer implica el ejercicio de poderío o de autoridad suficientes, sean de facto o de iure, que resultan más evidentes cuando el sujeto activo es funcionario público, aunque también se presentan en ciertas relaciones entre particulares, según se explicará en su oportunidad.

Se concluye entonces que la exigencia ilícita es perentoria en cuanto se fundamenta en la preeminencia del sujeto activo frente al sujeto pasivo, en razón del poder o de la autoridad que tiene o aparenta. En este sentido, la conducta de exigir o

²² Especialmente en el sentido de la máxima latina formulada por Cornelio Tácito: "*Est rogare ducum species violenta jubendi*" (el ruego de los poderosos es una manera violenta de mandar). Citada por CARRARA. FRANCESCO, "Programa de Derecho Criminal", Parte Especial, Tomo VII, Edit. Temis, Bogotá, 1972, pág.121.

de imponer cumple con el significado del léxico común en cuanto, referida a una persona, consiste en hacer valer su autoridad o poderío.

1.1.2. La idoneidad de la exigencia ilícita.

La conducta ilícita en las exacciones ilegales será idónea, para configurar el requerimiento perentorio, cuando la imposición de una prestación obligatoria e inexcusable tenga la potencialidad de motivar al sujeto pasivo a cumplir con el objeto exigido²³, bajo la tendencia normal y natural de los ciudadanos de pagar lo que debe, según se lo comunica la autoridad o sujetos revestidos de especial ascendiente sobre ellos. Es suficiente conmoción para el orden social el que se abuse en ese sentido del cargo o función pública; y en cambio resulta discutible que tal efecto se produzca por causa de conductas realizadas por particulares.

La idoneidad motivadora de la conducta ilícita es sólo potencial, puesto que en nuestro ordenamiento penal las exacciones ilegales no requieren del cumplimiento efectivo de la prestación exigida, y por tanto son irrelevantes los efectos psicológicos que puede generar dicha conducta en el sujeto pasivo.

Como veremos, basta para la consumación que el sujeto pasivo perciba la exigencia ilegal y comprenda su significado, constituyendo suficiente interferencia en su libertad de determinación.

²³ En el derecho romano, la exacción ilegal cometida por funcionario público se denominaba "concussio", que significa "conmoción" o "sacudida", "representando la idea de sacudir un árbol para hacer caer los frutos" (CARRARA. FRANCESCO, obra citada, Tomo VII, pág.115). Acerca de los antecedentes históricos del delito de concusión, además de la obra de CARRARA también es de interés la obra citada de SOLER, pág. 192 y siguientes.

Por tanto, carecen de significación los ulteriores efectos psicológicos, tanto como los fenómenos posteriores a la consumación, que carecen de importancia en la configuración de los tipos de exacciones ilegales. Es el caso de reacciones psicológicas eventuales, como el miedo, la molestia, el desagrado, la furia, la imperturbabilidad y otros. Lo propio sucede con los motivos del sujeto pasivo para tomar diferentes decisiones ante el ilícito que lo afecta, que también pueden variar significativamente. Así sucede con las conductas de negar o dar cumplimiento al requerimiento ilícito, simular o prometer hacerlo, denunciarlo ante la autoridad, ejercer alguna forma de legítima defensa, mantener pasividad y tácita renuencia, etc. Tales reacciones psicológicas y conductas o abstenciones consiguientes a la exacción, eventuales y de tan variada índole, variabilidad y dependencia de la estructura psicológica de cada sujeto pasivo en concreto, no tienen relevancia para efectos de determinar la naturaleza del tipo de exacciones ilegales y el momento de su consumación.

De acuerdo con lo expuesto, discrepo de la reciente jurisprudencia que admite el temor reverencial como una forma de fuerza moral²⁴, en cuanto sería medio suficiente para configurar una exigencia ilegal. En efecto, una vez consumada la conducta de exacción ilegal, no guarda relevancia típica ningún fenómeno posterior que pueda o no motivar en cualquier sentido al sujeto pasivo.

2. Los medios comisivos eventuales: la conminación y el engaño.

2.1. La conminación en las exacciones ilegales.

La posición de superioridad del sujeto activo, en el contexto del requerimiento ilícito, puede además conllevar una conminación destinada al sujeto pasivo. En ocasiones, la conminación puede deducirse de la posición misma, o bien estar

²⁴ Sentencias ya citadas, dictadas en proceso rol 15.260, de fechas 25 de julio de 2006 (cuaderno N, considerando 7º), y de 17 de julio de 2007 (cuaderno K, considerando 12º).

implícita o explícitamente contenida en la comunicación que forma parte de la acción ilícita. Para Etxebarria²⁵, en el caso del funcionario público, la situación de superioridad dota a la acción de ciertos rasgos coactivos o pseudocoactivos. Lo propio puede suceder en las exacciones ilícitas cometidas por particulares, cuando la posición de superioridad deriva de una potestad de hecho.

En cuanto las exacciones atentan contra la libertad de determinación del sujeto pasivo, presentan un núcleo común con las amenazas condicionales, consistente en una comunicación en que el sujeto activo requiere al sujeto pasivo la realización de una conducta, en este caso el cumplimiento de una prestación. Es frecuente que la comunicación de la exigencia contenga la conminación de una cierta o probable consecuencia lesiva en el evento de negativa. Respecto del sujeto pasivo, la conminación se produce cuando es compelido a cumplir con lo exigido, o de lo contrario se arriesga a sufrir algún efecto lesivo para sus intereses, que el sujeto activo podría infligirle.

Sin embargo, como se ha dicho, el requerimiento puede efectuarse en el contexto de un acto de autoridad o de poder, bajo simple imperatividad, sin necesidad de anunciar en forma explícita o implícita un mal preciso.

Así lo ha reconocido la jurisprudencia reciente²⁶, a propósito de los elementos de la figura penal del art. 157, estableciendo que “el verbo rector del tipo penal es ‘exigir’...sin que el legislador exija que el acusado, además, haya amenazado a la víctima...”.

²⁵ ETXEBARRÍA, obra citada, pág. 224.

²⁶ Sentencia de 17 de julio de 2007, dictada en proceso rol 15.260, ya citado, Cuaderno letra K, considerando 38º.

Esto demuestra que la conminación no es un elemento común en la conducta típica de los distintos tipos de exacciones ilegales.

La única figura penal en que la conminación es un elemento del tipo se encuentra en la hipótesis prevista en el art. 241, consistente en que el beneficio es requerido “para” la ejecución de un acto propio del cargo del sujeto activo, esto es, cuando la exigencia es antecedente de la realización de la conducta funcionaria. En esta hipótesis, la relación entre el beneficio requerido y la realización futura del acto funcionario, el acto es determinado por el beneficio, y subyace en tal relación la amenaza de no ejecutarse la prestación funcionaria en el evento que el sujeto pasivo no acceda a la exigencia.

En definitiva, la conminación puede presentarse bajo conductas de diferente índole y en diversas formas de comisión, incluyendo las propias del delito de amenazas, la violencia o intimidación, el engaño, las falsedades, etc. Esta variedad da lugar a diversos y característicos problemas derivados de las relaciones concursales entre los distintos tipos penales de exacciones ilegales y otros delitos comunes y especiales. De estas materias se tratará más adelante.

En consecuencia, generalmente la exigencia ilícita puede prescindir de la conminación, sin perder su naturaleza imperativa. Conceptualmente, imponer o exigir es algo diferente a conminar, aunque normalmente puedan concurrir en las exacciones ilegales. Este postulado es especialmente concebible en las exacciones ilegales cometidas por particulares. Así ocurre, por ejemplo, cuando es manifiesto que el sujeto activo, sea funcionario o particular, está privado jurídica o prácticamente de ejercer un cobro compulsivo; en especial, en los casos en que se utiliza únicamente el engaño como medio comisivo; o bien cuando el sujeto activo ejerce un ascendiente determinante, en este sentido, sobre el sujeto pasivo.

En conclusión, la acción de exigir o imponer ilícitamente una prestación presenta una naturaleza sólo eventualmente y no necesariamente conminatoria, pudiendo estar implícita en la relación previa entre los sujetos, o ser manifestada en el contexto de la conducta punible.

2.1. El engaño en las exacciones ilegales.

En la doctrina española, Etxebarria señala que las exacciones ilegales se caracterizan por tipificar conductas defraudatorias de naturaleza patrimonial²⁷.

En nuestro ordenamiento jurídico penal, esta opinión es válida respecto de los tipos penales de los arts. 147 y 157 del Código Penal, cuando el objeto requerido es una contribución, puesto que ésta tiene naturaleza económica; además, ambas figuras penales contemplan el uso de un pretexto como elemento del tipo, esto es, bajo un motivo fingido o simulado constitutivo de engaño.

En cambio, el tipo penal del art. 241 no contempla el engaño como elemento necesario en su tipificación²⁸.

Como es sabido, cometer fraude significa causar perjuicio dolosamente, sea mediante engaño o incumplimiento de deberes jurídicos²⁹. Es relevante analizar en

²⁷ ETXEBARRÍA, obra citada, pág. 205.

²⁸ POLAINO NAVARRETE, MIGUEL, en COBO DEL ROSAL, MANUEL. Curso de Derecho Penal Español, Edit. Marcial Pons, Madrid, 1997, T.II, pág.427.

²⁹ ETCHEBERRY, obra citada, T.III, pág. 377 y T.IV, pág. 247.

esta oportunidad la modalidad de engaño³⁰, y determinar las características que son comunes a todos los tipos penales de exacciones ilegales.

Existe cierta unanimidad en la doctrina en cuanto a que, en las exacciones ilegales, el engaño consistiría fundamentalmente en la simulación o fingimiento de legitimidad de la exacción³¹. Entre tales apariencias se encuentran las relativas a la legalidad del tributo o del servicio personal exigidos, así como a la existencia o monto de lo adeudado, y a la competencia del sujeto activo³². En la doctrina chilena, Etcheberry radica el engaño en la apariencia de una necesidad o finalidad públicas, respecto de la acción de los tipos de los arts. 147 y 157 inciso 1º³³, opinión que es concordante con la historia fidedigna de estos tipos penales³⁴. Al tratar los distintos tipos penales de exacciones ilegales, se analizará en especial las diferentes alternativas de engaño.

En cuanto a la vinculación entre imposición y engaño, Etxebarría da a entender que serían medios alternativos, al situar la conducta ilícita “a mitad de camino entre el engaño y la imposición”³⁵, aunque en definitiva parece discurrir con base en la necesidad de ambos extremos.

³⁰ La infracción de deberes jurídicos será analizada a propósito de las exacciones ilegales cometidas por funcionarios públicos, en especial, en lo relativo al abuso del cargo o de las funciones públicas.

³¹ ETXEBARRÍA, obra citada, pág. 206. RODRÍGUEZ Y OSSANDÓN, obra citada, págs. 432 y 433. Implícitamente CARRARA, obra citada, pág. 119.

³² Ver MORALES PRATS, FERMÍN y RODRÍGUEZ PUERTA, MARÍA JOSÉ, “Delitos contra la Administración Pública” en QUINTERO OLIVARES, GONZALO. “Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal”, Edit. Thomson Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 1708. También POLAINO NAVARRETE, obra citada, pág.424.

³³ ETCHEBERRY, obra citada, T.III, pág. 279. Cabe señalar que este autor no incluye el engaño al tratar la figura penal del art. 241.

³⁴ En la sesión Nº 34 de la Comisión Redactora del Código Penal (1º de mayo de 1871) se usó el concepto de “beneficio público”, expresión que puede entenderse, en léxico común, como de bien público o de utilidad pública. En RIVACOBIA, MANUEL. Código Penal de la República de Chile y Actas de las Sesiones de la Comisión Redactora, Edeval, Valparaíso, 1974, pág. 314.

³⁵ ETXEBARRÍA, obra citada, págs. 220 y 221.

Al respecto, estimo necesario reiterar lo dicho, en cuanto a que sólo la imposición es elemento indispensable y común a todos los tipos penales de exacciones ilegales; y el engaño, bajo la forma de pretexto, solamente es elemento de los tipos de los arts. 147 y 157. Reconozco, sin embargo, que siendo lo normal que el sujeto activo haya creado la falsa apariencia de legalidad, en esta medida la generalidad de las exacciones ilegales puede cometerse en la práctica bajo alguna modalidad predominantemente fraudulenta³⁶.

3. La comunicación del requerimiento ilícito.

3.1. El sentido y alcance de la comunicación.

La exigencia o imposición implica la asignación por parte del sujeto activo, en forma imperativa o perentoria, de una carga u obligación al sujeto pasivo, en un contexto de preeminencia de parte de quien hace valer su autoridad o poderío. La acción persigue obtener el pago de la prestación indebida mediante una alteración o interferencia, de connotación psicológica, de la libertad de determinación en el sujeto pasivo. Por lo tanto, la conducta ilícita necesariamente se desarrolla mediante una vinculación entre el sujeto activo, que exterioriza y expresa la exigencia o imposición, y el sujeto pasivo. Las modalidades de la exigencia son amplias, pudiendo ser explícita o implícita, expresarse en forma directa o indirecta, verbalmente o por escrito, por medios electrónicos, etc. No es concebible una acción típica de exacciones ilegales sin relaciones entre los sujetos. Tal vinculación se concreta y desarrolla mediante una comunicación intersubjetiva de la exigencia, del sujeto activo que la emite, al sujeto pasivo que tiene el rol de receptor de la misma.

³⁶ Ver en este sentido, ETXEBARRÍA, obra citada, pág. 221

En este sentido, las exacciones ilegales presentan un elemento en común con los tipos penales en que las conductas ilícitas implican necesariamente la comunicación de un mensaje, que proviene del sujeto activo y se dirige al sujeto pasivo. En especial, con aquéllos que contienen requerimientos perentorios destinados al sujeto pasivo, y con mayor intensidad en los casos en que la amenaza, en sentido genérico, constituye elemento del tipo. Esta premisa nos permite recurrir, en lo pertinente, a la doctrina acerca del sentido y alcance de la fase comunicativa, principalmente en los delitos de amenazas y de robo con intimidación, y con reservas, en las coacciones.

Con el objeto de determinar las relaciones subjetivas entre los sujetos activos y los sujetos pasivos en las exacciones ilegales, es necesario analizar la comunicación, tanto en la fase de manifestación por el sujeto activo, como en la fase de recepción por el sujeto pasivo.

3.1. La manifestación de la exigencia ilícita.

3.2.1. El desarrollo de la manifestación.

En cuanto al contenido de la manifestación, la acción requiere que comprenda los factores que, expresados bajo cualquier forma inequívoca, seria e idónea, puedan impresionar eficazmente al sujeto pasivo, en orden a que pague lo requerido.

Al menos, la manifestación debe incluir los siguientes elementos: el requerimiento de carácter perentorio de una supuesta obligación que pesa sobre el

sujeto pasivo, la posición privilegiada del sujeto activo para demandarla, y la determinación concreta y precisa de la prestación exigida (contribución, servicio personal, derecho o beneficio económico). Si se trata de conducta típica de delitos de los arts. 147 y 157, será necesario además que concorra el elemento engaño; y en su caso, en la acción típica del inciso 2º del art. 157, la violencia o la intimidación.

3.1.1. Las teorías acerca de la plenitud de la comunicación.

3.2.2.1. La doctrina chilena y la española.

Es pacífico en doctrina aseverar que la manifestación del requerimiento adquiere relevancia penal en el momento en que comienza la exteriorización ejecutiva de la conducta punible. En cambio, no hay una definición doctrinaria ni jurisprudencial respecto del momento en que adquiere plenitud la manifestación. En general, la doctrina relativa a las exacciones ilegales se limita a señalar que su consumación se produce con la realización de la exigencia típica, lo que deja pendiente el problema acerca de cómo y cuándo queda completo el ilícito.

Para abordar el problema de la plenitud de la comunicación entre los sujetos, recurriré a la doctrina relativa al delito de amenazas y a la modalidad de intimidación que integra varios tipos penales, en lo pertinente a los tipos penales de exacciones ilegales.

En razón de su particular relevancia en este tema, debe destacarse los conceptos del léxico común, que hacen consistir la conducta de amenazas en “dar a

entender” que se quiere hacer un mal³⁷, significado que indica algo más que una mera expresión o manifestación.

En la doctrina chilena, Etcheberry señala que la libertad de determinación se lesiona por el hecho de privar a la víctima de la facultad de decidir por sí misma, sin interferencia³⁸; y la intimidación consiste en “crear” un temor en la víctima³⁹; conceptos que permiten entender que, para este autor, la conducta ilícita debe producir un efecto psicológico en el sujeto activo. Garrido, en cambio, sostiene que la intimidación constituye una amenaza “dirigida” a una persona⁴⁰, sin aludir a un efecto posterior. Por su parte, Politoff, Matus y Ramírez sugieren que “eventualmente” las amenazas pueden producir un efecto en la voluntad del sujeto pasivo⁴¹; y en cuanto a la intimidación, en cambio, reconocen que caben tanto la acción como el efecto intimidatorio, definiéndola como una “relación comunicativa en la que una persona perturba a otra haciéndole ver la posibilidad... de un riesgo o daño”⁴². Matus y Ramírez, en otra obra, indican que la conducta de amenazar consiste en “infundir temor” mediante la conminación de un mal futuro⁴³.

Entre la profusa doctrina española que se ha referido a la manifestación de la comunicación, destaco a Muñoz Conde, quien define la conducta básica de las amenazas como la “exteriorización hecha por una persona a otra del propósito de

³⁷ Diccionario de la Lengua Española, obra citada.

³⁸ Obra citada, T. III, pág. 244

³⁹ Obra citada, T. III, pág. 335

⁴⁰ GARRIDO MONTT, MARIO “Derecho Penal”, Tomo IV, Parte Especial, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2000, pág.186.

⁴¹ POLITOFF, SERGIO, MATUS, JEAN PIERRE y RAMÍREZ, MARÍA CECILIA, “Lecciones de Derecho Penal”, Parte Especial, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2004, pág. 187.

⁴² Obra citada, pág. 345.

⁴³ MATUS, JEAN PIERRE y RAMÍREZ, MARÍA CECILIA, “Lecciones de Derecho Penal”, Parte Especial, 2ª edición, Edit. U. de Talca, 2002, pág. 45.

causarle un mal...”⁴⁴. Más precisamente la define Bajo Fernández, para quien el delito de amenazas requiere que el sujeto pasivo “conozca el anuncio del mal y comprenda su significación”⁴⁵; agregando que la conducta de amenazar “consiste en poner en conocimiento del amenazado el propósito” del sujeto activo, agregando que la conducta ilícita se consuma cuando el sujeto pasivo “tenga conocimiento” del mal anunciado⁴⁶.

3.2.2.2. La teoría del delito de expresión.

Con relación a los delitos de amenazas, Guzmán Dalbora ha desarrollado en extensión la teoría de tales ilícitos como delitos de expresión⁴⁷. En síntesis, este autor define los delitos de expresión como aquellos cometidos mediante una declaración provista de contenido intelectual, que incide “en el ámbito síquico exterior, produciendo sensaciones, impresiones, sentimientos o resoluciones por parte del tercero destinatario de la manifestación”⁴⁸. En especial, según el mismo autor, los delitos de expresión quedan consumados mediante la “percepción sensorial de un tercero, o sea, que éste tome conocimiento de la declaración”. Respecto de las amenazas incondicionadas, además, es necesario que “el contenido intelectual de la amenaza sea comprendido por su destinatario”. Ambos elementos, agrega el autor, conforman el resultado de la acción⁴⁹.

⁴⁴ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO “Derecho Penal”, Parte Especial, 14ª Edición, Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 161.

⁴⁵ BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL, y DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, JULIO. “Manual de Derecho Penal, Parte Especial”, Tomo titulado “Delitos contra la libertad y seguridad, libertad sexual, honor y estado civil”, Edit Ramón Areces, Madrid, 1995 T. III, pág. 137

⁴⁶ BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL, y DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, JULIO, obra citada, pág. 139.

⁴⁷ GUZMÁN DALBORA, JOSÉ LUIS, “El delito de amenazas”, Lexis Nexis, Santiago de Chile, edición 2006, pág. 166 y siguientes. Como autor de esta teoría, cita profusamente la obra de EDUARD KERN, “Los delitos de expresión”.

⁴⁸ Obra citada, pág. 170

⁴⁹ Obra citada, pág. 171.

3.3. La recepción comunicativa de la exigencia ilícita.

Aplicando los conceptos precedentes la tipicidad en las exacciones ilegales quedará completa cuando se produzca el efecto consistente en que el sujeto pasivo tome conocimiento de la comunicación que recibe y comprenda su significación. La comunicación debe incluir, a lo menos, un requerimiento concreto y determinado, expresado en forma perentoria, destinado a que el sujeto pasivo preste, según el tipo penal, una contribución, un derecho, un beneficio económico o un servicio personal. Sólo entonces se produce una interferencia en la libertad de determinación del sujeto pasivo, que implica una lesión a este interés protegido.

En este sentido, a nivel de comprensión de la comunicación, no es relevante que el sujeto pasivo tenga la convicción de que la exigencia sea legítima, necesaria u oportuna o que el pretexto, cuando concurra, sea real. Para Córdoba Roda, no es necesario que el sujeto exigido tenga conciencia de que la contribución es debida; si piensa que no es debida, igual se consuma la exigencia⁵⁰.

A su vez, la comprensión de la significación de la exigencia debe valorarse en función del contexto situacional concreto, incluyendo la seriedad e idoneidad de la imposición y la real capacidad de comprensión del sujeto pasivo, concreta y determinadamente considerado⁵¹.

La acción ilícita en las exacciones ilegales no contempla la efectiva producción de ningún efecto psicológico adicional en el sujeto pasivo. Al decir de Soler, “no es indispensable que efectivamente alguien se haya alarmado o amedrentado”,

⁵⁰ Obra citada, pág. 2099.

⁵¹ No compartimos la teoría de la valoración de la idoneidad de la conducta a través del criterio u óptica abstracta del “hombre medio”, en razón de los argumentos reseñados por GUZMÁN DALBORA, en obra citada, pág. 197 y siguientes.

agregando que la acción “no deja de serlo por haberse enderezado a una persona imperturbable y tranquila”⁵².

II. El tipo subjetivo en los delitos de exacciones ilegales.

Los delitos de exacciones ilegales sólo pueden cometerse dolosamente, en razón de su estructura compleja y particularmente de sus formas de comisión. El conocimiento debe comprender en forma directa, al menos, la ilegalidad de la exacción, el objeto requerido (contribución, derecho, beneficio económico o servicio personal), y el medio empleado, en especial la perentoriedad del cobro y en su caso, los medios engañosos; eventualmente, el dolo debe comprender la conminación, y si concurren, la violencia o la intimidación.

III. Clasificación de los delitos de exacciones ilegales.

1. Las exacciones ilegales son delitos de resultado.

1.1. De acuerdo con el léxico común⁵³, la exacción puede entenderse tanto como acción y como efecto, y su significado admite ambas interpretaciones.

1.2. Durante la primera época de vigencia del Código Penal chileno, se sostuvo por la doctrina y la jurisprudencia que la consumación de la acción se realizaba mediante la efectiva percepción de las contribuciones o servicios personales

⁵² Obra citada T. IV, pág. 83.

⁵³ Diccionario de la Lengua Española, obra citada.

ilegalmente requeridos, por parte del sujeto activo⁵⁴. En consecuencia, las exacciones ilegales serían delitos de resultado material, admitiendo la tentativa, acabada e inacabada. Esta doctrina no tiene acogida en la actualidad.

1.3. En cambio, la doctrina mayoritaria sostiene que la acción se consuma con la mera realización de la exigencia, sin que el tipo penal requiera la entrega del objeto de la conducta ilícita por el sujeto pasivo, ni la percepción del mismo objeto por el sujeto activo. En este sentido, las exacciones ilegales serían delitos formales o de mera actividad. En la doctrina chilena, así lo sostienen principalmente Etcheberry, también Rodríguez y Ossandón⁵⁵. Esta conclusión también la sustentan numerosos autores en la doctrina española⁵⁶. En fundamento de esta doctrina existen argumentos históricos y sistemáticos. En primer término, el Código Penal español de 1848-1850, que sirvió de modelo al nuestro, contemplaba en su art. 326 un tipo penal de exacción ilegal que contenía una hipótesis simple y otra agravada en razón del cumplimiento forzado y efectivo de la exigencia. Posteriormente, el art. 225 del Código hispano de 1870 conservó la distinción⁵⁷. La jurisprudencia española mayoritaria ha establecido que el comportamiento delictivo se perfecciona con la sola exigencia o solicitud, aunque no se consiga la entrega de las sumas reclamadas⁵⁸. En el Código Penal chileno, bajo una interpretación sistemática, si la exacción ilegal cometida por funcionario público del art. 157, inciso 1º, efectivamente fuera delito de resultado

⁵⁴ JAVIER FERNÁNDEZ, PEDRO “Código Penal de la República de Chile”, Edit. Barcelona, Santiago de Chile, 1899, p.293). En el mismo sentido, sentencia de 7 de enero de 1878, en proceso contra Francisco Zúñiga, Corte de Concepción, en Gaceta de los Tribunales, 1878, N° 158, pág. 82.

⁵⁵ ETCHEBERRY, obra citada, T.IV, pág. 251; y RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, obra citada, pág.433. También REYES STANDEN, JAVIERA . “Delitos funcionarios que consisten en la falta de probidad”, memoria de prueba inédita, Santiago de Chile, 2009, pág.104.

⁵⁶ Entre otros, CÓRDOBA RODA, obra citada, pág. 2099; POLAINO NAVARRETE, obra citada, pág.424 y siguientes; MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA, obra citada, p. 1708; y ORTS BERENGUER, ENRIQUE. “Delitos contra la administración pública”, en TOMÁS VIVES y otros “Derecho Penal, Parte Especial”, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 716.

⁵⁷ CÓRDOBA RODA, obra citada, pág. 2099.

⁵⁸ Sentencias del Tribunal Supremo español, de 20-11-1884 (antigua) y de 14-4-86 (reciente), citadas por CORDOBA RODA, obra citada, pág. 2099.

lesivo, de naturaleza patrimonial, presentaría un concurso de leyes con el tipo penal de estafa. Este concurso debería resolverse, conforme al principio de especialidad, dando primacía al tipo de exacción ilegal, lo que implicaría un privilegio injustificado a favor del funcionario público abusador de su cargo, conclusión que obviamente no es la deseada por el legislador.

La conclusión de la doctrina es que, para la consumación de la conducta ilícita, no se requiere la prestación efectiva del objeto exigido. Conforme a estos postulados, no sería posible una tentativa punible, puesto que, al comenzar la ejecución de la conducta típica con la exteriorización de la exigencia, cualquier actividad previa presentaría la calidad de acto preparatorio impune.

De acuerdo con la doctrina precedente, las exacciones ilegales serían delitos de resultado cortado, en cuanto el sujeto activo realiza la imposición con la finalidad de producir con ella un efecto a ser cumplido por el sujeto pasivo, con el pago de una contribución, un derecho, un beneficio económico o una prestación de servicio personal; efecto que es independiente de la acción efectuada por el sujeto activo y sin que sea preciso una nueva conducta suya⁵⁹.

1.4. En cambio, siguiendo la doctrina de Guzmán Dalbora y los postulados de la teoría del delito de expresión, en cuanto son aplicables a nuestra materia, las exacciones ilegales pueden ser de mera actividad o de resultado, dependiendo de las modalidades comisivas, de acuerdo con cada caso concreto. Para este autor, el resultado debe entenderse como “una modificación del mundo exterior físico o síquico”⁶⁰. Agrega que la conducta ilícita sería de actividad, cuando el sujeto activo

⁵⁹ Conceptos según MIR PUIG, SANTIAGO, “Derecho Penal”, Parte general, 4ª Edición, Impreso por TECFOTO, Barcelona, 1996, pág. 205.

⁶⁰ GUZMAN DALBORA, obra citada, pág. 193, con referencia a postulados de Kern.

realiza la declaración en presencia del destinatario, aunque sea por teléfono, de modo que pueda conocerla inmediatamente después de ser emitida. Por el contrario, si el destinatario de la comunicación no está presente al efectuarse (v.gr. por escrito), el delito será de resultado, “toda vez que la percepción sensorial y la comprensión de la declaración no coincidirán cronológicamente”⁶¹.

1.5. Por su parte, Díez Ripollés considera que las amenazas son delitos de resultado material, radicándolo en “el desenvolvimiento de un proceso deliberador que posee unas cualidades distintas de las que hubiera poseído de no haber mediado la amenaza, y que se concretan en la necesidad de tomar en serio una serie de motivos o razones en principio ajenos al sujeto y directamente vinculados al anuncio del mal”⁶². Estos conceptos, aplicados a las exacciones ilegales, implican que en éstas el resultado consiste en un “proceso deliberador” alterado en razón de la interferencia externa que provoca el requerimiento perentorio y los motivos o razones que contiene, como elementos del tipo objetivo que están presentes en la comunicación.

1.6. Mi opinión es que efectivamente los tipos penales de exacciones ilegales son delitos de resultado material, el que se produce en la psiquis del sujeto pasivo como efecto de la conducta del sujeto activo, consistente en el conocimiento por aquél del requerimiento ilícito, y en la comprensión de su significado⁶³.

No obstante lo anterior, no comparto la tesis de Guzmán Dalbora acerca de la diferenciación emanada de la presencia o ausencia de los sujetos durante la comunicación. Estimo que tal circunstancia no es relevante para estos efectos, por

⁶¹ Obra citada, pág. 194. Postulados referidos al delito de amenazas, que estimamos aplicables a las exacciones ilegales en razón del común elemento comunicativo.

⁶² DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, en “Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad”, obra compartida con Luis Gracia Martín, Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993, pág. 276.

⁶³ Adhiriendo a la posición de BAJO FERNÁNDEZ, ya citada.

cuanto lo realmente decisivo es la naturaleza de la exigencia y su efectiva comunicación al sujeto pasivo, por alguna vía idónea de manifestación (teléfono, correo material o electrónico, etc.) e incluso a través de intermediarios.

Siendo el resultado un efecto diferenciable e imputable objetivamente a la acción ilícita, ésta queda completa cuando el sujeto activo concluye su comunicación al sujeto pasivo. El resultado, afincado en un nuevo estado síquico del sujeto pasivo, constituye un fenómeno fáctico diferenciable conceptualmente de la acción.

Además, difiero de Díez Ripollés respecto de su tesis acerca del proceso deliberador posterior, visto como resultado, puesto que es un fenómeno eventual y variable, que puede o no darse en la psiquis del sujeto pasivo. Considero que, para interferir en la libertad de determinación, basta la introducción de motivaciones ilícitas, serias e idóneas al efecto, como efecto de la acción.

1.7. Siendo las exacciones ilegales delitos de resultado, resulta plenamente admisible la fase de tentativa punible, en las modalidades de tentativa acabada (frustración) e inacabada.

La tentativa inacabada se produce cuando el sujeto activo ha dado comienzo a la ejecución de la conducta ilícita en forma directa, quedando la comunicación pendiente o incompleta. En esta etapa ya se ha producido una lesión al bien jurídico protegido de carácter colectivo, el recto funcionamiento de la administración pública, ya que la conducta realizada por el funcionario público atenta contra la probidad funcionaria y significa suficiente conmoción al orden social. Es el caso del funcionario público que comete la conducta ilícita a través de un acto administrativo formal y por escrito (ejs. un giro tributario ilegal), dejando las debidas constancias oficiales, y

estando pendiente el requerimiento al sujeto pasivo de parte del mismo sujeto activo, se impide su prosecución por el superior jerárquico. Si el sujeto activo es un particular, en la tentativa existe ya una lesión al prestigio de la administración pública. Ejemplo de tentativa, en este evento, sería la conducta del particular que administra la concesión municipal de cobro de derechos de aparcamiento de vehículos en bien de uso público, consistente en una orden de extender una boleta abusiva en su monto, sin que alcance a entregarla el mismo sujeto activo al sujeto pasivo.

La tentativa acabada (frustración) existe cuando, ya finalizada la conducta comunicativa dirigida al sujeto pasivo, fenómenos ulteriores impiden que éste la conozca, o conociéndola, no le sea posible comprender su significado. En estos últimos casos, no se alcanza a producir el resultado material y tampoco se lesiona efectivamente la libertad de determinación del sujeto activo. Es el caso del cobro ilegal de impuestos mediante un giro tributario que es remitido por el funcionario público vía correo o a través de ministro de fe que ignora la exacción; y antes de llegar el giro a manos y conocimiento del sujeto pasivo, es retirado del conducto oficial mediante acción de persona ajena al sujeto activo.

En razón de lo expuesto, es plenamente admisible el desistimiento eficaz en la tentativa, de parte del sujeto activo, conforme al art. 7º.

3. Las exacciones ilegales son delitos de comisión activa.

La estructura y modalidades de acción ilícita en los tipos penales de exacciones ilegales, según lo descrito, hacen concluir que difícilmente será concebible la hipótesis omisiva. Lo normal es que sean delitos de comisión predominantemente activa. En opinión de Castro Moreno, “el término exigir tiene una fuerza expresiva que

denota una iniciativa e intervención positiva”⁶⁴ en el sujeto activo, resultando difícil admitir su comisión mediante omisión.

Sin perjuicio de compartir la naturaleza activa de las exacciones ilegales, en particular la ejecución de la exigencia, estimo que, por su naturaleza compleja, algunos de los elementos de la conducta ilícita pueden dar lugar a una omisión parcial, en el contexto global de una acción. Así puede suceder, por ejemplo, en un contexto preexistente y no creado por el sujeto activo, si el sujeto pasivo está en error acerca de la legalidad de un tributo o derecho, creyendo que son debidos, en circunstancias que no son tales en realidad. Es el caso del sujeto activo que tiene la calidad de funcionario que está encargado de dar información al público, que junto con omitir el cumplimiento de su deber jurídico de sacar del error al particular, lo requiere de pago del supuesto tributo. Finalmente la conducta ilícita es activa, manifestada en la acción de requerir ilícitamente, aunque la omisión coetánea también tiene alguna significación penal, tal vez como reforzamiento del pretexto típico.

⁶⁴ CASTRO MORENO, ABRAHAM *Fraudes Contractuales y Exacciones Ilegales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pág. 112.

SEGUNDA PARTE

LOS TIPOS PENALES DE EXACCIONES ILEGALES COMETIDAS EN INTERÉS PÚBLICO

En esta segunda parte se trata acerca de las exacciones ilegales relativas a contribuciones y servicios personales, cometidas en interés público, tanto aquellas perpetradas por funcionarios públicos (art. 157, inciso 1º) como las de comisión por particulares (art. 147). Esta opción no implica soslayar la diferencia capital entre ambos tipos penales en cuanto a los intereses tutelados y a las calidades de los sujetos activos. Sin embargo, por razones de correspondencia sistemática y de similitud en los textos penales, en secciones sucesivas se procederá, en la primera sección, al análisis de la figura penal especial de exacciones ilegales cometidas por funcionarios públicos, prevista en el art. 157, inciso 1º; y a continuación aquellas conductas ilícitas cometidas por particulares, prescritas en el art. 147.

SECCIÓN PRIMERA

El tipo penal de exacciones ilegales en interés público cometidas por funcionarios públicos, del art. 157, inciso 1º, del Código Penal.

“Art. 157. Todo empleado público que sin un decreto de autoridad competente, deducido de la ley que autoriza la exacción de una contribución o de un servicio personal, los exigiere bajo cualquier pretexto, será penado con inhabilitación absoluta temporal para cargos y oficios públicos en cualesquiera de sus grados y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.

Si la exacción de la contribución o servicio personal se hiciere con ánimo de lucro, el empleado culpable será sancionado conforme a lo dispuesto en los párrafos 2 u 8 del Título IX, según corresponda”.

Explicaciones preliminares.

i. Historia y crítica de la norma penal.

El tipo del art. 157, inciso 1º, deriva parcialmente del texto del art. 326 del modelo español de 1848-1850, y su redacción presenta una relativa originalidad, en cuanto a los objetos materiales de la acción y al elemento normativo del tipo. El texto nacional deriva del encargo efectuado al comisionado Manuel Rengifo por la Comisión Redactora del Código, en su Sesión Nº 29, celebrada el 14 de abril de 1871. La primera fase del cometido consistió en el estudio de la Constitución Política de Chile de 1833, en lo referente a los derechos garantizados en ella y cuya infracción diera mérito para sanción penal. En una segunda fase, teniendo en vista las prescripciones de los códigos penales español y belga, el cometido incluía las tareas de determinar las materias que trataría el Título III del Libro II (específicamente el párrafo 4) del futuro código. Finalmente, el encargo concluía con la redacción de los artículos del caso, para servir de base a las tareas consiguientes de la Comisión. Cumplido el encargo por Rengifo, en la Sesión Nº 34, de 1º de mayo de 1871, se discutió y aprobó el texto definitivo del tipo penal del art. 157, inciso 1º. Posteriormente, la Comisión incorporó el inciso segundo del art. 157, en la Sesión Nº 147, de 3 de junio de 1873, con la expresa finalidad de “tomar en cuenta un caso que pudiese entenderse comprendido en la disposición general”⁶⁵.

⁶⁵ RIVACOBBA, MANUEL. Código Penal de la República de Chile y Actas de las Sesiones de la Comisión Redactora, Valparaíso, Edeval, 1974, pág. 512.

El Código Penal ha sido objeto de numerosas críticas en materia de delitos funcionarios, especialmente tratadas por Bascuñán⁶⁶. En cuanto al tipo penal del art. 157, el reproche fundamental consiste, en palabras de Bascuñán, en seguir “demasiado al pie de la letra las disposiciones de la Constitución Política de Chile de 1833”⁶⁷, situación que en mi opinión presenta significación particular en la determinación de algunos elementos del tipo⁶⁸. Agrega Bascuñán que este tipo penal estaría obsoleto, al proteger la garantía de la legalidad del tributo, “que ha dejado de ser un derecho subjetivo público para pasar a ser únicamente una norma del ámbito de competencia del Poder Legislativo”⁶⁹. Esta última crítica ha sido matizada por Bustos, quien ha señalado que “el objeto de protección no son los derechos, sino los bienes jurídicos, sin perjuicio que los derechos fundamentales tengan un valor de referencia para los bienes jurídicos”⁷⁰.

ii. El bien jurídico protegido.

En opinión de Etcheberry, el interés tutelado en las exacciones ilegales es la propiedad individual, en virtud del contenido patrimonial de las contribuciones y también de los servicios personales, considerados éstos como cargas públicas, por el autor⁷¹.

⁶⁶ BASCUÑAN RODRÍGUEZ, ANTONIO “Proyecto de reforma del Código Penal para una mejor protección de los derechos de las personas”, en CORPORACIÓN NACIONAL DE REPARACIÓN Y RECONCILIACIÓN “Protección Penal de los Derechos Constitucionales”, Colección Estudios N° 3, Santiago, 1994, pág. 79 y siguientes.

⁶⁷ BASCUÑAN, obra citada, pág. 19.

⁶⁸ Particularmente, en la modalidad de la exacción ilegal, consistente en el uso de un pretexto cualquiera, en la incorporación de los servicios personales como objeto material de la acción, y de los elementos normativos del tipo, recogidos textualmente de disposiciones constitucionales, según se analizará más adelante.

⁶⁹ BASCUÑÁN, obra citada, pág. 218.

⁷⁰ BUSTOS, JUAN, Informe al Proyecto de Reforma del Código Penal, en CORPORACIÓN NACIONAL DE REPARACIÓN Y RECONCILIACIÓN, obra citada, pág. 242.

⁷¹ ETCHEBERRY, obra citada, pág. 278. El autor agrega que si no fuera por su contenido patrimonial, debería ser considerado como ofensa a la libertad individual, o a la libertad de trabajo (caso de los servicios personales) o a la libertad de determinación.

Distinta concepción tiene Etxebarria, quien sostiene que el bien jurídico protegido es el correcto funcionamiento de la administración pública y de sus funcionarios, conforme a los principios de legalidad, objetividad, eficiencia e imparcialidad que los rigen; y a la vez, se tutela el patrimonio de los particulares⁷². Además, este autor considera que las exacciones ilegales configuran “conductas defraudatorias de naturaleza patrimonial”⁷³, opinión que, en la doctrina nacional, es compartida por Rodríguez y Ossandón⁷⁴.

En esta materia, considero que las exacciones ilegales son ilícitos de naturaleza pluriofensiva, y sus diferentes tipos penales presentan cierta diversidad de intereses tutelados, siendo algunos de éstos de carácter colectivo y otros de índole individual.

Efectivamente, estimo que ambas hipótesis de exacciones ilegales del art. 157, inciso 1º, tanto las relativas a contribuciones como las de servicios personales, contienen un doble interés de protección. Uno es un bien de naturaleza individual, consistente en la libertad de determinación del sujeto pasivo; y el otro, un interés colectivo, resumido en el recto funcionamiento de la administración pública. La ubicación sistemática del tipo del art. 157, en el párrafo 4º del Título III, Libro II, del Código Penal, relativo a los atentados contra derechos garantidos por la constitución, cometidos por funcionarios públicos, indica que el delito tutela ambos intereses antes expuestos. Además, considero que es un delito de lesión de ambos bienes jurídicos.

⁷² ETXEBARRÍA, obra citada, págs. 206, 207 y 221.

⁷³ Obra citada, pág. 205.

⁷⁴ RODRÍGUEZ Y OSSANDÓN, obra citada, pág. 432.

Cabe agregar que, si el objeto material de la acción ilícita es la prestación de contribuciones, con su consumación se configura un estado de peligro para el patrimonio del sujeto pasivo, no siendo necesaria su lesión efectiva.

En cambio, si la exigencia tiene por finalidad la prestación de servicios personales, éstos dan lugar a diversas consideraciones, dependiendo de su significación patrimonial. Previamente, debe precisarse que el tipo penal no se refiere a las cargas públicas, sino a los servicios personales en general, incluyendo a aquellos servicios que carecen de valor pecuniario y que tienen una finalidad pública. La ley no distingue en cuanto a los servicios exigidos, ni los restringe a las cargas públicas (electorales o militares). En segundo término, si la exigencia recae sobre un servicio que el sujeto pasivo debe prestar directa y personalmente, el atentado a su libertad de determinación puede extenderse a modalidades más específicas, como la lesión a su libertad de traslación.

Según lo antes expresado, el ilícito puede configurar un peligro para el patrimonio del sujeto pasivo, siempre y cuando los servicios exigidos tengan valor pecuniario y carezcan de retribución económica. En cambio, si el requerimiento ilícito tiene por finalidad que el sujeto pasivo proporcione gratuitamente servicios personales que no sean los propios, sino de sus dependientes remunerados, la situación es diferente. En este último caso, además de los intereses colectivos protegidos por el tipo penal del art. 157, inciso 1º, del Código Penal, sólo se presentará un peligro patrimonial, en la medida que los servicios tengan valor pecuniario y siempre que no sean retribuidos económicamente.

La conclusión es que en la exacción ilegal de servicios personales, el riesgo patrimonial sólo es eventual. Dicho de otra forma, en las exacciones ilegales del art. 157, inciso 1º, la afectación patrimonial no es esencial, aunque pueda ser de normal

ocurrencia o de frecuencia estadística. En especial, estos ilícitos podrán configurar fraudes cuando se cometan mediante engaño y además impliquen una situación de peligro patrimonial para el sujeto pasivo.

Especial consideración merece el interés jurídico protegido por la figura penal del art. 161, que establece autónomamente los tipos de falsedad o fingimiento de firma de funcionario público, y de uso malicioso o fraudulento de la falsificación o suposición señaladas; perpetrados como medios de comisión de las exacciones ilegales del art. 157. En las hipótesis del art. 161, además de los intereses tutelados que han sido reseñados en los apartados precedentes, el bien tutelado consiste en la fe pública, que emana de las citadas actuaciones funcionarias y de los documentos públicos que las contienen.

I. Las características especiales del tipo objetivo del delito previsto en el art. 157, inciso 1º del Código Penal.

1. Los sujetos.

1.1. El sujeto activo.

La calidad de sujeto activo está atribuida por la ley a “todo” empleado público, indicando que se refiere a cualquier funcionario. Mediante esta fórmula legal, resulta ajena al análisis de este trabajo, la controversia suscitada en doctrina, especialmente la española, acerca de si el tipo penal restringe su alcance sólo al funcionario encargado del cobro o percepción de tributos.

El tipo del art. 157, inciso 1º, requiere de la existencia efectiva y no simulada de la calidad funcionaria. De esta forma, es sujeto activo el funcionario público que simula tener facultades ajenas a las verdaderas, como también el que finge un cargo o función diferente a los que realmente tiene. En doctrina extranjera este último postulado es materia de debate, suscitado por opiniones de autores o de tipificaciones legales que requieren el abuso funcional del cargo que desempeña el funcionario⁷⁵.

Estimo que es sujeto activo del delito del art. 157, inciso 1º, el denominado funcionario público de hecho. Según la doctrina establecida en dictámenes de la Contraloría General de la República de Chile, tal calidad se atribuye a quien asume un cargo público en forma previa a la toma de razón del respectivo nombramiento y con posterioridad se establece la falta de legalidad del mismo por ser imposible jurídicamente⁷⁶. La misma Contraloría ha declarado “válidas sus actuaciones durante ese lapso” y ha reconocido el derecho a la pertinente remuneración⁷⁷. De esta forma, el sujeto activo ha cumplido válidamente una función pública durante el lapso transcurrido entre su designación, seguida de la asunción del cargo, y la invalidación del nombramiento. En el mismo sentido, el art. 63 inciso 2º de la Ley Nº 18.575, sobre Bases Generales de la Administración del Estado, establece la validez de los actos realizados durante el desempeño funcionario de persona inhábil al efecto, desde su designación hasta la correspondiente declaración de nulidad. Siguiendo la opinión de Etcheberry, en cuanto a que la “función crea al empleado”⁷⁸, me parece que en este caso el sujeto activo tiene la calidad de funcionario público para efectos penales y en especial respecto del tipo penal del art. 157.

⁷⁵ Por ejemplo, CREUS, CARLOS, “Derecho Penal, Parte Especial”, Tomo 2, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1998, pág. 305, basado en el art. 266 del Código Penal argentino.

⁷⁶ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, en diversos dictámenes cuya doctrina se resume en Dictamen Nº 26.424, de 29 de abril de 2011.

⁷⁷ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen Nº 74.745, de 13 de diciembre de 2010.

⁷⁸ ETCHEBERRY, obra citada, Tomo IV, pág. 205.

En el caso de fingimiento de la calidad de empleado público, efectuado por un particular, no se cumple con la calidad de sujeto activo previsto en el tipo penal en análisis, pudiendo configurar la figura del art. 147.

La doctrina y la jurisprudencia han disentido en cuanto a que puedan ser sujetos activos del delito del art. 157 inciso 1º, los funcionarios públicos que tienen la calidad de jueces de la judicatura ordinaria y especial, los fiscales judiciales y los peritos judiciales.

El problema es determinar si únicamente pueden ser sancionados por los delitos contenidos en el párrafo 4, relativo a la prevaricación, del Título V, Libro II, o si pueden ser sujetos activos de otros delitos funcionarios, en especial, el de exacciones ilegales del art. 157, inciso 1º. El texto de la ley no hace distinción alguna que permita desestimar a dichos funcionarios como sujetos activos, según lo ha sostenido parte de la doctrina⁷⁹ y de la jurisprudencia⁸⁰. Diferente es la opinión de Etcheberry⁸¹, de Bañados⁸² y de parte de la jurisprudencia⁸³, de excluir a dichos funcionarios como sujetos activos, fundados en el criterio seguido por la Comisión Redactora del Código Penal en orden a establecer un apartado especial para los funcionarios judiciales en el párrafo 4º, Título V, conteniendo diferentes tipos de prevaricación, dejando para los

⁷⁹ BASCUÑAN, obra citada, pág. 87.

⁸⁰ Sentencia de 9 de mayo de 1900, dictada por el Juzgado de Vicuña, en contra de un juez de subdelegación de El Molle, publicada en la Gaceta de los Tribunales de 1900, N° 1.738, pág. 1774; y sentencia de 28 de abril de 1908, dictada por la Corte de Apelaciones de La Serena en contra de un juez de distrito, publicada en la Gaceta de los Tribunales de 1908, N° 236, pág. 348.

⁸¹ ETCHEBERRY, obra citada, T. III, pág. 217

⁸² BAÑADOS ESPINOZA, FLORENCIO, Código Penal de la República de Chile, Dirección de Impresiones, Santiago, 1920, pág.168.

⁸³ Sentencia de 13 de octubre de 1906, dictada por la Corte de Apelaciones de Talca, que absuelve a un juez de subdelegación de Perquin, publicada en la Gaceta de los Tribunales, año 1906, N° 1013, pág.615; y en proceso seguido contra un juez de letras, sentencia absolutoria de primera instancia, de 31 de enero de 1957, y de segunda instancia, de 6 de julio de 1957, dictada ésta por la Corte de Apelaciones de Concepción, ambas publicadas en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LIV, 2ª parte, sección 4ª, pág. 139.

demás empleados públicos los delitos del párrafo 4º del Título III, Libro II, del Código Penal⁸⁴. Adhiero a la primera posición, en razón de sus fundamentos y por no resultar legalmente procedente discriminar entre funcionarios públicos que de distintas formas pueden incurrir en el ilícito del art. 157, inciso 1º.

1.2. El sujeto pasivo.

El sujeto pasivo es el destinatario de la exigencia y puede ser cualquier persona, siempre que esté dotado de capacidad natural de libertad de determinación, incluyendo las capacidades concretas de tomar conocimiento de la exigencia y de comprender su significado, según lo expuesto en la primera parte de este trabajo.

Es discutible si la propia administración pública puede ser sujeto pasivo de este delito. En la negativa se pronuncia Córdoba Roda⁸⁵, basado en que el ente estatal no puede pagarse impuestos a sí mismo. Mi opinión es que, tratándose de contribuciones requeridas ilícitamente a entidades públicas dotadas de patrimonio separado del Fisco, no se advierte inconveniente en reconocer que la propia administración pública puede ser sujeto pasivo en materia patrimonial. En este evento, se atenta contra los intereses protegidos por el tipo penal de exacciones ilegales, la recta administración pública y la libertad de determinación del funcionario encargado de los bienes respectivos, que es requerido ilícitamente a otorgar la prestación típica. En este caso, este último funcionario es el objeto personal de la acción, en cuanto al peligro patrimonial para el ente público. Además, tendría la calidad de sujeto pasivo en el atentado a su libertad de determinación. También es concebible la comisión del ilícito del art. 157, inciso 1º, cuando se ejerce la acción sobre un particular que se encuentra a cargo de bienes pertenecientes al ente estatal. Finalmente, estimo que igualmente se configura este

⁸⁴ Referido por BASCUÑAN, obra citada, pág. 86, en referencia a la sesión N° 31 de la Comisión Redactora del Código Penal.

⁸⁵ CÓRDOBA RODA, obra citada, pág. 2098.

delito cuando la exigencia de servicios personales recae sobre funcionarios públicos que están prestando labores remuneradas para el ente estatal dotado de patrimonio propio.

2. La conducta ilícita en el tipo penal del art. 157, inciso 1º, del Código Penal.

En este tipo penal, la acción ilícita presenta ciertas particularidades respecto de las características generales de las exacciones ilegales, analizadas en la primera parte de este trabajo. Estas particularidades se presentan respecto del abuso de la posición funcionaria y de su relevancia en las formas y medios de comisión; respecto del contenido necesariamente engañoso y eventualmente defraudatorio que presenta la conducta ilícita en este tipo penal; y en cuanto al objeto material y de los elementos normativos del tipo.

2.1. La naturaleza imperativa de la conducta ilícita y la calidad especial del sujeto activo.

En cuanto a la conducta ilícita, Etxebarría destaca que las exacciones ilegales suceden en un contexto de vulnerabilidad del sujeto pasivo frente a la conducta del funcionario público, atendido el carácter imperativo de los cobros administrativos, la posición de superioridad del sujeto activo, la confianza exigida al particular y la presunción de legalidad de la exigencia⁸⁶.

En la conducta ilícita del art. 157, inciso 1º, la perentoriedad de la exigencia se vincula con la potestad de imperio del Estado en orden a cobrar aquellas prestaciones

⁸⁶ ETXEBARRÍA, obra citada, pág. 221.

que requiere de los particulares. Específicamente, la perentoriedad de la conducta ilícita se manifiesta en el ejercicio del poderío que emana de la autoridad del funcionario público, derivada de una posición de superioridad y de desigualdad que da primacía al sujeto activo frente al sujeto pasivo. Tal posición puede ser real o fingida, temporalmente preexistente o coexistente a la acción típica.

Aunque el tipo penal no lo exige expresamente, como ocurre en otras legislaciones⁸⁷, esta figura penal supone el abuso de la función pública, consistente en prevalerse el sujeto activo de su cargo, al incurrir en la conducta ilícita, vulnerando sus deberes y prohibiciones funcionarios. Al decir de Groizard, “el abuso de autoridad y el exceso de poder” son “la base de todos los delitos de concusión”⁸⁸.

En el ordenamiento jurídico chileno, el abuso de autoridad implica la infracción de deberes funcionarios, particularmente aquellos que atentan contra la probidad funcionaria. Más adelante se hará referencia a los elementos normativos del tipo, expresados como una vulneración al principio de legalidad de los tributos, y a la probidad funcionaria, de acuerdo con el estatuto normativo legal que la rige.

En el plano fáctico, el abuso de autoridad está vinculado a la idoneidad de la exigencia ilícita, esto es, la capacidad de lograr que el sujeto pasivo ceda a ella. Implica el aprovechamiento indebido del cargo y la posición de superioridad del funcionario; además, de la confianza que normalmente suscitará en el sujeto pasivo; y fundamentalmente, en la presunción de legitimidad que contienen las exigencias formuladas por la autoridad. Todo ello, para hacer factible y lograr la finalidad ilícita, facilitada por el efecto imperativo del requerimiento, emanado de tales factores.

⁸⁷ Por ejemplo, en el art. 266 del Código Penal argentino

⁸⁸ GROIZARD, obra citada, Tomo III, pág. 352.

Además, según se analizará en el apartado siguiente, el abuso de autoridad se vincula con la conminación que normalmente está implícita en la posición funcionaria y deriva de ésta, particularmente en las actividades de cobro que realiza la administración pública.

2.2. La conminación en la conducta ilícita.

En el léxico común, conminar significa apremiar con potestad a alguien para que obedezca; y cuanto se refiere a la autoridad, consiste en requerir a alguien el cumplimiento de un mandato, bajo pena o sanción determinadas⁸⁹.

En la primera parte de este trabajo, expresé que en las exacciones ilegales, en general, la conminación sólo es eventual. En esta oportunidad, de partida, cabe señalar que el tipo penal del art. 157, inciso 1º, no describe ninguna hipótesis de conminación o amenazas, como elemento del tipo, según lo ha declarado la jurisprudencia⁹⁰. Imperatividad y conminación son conceptos de diferente significación penal. En la exigencia ilícita de esta figura penal es esencial la imperatividad, no así la conminación.

En las exacciones ilegales con finalidad pública, en opinión de Etxebarria⁹¹, la situación de superioridad del funcionario público dota a la acción de ciertos rasgos coactivos o seudocoactivos. La doctrina tradicional, de acuerdo con los antecedentes

⁸⁹ Diccionario de la Lengua Española, acepciones 2ª y 3ª.

⁹⁰ Sentencia de 17 de julio de 2007, dictada en proceso rol 15.260, cuaderno K, contra J.T.C., considerando 38º (citado y comentado en el Anexo de este trabajo).

⁹¹ ETXEBARRÍA, obra citada, pág. 224.

históricos de estas figuras penales, como lo postula Carrara, sostiene que en la exacción se obtiene lo requerido por miedo al poder público⁹².

Al respecto, la jurisprudencia ha establecido que la palabra exigir “no significa coacción o fuerza, sino el reclamo y la consiguiente presión moral de que, si no se le paga, lo cobrará compulsivamente”⁹³. En sentido opuesto, diversos fallos configuran el delito de exacciones ilegales sin considerar como necesario ningún elemento coactivo⁹⁴.

Cierta jurisprudencia ha considerado la “inducción de la voluntad del particular”, como modalidad comisiva de la exacción ilegal, en calidad de medio alternativo al constreñimiento; incluyendo en la inducción medios como el consejo, exhortación, sugestión, engaño, etc.⁹⁵. En cuanto a la inducción de la voluntad del sujeto pasivo, según lo plantean Ramos Mejía⁹⁶ y Cancino Moreno⁹⁷, no sería una modalidad independiente, sino que formaría parte del engaño como forma comisiva. Los consejos y exhortaciones, en mi opinión, no revisten la calidad de requerimiento perentorio, propio de la exigencia ilícita, por lo que no alcanzan a configurar la conducta tipificada en el art. 157, inciso 1º. La voz sugestión es particularmente ambigua, significando en una primera acepción la acción de sugerir, evidentemente ajena a la conducta de

⁹² “*metu publicae potestatis*”, en CARRARA, obra citada, pág. 116.

⁹³ Sentencia en proceso contra Eduardo Alvarez y otros, considerando 4º de la sentencia de primera instancia, de 4 de mayo de 1914; confirmada por la Corte de Apelaciones de Tacna, publicada en Gaceta de los Tribunales, 1914, N° 331, pág. 930; y por la Corte Suprema, en Gaceta de los Tribunales, 1918, N° 452, pág. 1433.

⁹⁴ Por ejemplo, sentencias en proceso contra Eduardo Gana y otro, Corte de Apelaciones de Tacna, Gaceta de los Tribunales, 1914, N° 332, pág. 933; y en proceso contra Juan José Gaete, Gaceta de los Tribunales 1879, N° 67, pág. 54.

⁹⁵ Sentencia definitiva en proceso rol 15.260 Cuaderno K, seguido en contra de C.C.L., ya citada, considerando 7º. Ver citas y comentarios en Anexo de este trabajo.

⁹⁶ RAMOS MEJÍA, ENRIQUE. El delito de concusión. Buenos Aires, Depalma, 1963, pág.66.

⁹⁷ CANCINO MORENO, ANTONIO El delito de concusión en el nuevo Código Penal Colombiano, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1982, págs. 60 y 84.

exigir; y en una segunda acepción, la conducta de suggestionar, expresión que admite varios significados muy diferentes entre sí, algunos próximos al engaño y otros que no guardan relación con la conducta ilícita. Acerca del engaño, según se explicará, constituye un elemento del tipo penal del art. 157, inciso 1º, y no una modalidad alternativa a las amenazas.

Según lo expuesto en la primera parte de este trabajo, estimo que en la conducta ilícita del tipo penal del art. 157, inciso 1º, de la posición del sujeto activo normalmente se desprende una conminación implícita al sujeto pasivo, motivándolo a ceder a la exigencia, o de lo contrario quedar bajo la contingencia de una ejecución compulsiva mediante el uso de la fuerza pública, la aplicación de apremios, sanciones u otras consecuencias negativas para sus intereses. Esta conminación implícita es particularmente evidente cuando el sujeto activo está encargado del cobro de lo requerido, y a la vez está en su potestad darle cumplimiento forzado. En el extremo opuesto se encuentra el funcionario público sin potestad alguna para exigir compulsivamente, y que se vale únicamente de engaño para formar en el sujeto pasivo la errada convicción acerca de la fingida legalidad de la exigencia y de la supuesta función del sujeto activo, de simple cobrador del objeto requerido.

En consecuencia, puede concluirse que la conminación no es un elemento necesario en el tipo del art. 157, inciso 1º.

La conminación también puede eventualmente existir y expresarse, mediante diferentes conductas dirigidas a presionar al sujeto pasivo, en el contexto de la acción comunicativa. En algunos casos, según su entidad y significación, dichas conductas pueden quedar absorbidas por la gravedad propia de las exacciones ilegales; y en otros, la acción conminatoria puede dar lugar a la tipificación de otros delitos, según se

analiza a propósito de los concursos de leyes y de delitos, en el acápite final del presente capítulo.

2.3. La naturaleza engañosa de la conducta ilícita.

El art. 157, inciso 1º, establece como elemento del tipo, el uso de un pretexto (literalmente “cualquier pretexto”), bajo el que se realiza la exigencia ilícita.

De acuerdo con la historia del precepto, la voz pretexto tiene su origen en el art. 148 de la Constitución de 1833⁹⁸. Sin embargo, en el texto constitucional la función de la voz pretexto es diametralmente distinta a la que cumple en la descripción del tipo penal del art. 157, inciso 1º. En la norma constitucional, en realidad, se indica que ningún pretexto podrá justificar la exacción prohibida, es decir, no hay excusa que la pueda validar. En cambio, la norma penal requiere del uso efectivo de algún pretexto, como elemento del tipo.

El uso de un pretexto implica la utilización por parte del sujeto activo de un motivo o causa simulada o aparente⁹⁹, como supuesto fundamento y también como refuerzo impositivo de la exigencia. De acuerdo con la norma penal, el uso de un pretexto reviste la calidad de elemento del tipo, esto es, que es esencial y no puede faltar para la configuración del ilícito.

⁹⁸ Constitución Política de Chile de 1833, Art. 139 (148): “Sólo el Congreso puede imponer contribuciones directas o indirectas, i sin su especial autorización es prohibido a toda autoridad del Estado i a todo individuo imponerlas, aunque sea bajo pretesto precario, voluntario, o de cualquiera otra clase”. La Constitución Política de Chile de 1925 repetía esta fórmula en su art. 10 N° 9, inciso 2º. En sentido similar, aunque genérico, alude al pretexto el art. 7º inciso 2º de la Constitución Política de 1980.

⁹⁹ Significado de pretexto, según el Diccionario de la Lengua Española, obra citada.

En la exacción ilegal del art. 157, inciso 1º, la función del pretexto es la creación, al menos, de una doble apariencia: de legitimidad de la exigencia y de competencia del sujeto activo para realizarla. El requisito del pretexto, como apariencia de legitimidad de la exacción, comprende fundamentalmente su legalidad formal y procedencia en el caso concreto, además del vínculo con el servicio público¹⁰⁰. La relación con el servicio público puede incluir el fingimiento tanto de una necesidad pública cuya satisfacción es supuestamente impostergable, la imposibilidad momentánea de exhibir documentación para acreditar la legitimidad de la exigencia, como otras modalidades de pretexto. En cuanto a la competencia del sujeto activo, como requisito del pretexto, constituyen conducta ilícita tanto el abuso de una potestad real, mediante requerimientos excesivos legalmente; como la simulación, por parte del funcionario público, de funciones o facultades que no tiene al efecto.

En cumplimiento del principio de lesividad penal, debe limitarse la aparente amplitud de la fórmula legal, ya que no cualquier pretexto es suficiente para cumplir con el tipo penal, sino aquél revestido de suficiente entidad a efectos penales. En este sentido, el pretexto debe estar revestido de una mínima plausibilidad y verosimilitud, ya que de otra forma carecería de la idoneidad necesaria para configurar una exigencia típica y la potencialidad de inducir a error al sujeto pasivo. Esta situación es meramente potencial y no requiere que el sujeto pasivo adquiriera la efectiva creencia en el pretexto, en particular, acerca de la legitimidad de la exigencia. En este contexto, los pretextos ridículos o inverosímiles no configuran una acción típica. Lo propio sucede respecto de pretextos de mínima entidad o inconexos con la exigencia misma.

En las relaciones subjetivas, la comunicación de la exigencia ilícita al sujeto pasivo también está vinculada a la idoneidad del pretexto en orden a dar verosimilitud a la apariencia de legitimidad del requerimiento, incluyendo la relativa a la competencia del sujeto activo.

¹⁰⁰ En este último punto, según RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, obra citada, pág. 434.

La consecuencia es que la exacción ilegal del art. 157, inciso 1º, presenta una modalidad necesariamente engañosa, como elemento del tipo penal, con las calidades y requisitos antes señalados. Además, la conducta ilícita normalmente será defraudatoria, en cuanto contenga un potencial efecto patrimonial.

Además, estimo que en esta figura penal el engaño es compatible con la imperatividad de la exigencia. El engaño es inductivo de error acerca de la legitimidad del requerimiento, y está destinado a que el sujeto pasivo se forme una errada convicción al efecto; por su parte, la imperatividad de la exigencia, como es normal en las que formula el Estado a los particulares, significa que se plantea como obligatoria al sujeto pasivo, como deber que en apariencia emana precisamente de la supuesta legitimidad del cobro. Al respecto, Rodríguez y Ossandón han señalado que “la conducta se mueve entre la imposición y el engaño”¹⁰¹, afirmación que, sin ser inexacta, a mi juicio es ambigua, ya que en este tipo penal podría precisarse así: la conducta ilícita se comete mediante la imposición y el engaño.

Asimismo, en la figura penal del art. 157, inciso 1º, como se ha dicho, la conducta ilícita puede contener una conminación implícita o explícita que, sin constituir un elemento del tipo, normalmente puede estar presente en las exigencias indebidas, particularmente aquellas cometidas por funcionarios competentes para requerir el cobro de créditos públicos.

2.4. La comunicación del requerimiento ilícito.

¹⁰¹ RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, obra citada, pág.433.

Según se indicó en la parte primera, en la comunicación del requerimiento ilícito, basta que el sujeto pasivo conozca la exigencia ilícita y comprenda su significado. Tratándose del tipo penal del art. 157, inciso 1º, esta comprensión debe incluir la finalidad pública y el pretexto que da verosimilitud a la conducta ilícita. No es necesario, en cambio, que adquiera convicción acerca de la existencia de dicha legitimidad ni de la realidad del pretexto utilizado.

3. Los objetos materiales de la acción.

El tipo penal del art. 157, inciso 1º, contempla dos alternativas diferentes de objeto material de las exacciones ilegales: las contribuciones y los servicios personales. Quedan comprendidos en la conducta ilícita tanto las contribuciones o los servicios personales no debidos en lo absoluto, como también aquellos que superan lo debido, sólo en el exceso, o se apartan de lo legítimo en sustancia o calidad.

3.1. Las contribuciones.

En el léxico común, contribución significa, en general, cuota o cantidad que se paga para algún fin, y principalmente la que se impone para las cargas del Estado; y en especial, es el tributo que se exige a quien se beneficia de la realización de obras públicas o del establecimiento de servicios públicos¹⁰². Jurídicamente, la expresión tributo se refiere a la obligación dineraria establecida por la ley, cuyo importe se destina al sostenimiento de las cargas públicas¹⁰³. En cuanto a la doctrina acerca del

¹⁰² Diccionario de la Lengua Española, obra citada, acepciones 2ª, general y especial.

¹⁰³ Diccionario de la Lengua Española, obra citada, acepción cuarta.

significado de la voz tributo, Evans señala que “abarca los impuestos y contribuciones, los derechos y las tasas, los aranceles y demás cargas públicas pecuniarias, cualquiera sea la causa o motivo que se invoque como hecho gravado”¹⁰⁴. De esta forma, en la doctrina moderna, la contribución es una especie de tributo. A diferencia de los textos que la precedieron, la Constitución Política de 1980 utiliza la expresión genérica tributo en diversas disposiciones.

En la época de la dictación del Código Penal, sin embargo, no existía la distinción que hoy prevalece. Por el contrario, la Constitución de 1833 utilizaba indistintamente ambas expresiones (tributo y contribución), como sinónimos¹⁰⁵. La doctrina del siglo XIX tampoco hacía diferencia entre impuesto y contribución, y Huneeus definía ambos conceptos como la parte de los haberes que se exige, sin cargo de devolución, para los gastos generales del Estado o locales del Municipio¹⁰⁶.

En consecuencia, para efectos del art. 157, la voz contribución debe entenderse genéricamente, como sinónimo de tributo.

Para Etcheberry, la contribución denota una entrega de bienes, en especie o en dinero, a cualquier título (provisional o definitivo), que no va acompañada de una contraprestación equivalente¹⁰⁷. Esta última frase es consistente con la tesis del autor acerca de la propiedad como bien jurídico protegido en el tipo del art. 157, inciso 1º.

¹⁰⁴ EVANS ESPIÑEIRA, EUGENIO, Los tributos en la Constitución, Edit. Jurídica de Chile, 2010, pág. 155.

¹⁰⁵ Constitución Política de Chile de 1833: utilización en términos genéricos, en los Arts. 37 (28) Nº 1, 148 (139) y 149 (140); y como expresiones alternativas, en el art. 12 (10). La Constitución Política de 1925 utilizó la misma nomenclatura. En cambio, la Constitución Política de 1980 usa la expresión genérica “tributos”.

¹⁰⁶ HUNEEUS, JORGE. “La Constitución ante el Congreso”, Imprenta Cervantes, 1890. T. II, pág. 105.

¹⁰⁷ ETCHEBERRY, obra citada, T. III, pág. 279.

Esta opinión doctrinaria permite incluir como objeto en las exacciones ilegales las contribuciones, en sentido técnico moderno, cuando haya un beneficio como los que se derivan de obras públicas o de servicios públicos, que no constituyen al mismo tiempo un reembolso equivalente al tributo. Tal sería el caso de requerimiento de un objeto de valor pecuniario, adquiriendo el sujeto activo, en nombre de la autoridad pública, la obligación de reembolsar su valor, como serían las requisiciones forzosas en situaciones de emergencia, que se someten al régimen de expropiación con la equivalente indemnización¹⁰⁸. Esta posición conduce a concluir que, cuando concorra tal equivalencia de prestaciones, en términos económicos, los hechos serían atípicos.

Sin embargo, a mi entender, dicha opinión se funda en una distinción no contemplada por el tipo penal, y conduce a un vacío de punibilidad, al desestimar la relevancia penal del atentado a la libertad de determinación del sujeto pasivo. Esa libertad, a mi juicio, es un bien jurídico que constituye el principal objeto de tutela del delito. Además, tratándose el sujeto activo de un funcionario público que carece de legitimidad para realizar la exacción, es inválida cualquier contraprestación que contraiga en nombre del Estado, y una eventual convalidación posterior no altera la calidad y efectos de la acción ya consumada.

Dando aplicación a los elementos de juicio precedentes, quedan excluidos del tipo penal de exacciones ilegales del art. 157, inciso 1º, los bienes de contenido extra patrimonial o carentes de valor pecuniario. Lo mismo sucede con los requerimientos efectuados a un título ajeno a lo tributario y que no correspondan al concepto de contribuciones, que no cumplen con el objeto material previsto en el tipo penal. Así sucede, por ejemplo, con las exigencias indebidas de pago o de expropiación en razón de sanciones penales, como el caso de un comiso o de una multa. Estas últimas exigencias son atípicas del delito de exacciones ilegales, aunque eventualmente

¹⁰⁸ En el mismo sentido opina HUNEEUS, obra citada, Tomo II, pág. 361.

puedan configurar otros ilícitos, como alguna hipótesis de prevaricación o de abusos contra particulares, e incluso de expropiaciones ilegales.

3.2. Los servicios personales.

En el tipo penal del art. 157, inciso 1º, el concepto de servicio personal, de acuerdo con el léxico común y relacionado con la acción y efecto de servir, significa estar sujeto a alguien haciendo lo que él quiere o dispone, como prestación humana¹⁰⁹. Para Etcheberry, los servicios personales comprenden las actividades, materiales e inmateriales, de la persona¹¹⁰.

La inclusión de los servicios personales como objeto de la acción constituye una originalidad de la Comisión Redactora del Código Penal, derivada de la expresa prohibición constitucional de exigirse indebidamente servicios personales que contenía la Carta Fundamental de 1833¹¹¹, en fórmula repetida por la Constitución de 1925¹¹². Esta inserción de los servicios personales en el tipo penal en análisis contó con la decidida aprobación de la doctrina constitucional y penal del siglo XIX, fundamentada en la necesidad de erradicar frecuentes conductas abusivas de ciertas autoridades

¹⁰⁹ Diccionario de la Lengua Española, obra citada, “servir”, acepción 2ª.

¹¹⁰ ETCHEBERRY, obra citada, T.III, pág. 279.

¹¹¹ Constitución Política de Chile de 1833: “Art. 140 (149). No puede exigirse ninguna especie de servicio personal o de contribución, sino en virtud de un decreto de autoridad competente, deducido de la lei que autoriza aquella exacción, i manifestándose el decreto al contribuyente en el acto de imponerle el gravamen”.

¹¹² Constitución Política de Chile de 1925: Art. 10 N° 10, inciso 3º: “No puede exigirse ninguna especie de servicio personal, o de contribución, sino en virtud de un decreto de autoridad competente, fundado en la lei que autoriza aquella exacción”.

públicas, especialmente cometidas en los campos y en poblados menores¹¹³. Probablemente estaban vivos los recuerdos de las levadas o reclutamientos forzosos efectuados para nutrir fuerzas sublevadas; de los servicios forzados de guardias (celadores) particulares en circunstancias de necesidad, ante la ausencia o incapacidad de la fuerza pública; y de otras modalidades de exigencia indebida de mano de obra. En nuestra época persisten conductas similares, bajo modalidades más sigilosas, normalmente encubiertas como favores o donaciones espontáneas.

4. El elemento normativo del tipo.

En esta materia, el legislador utilizó una fórmula formal y legalista, recurriendo a las expresiones del texto constitucional vigente en la época de la dictación del Código Penal. La consecuencia fue establecer un elemento normativo del tipo penal, configurado mediante un texto que implica la ausencia de supuestos complementarios y copulativos: un decreto de autoridad competente, deducido de una ley que autoriza la exacción de una contribución o de un servicio personal. El elemento normativo se expresa formalmente como la falta de sustento de la exacción en una ley que la autorice y un decreto de la autoridad competente que la habilite. La conducta será ilícita cuando concurren ambos extremos del tipo.

Se trata de una expresión que perfectamente podría resumirse como la falta de derecho para exigir una contribución o servicio personal, dicho en una palabra, indebidamente. En este sentido, en el texto del art. 157, inciso 1º, el elemento normativo del tipo puede sintetizarse como la carencia de derecho para realizar la acción. Si existe tal derecho, la acción será atípica.

¹¹³ Notable es la descripción que hace VERA, ROBUSTIANO en Código Penal Comentado, Imprenta Cadot, Santiago, 1883, pág. 330; respecto de extendidas prácticas constitutivas de exacciones indebidas que ocurrían en esa época. También se refiere a estas situaciones y en especial a los abusos encubiertos bajo la forma de donativos a la autoridad pública, HUNEEUS, obra citada, T. II, pág. 356 y siguientes, en concordancia con FERNÁNDEZ, obra citada, pág. 292.

Es irrelevante, para efectos de la tipicidad, la existencia o ausencia de una auténtica necesidad pública en que se base eventualmente la exacción ilegal. La necesidad pública no implicará atipicidad, por real y apremiante que sea, sin perjuicio que constituya una causal de justificación o de exculpación, en su caso.

Antes señalamos que el requerimiento ilícito en las exacciones ilegales encierra infracción a los deberes funcionarios y se expresa en el abuso de autoridad, al apartarse el sujeto activo del recto ejercicio del poder público. En las exacciones ilegales del art. 157, inciso 1º, se vulnera el principio y normas acerca del sometimiento de los funcionarios públicos a la Constitución Política y a la ley, según los arts. 6 y 7 de la Carta Fundamental, y los arts. 2º, 3º y 62 Nº 8 de la Ley 18.575. En el caso de los tributos y cargas públicas, el imperio de la Constitución Política y de legalidad de los mismos están regulados básicamente en su art. 19 Nº 20. El recto ejercicio del poder público encuentra sustrato normativo, especialmente, en el estatuto de la probidad funcionaria contenido en el Título III de la Ley 18.575.

Especial interés para la eficacia del tipo penal del art. 157, inciso 1º, presentan las exacciones ilegales encubiertas bajo la apariencia de donativos voluntarios. Es pertinente al efecto citar las reflexiones de Huneeus¹¹⁴ acerca de la ilegitimidad de tales prestaciones, por faltar una ley que las admita, y de la necesidad de regularlas legalmente, de manera de evitar los frecuentes abusos que ocurren al respecto. Aplicando estrictamente el principio de legalidad de los tributos, constituiría exacción ilegal el cobro imperativo de un donativo que se ha prometido voluntariamente y que no se encuentra comprendido en la autorización legal. En este sentido, presenta interés la sentencia dictada en el siglo XIX en el caso de Juan Araus¹¹⁵, en que se estableció que el Estado puede percibir válidamente las contribuciones

¹¹⁴ HUNEEUS, obra citada, T. II, pág. 355.

¹¹⁵ Gaceta de los Tribunales, 1867, año XXIV, Nº 1.324, pág.873.

voluntariamente asumidas por un particular, pero no exigir su pago sin contar con autorización legal expresa para este efecto.

II. El tipo subjetivo.

1. El dolo.

En el delito del art. 157 inc. 1º, la tipicidad subjetiva consiste en el conocimiento del ámbito situacional y además en la voluntad de exigencia indebida, de parte del funcionario público, bajo cualquier pretexto, de una contribución o de un servicio personal.

De la configuración típica se evidencia que este delito contiene una tipicidad subjetiva que solamente permite la fase dolosa y sólo es factible su comisión mediante dolo directo. Así se desprende de la estructura compleja de la conducta ilícita del tipo penal y además, de la fase comunicativa, que comprenden los designios que la motivan y sus finalidades subjetivas, como también su naturaleza necesariamente perentoria o imperativa y eventualmente conminatoria, destinadas a doblegar la voluntad del sujeto pasivo. Son elementos que deben estar presentes a nivel de conocimiento del sujeto activo, y dirigidos por su voluntad.

El error acerca de los elementos de la tipicidad objetiva excluye el dolo, según las reglas generales. El art. 160 establece como una auténtica causal de error, inserta en autoría mediata, que la conducta ilícita haya sido arrancada al sujeto activo por sorpresa, estableciendo la norma el deber de dejarla sin efecto y denunciar al responsable, una vez que haya salido del error.

En razón de lo expresado, no es concebible una exacción ilegal cometida mediante negligencia o culposamente.

2. El elemento subjetivo del tipo.

En el tipo penal del art. 157, inciso 1º, se presenta un particular elemento subjetivo del tipo, que inspira la acción del sujeto activo, consistente en la finalidad o interés públicos de la exacción, definidos por Etcheberry¹¹⁶ como los relativos al tesoro o a la causa públicos. De esta forma, esta figura penal es incompatible con cualquier ánimo lucrativo en la conducta del sujeto activo.

La finalidad pública de la exigencia debe ser percibida por el sujeto pasivo, pudiendo estar en su conocimiento en forma previa a la conducta ilícita, y en todo caso debe comunicársele suficientemente en el contexto del requerimiento. En ocasiones, la finalidad pública puede manifestarse implícitamente y por lo general se presentará junto con el pretexto típico, como elementos integrantes de la acción.

III. Concursos de leyes y de delitos.

1) Las relaciones concursales entre los tipos penales de exacciones ilegales del art. 157, inciso 1º, y los de fraude por engaño.

¹¹⁶ ETCHEBERRY, obra citada, T. III, pág. 279.

Para los efectos de este apartado, se incluye en el tema concursal únicamente las exacciones ilegales de contribuciones y de servicios personales, siempre que éstos tengan valor económico, puesto que en ausencia de tal valor no es posible la existencia de riesgos patrimoniales. La ausencia de peligro para el patrimonio del sujeto pasivo excluye de los posibles concursos los fraudes por engaño¹¹⁷.

Debe excluirse también las conductas engañosas de exacciones ilegales que carezcan de la idoneidad suficiente para cumplir con los requisitos de los delitos de fraude por engaño, quedando absorbidas por el pretexto típico. Tales conductas se sancionarán únicamente de acuerdo con el art. 157, inciso 1º.

En el ámbito de las figuras penales de defraudación contenidas en el párrafo 8, del Título IX, Libro II, CP, sólo son pertinentes a efectos de los concursos, las figuras de estafa por engaño previstas en los arts. 468 (tipo básico), 473 (tipo residual), y 470 N° 4º (fraude haciendo suscribir a otro con engaño un documento), incluyendo en este último la respectiva falta, prevista en el art. 494, N° 19. Las restantes figuras presentan una estructuración incompatible con cualquier concurso con las exacciones ilegales.

El interés público contenido en la conducta ilícita del tipo penal del art. 157, inciso 1º, no excluye la concurrencia con las figuras de estafa antes señaladas, ya que

¹¹⁷ Excluyo la posibilidad de concursos entre fraudes por abuso de confianza, cuya comisión está precedida de entrega lícita del objeto material, con las exacciones ilegales del art. 157, inciso 1º, ya que en éstas se procura la prestación del objeto correspondiente por medios ilegítimos. Estimo lo propio respecto de las figuras penales que sancionan modalidades de apoderamiento material, como el hurto, en que faltan el engaño y la finalidad pública de la conducta ilícita.

éstas no requieren del ánimo de lucro de parte del sujeto activo, según conclusión establecida por la doctrina¹¹⁸.

En un primer caso, si tipifica tanto los supuestos de las exacciones ilegales del art. 157, inciso 1º, como los propios de las estafas por engaño pertinentes, en grado de consumación, aplicando la opinión de Rodríguez y Ossandón¹¹⁹, se presenta un concurso aparente de leyes penales, en que primarían las figuras de estafas por engaño, al absorber éstas el desvalor, de menor gravedad, contenido en los tipos penales de exacciones ilegales. En mi opinión, atendiendo al criterio legal de gravedad previsto en el art. 3º, según las penas establecidas en la escala general del art. 21, es preciso destacar que el ilícito del art. 157, inciso 1º, tiene asignada pena de crimen; y por su parte, las penas asignadas a las estafas corresponden a las de simples delitos, según los arts. 467 y 473. De esta forma, las exacciones ilegales en análisis absorberían por su mayor gravedad a las estafas.

La solución planteada por Rodríguez y Ossandón implica dar primacía sólo al interés patrimonial y desechar por completo la significación del desvalor que significa la lesión al recto funcionamiento de la administración pública, como efecto de la conducta ilícita. De acuerdo a lo previsto por el art. 63, no parece aplicable la circunstancia agravante genérica contenida en el art. 12 N° 8. Por ello, tal conclusión no me parece satisfactoria. Precisamente el atentado a ese interés colectivo, cometido por funcionario público, sujeto activo calificado, es lo que da sentido propio y justificación a la figura penal del art. 157, inciso 1º. Así se desprende del epígrafe del párrafo 4º del Título III; y de la naturaleza de las penas establecidas por este tipo penal, más bien propias de delitos funcionarios que de delitos comunes. Debe también destacarse que la conclusión contraria tampoco satisface, puesto que desecha el disvalor propio del peligro o de la lesión patrimonial del ilícito, según sea el caso.

¹¹⁸ GARRIDO MONTT, MARIO, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo IV, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2000, pág.186. Lo mismo en ETCHEBERRY, obra citada, T.III, pág. 402.

¹¹⁹ RODRÍGUEZ Y OSSANDÓN, obra citada, pág.434.

2) Las relaciones concursales entre el tipo penal de exacciones ilegales del art. 157, inciso 1º, y la figura penal del art. 161.

El artículo 161 sanciona con presidio menor en su grado máximo a quien, para llevar a efecto alguno de los delitos contenidos en el párrafo 4º del Título III, hubiere falsificado o supuesto la firma de un funcionario público; y a quien, maliciosa o fraudulentamente, hubiere usado de la falsificación o suposición de firma antedichas.

Esta figura penal establece un tratamiento especial para una hipótesis de concurso medial que debe resolverse de acuerdo con lo previsto en el art. 75. En este caso, la ley da especial consideración a la gravedad autónoma de las conductas ilícitas de falsedad o suposición de firma de funcionario, realizadas para llevar a efecto la acción de exacciones ilegales del art. 157. Es sabido que lo normal es que las falsedades documentales tienen por finalidad el engaño a terceros, siendo de mayor gravedad cuando se practican en instrumentos públicos. La significativa gravedad de estos ilícitos deriva particularmente del atentado a la fe pública que implican esas conductas ilícitas. Lo mismo sucede con el fingimiento de firma de funcionario público, y también con el uso malicioso o fraudulento de la falsificación o suposición. Además, tales conductas introducen medios engañosos, que son especialmente lesivos para la libertad de determinación del sujeto pasivo, debido a la presunción de verdad que contienen los documentos públicos.

3) Las relaciones concursales entre el tipo penal de exacciones ilegales del art. 157, inciso 1º, y otras figuras penales que tipifican o a las que se asocia diferentes hipótesis de amenazas.

3.1. Las relaciones concursales con los delitos de amenazas de los arts. 296 y 297.

Las relaciones concursales entre el tipo penal del art. 157, inciso 1º, y los delitos de amenazas de los arts. 296 y 297, tienen especial relevancia cuando se presentan entre las amenazas condicionales y las conminaciones que normalmente pueden concurrir en conductas ilícitas concretas de exacciones ilegales. En estas hipótesis concursales, sólo procede incluir las denominadas amenazas simples, en cuanto guarden conexión con el requerimiento indebido en las exacciones, cuestión que merece especial atención en cada caso concreto. Especialmente, si las amenazas simples tienen por finalidad doblegar psicológicamente al sujeto pasivo, para obtener el objeto requerido, entran en conexión con el tipo penal del art. 157, inciso 1º.

Se presentará un concurso siempre que las amenazas cumplan en cada caso, sea por su naturaleza o entidad, con los requisitos de los tipos penales de los arts. 296 y 297. De lo contrario, quedarán absorbidas por el desvalor propio de las exacciones ilegales.

Aplicando la opinión de Bustos¹²⁰, estimo que en este caso se presenta un concurso ideal de delitos, a resolverse conforme al art. 75, ya que existe “autonomía de bienes jurídicos afectados y, también por ello mismo, de normas infringidas” y especialmente en razón de la diferencia que se presenta respecto del bien jurídico protegido¹²¹. Efectivamente, la figura penal del art. 157, inciso 1º, presenta un especial interés colectivo de protección, consistente en el correcto funcionamiento de la

¹²⁰ BUSTOS, JUAN, Manual de derecho Penal, Parte General, Edit. PPU, Barcelona, 1994, pág. 577

¹²¹ BUSTOS, JUAN, en informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia a la Cámara de Diputados, durante la tramitación de la ley N° 19.645, que modificó las figuras penales de exacciones ilegales, en Historia de la Ley N° 19.645, Biblioteca del Congreso Nacional, pág. 240.

administración pública, objeto de tutela que no necesariamente concurre en los delitos de amenazas.

Las consideraciones precedentes son aplicables tanto a la exacción ilegal de contribuciones como a la relativa a servicios personales.

3.2. Relaciones concursales entre el tipo penal de exacciones ilegales del art. 157, inciso 1º, y la figura penal del art. 161-B

La figura penal del art. 161-B sanciona a quien pretenda obtener la entrega de dinero o bienes o la realización de cualquier conducta que no sea jurídicamente obligatoria, mediante cualquiera de los actos señalados en el artículo 161-A¹²². Este tipo penal entra en conexión con las exacciones ilegales del art. 157, inciso 1º, tanto en la hipótesis de contribuciones como en la de servicios personales.

A su vez, la figura penal del art. 161-B guarda relación de concurso de leyes con las amenazas condicionales del art. 296 N° 1 o N° 2, según el caso, siempre que la conducta concreta cumpla con los requisitos de este delito. Este concurso, conforme al principio de especialidad, debe resolverse haciendo primar la figura del art. 161-B, tanto por el objeto requerido, particularmente el dinero, como del mal anunciado, esto

¹²² El art. 161-A sanciona al que indebidamente, en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público, sin autorización del afectado y por cualquier medio, capte, intercepte, grabe o reproduzca conversaciones o comunicaciones de carácter privado; sustraiga, fotografíe, fotocopie o reproduzca documentos o instrumentos de carácter privado; o capte, grabe, filme o fotografíe imágenes o hechos de carácter privado que se produzcan, realicen, ocurran o existan en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público; y a quien difunda las conversaciones, comunicaciones, documentos, instrumentos, imágenes y hechos antes enumerados.

es, la revelación de hechos de carácter privado obtenidos ilícitamente, según el art. 161-A.

En cambio, la conexión entre las exacciones ilegales del art. 157, inciso 1º, y la figura del art. 161-B, al igual que otros casos de amenazas, implica un concurso ideal de delitos, en razón de la diferencia entre los bienes jurídicos protegidos por esos tipos penales.

3.3. Relaciones concursales entre el tipo penal de exacciones ilegales del art. 157, inciso 1º, cuando la conducta ilícita se comete con violencia o intimidación, y el delito falta de coacciones del art. 494 N° 16.

Según lo destaca Etcheberry¹²³, debe tenerse en consideración que la violencia o la intimidación no son elementos del tipo de exacciones ilegales del art. 157.

En el evento que la conducta ilícita de exacción ilegal del art. 157, inciso 1º, se cometa con violencia, se presentarán relaciones concursales con el delito falta de coacciones del art. 494 N° 16. En este caso existe un concurso ideal de delitos, por existir diferencias relativas entre los bienes jurídicos tutelados por esos tipos penales, y debe aplicarse la solución del art. 75, en este caso, la sanción mayor asignada a las exacciones ilegales.

En cambio, si las exacciones ilegales se cometen mediante intimidación, no se presenta tal concurso, puesto que el tipo penal de coacciones no la contempla como

¹²³ ETCHEBERRY, obra citada, T. III, pág. 279.

medio comisivo, según la opinión de Etcheberry¹²⁴. En este caso, la intimidación en las exacciones ilegales del art. 157, inciso 1º, simplemente carece de significación penal.

Las consideraciones precedentes permiten evidenciar, una vez más y en los eventos citados, la falta de una real protección penal de los bienes jurídicos amagados por la violencia o la intimidación, esto es, la vida humana, la integridad física o la salud del ser humano, la libertad de determinación, la seguridad o la tranquilidad personal, en su caso¹²⁵.

En el ámbito de las exacciones ilegales del art. 157, inciso 1º, la incoherencia del tratamiento legal respecto de la referida protección penal se advierte en la siguiente comparación:

- i. La comisión de la conducta de exacción ilegal del art. 157, inciso 1º, mediante violencia, es punible con sanciones de inhabilitación de cargos públicos y multa. No se contempla ninguna sanción proporcional a la gravedad propia de la violencia.
- ii. Si la exacción ilegal citada se comete mediante intimidación, siendo una conminación de lesividad mayor, sólo se aplica la pena del art. 157, inciso 1º, y la intimidación resulta impune.
- iii. Si la exacción ilegal es cometida mediante conductas que tipifiquen alguno de los delitos de amenazas, pese a que se trata de conminaciones de menor lesividad respecto de la intimidación, la ley

¹²⁴ ETCHEBERRY, obra citada, T.III, pág. 246, dejando de manifiesto el error del legislador.

¹²⁵ Acerca de la mínima relevancia que nuestro legislador asignó a estos medios comisivos de particular gravedad, especialmente al relegar las coacciones violentas a la entidad de faltas, ver por todos a ETCHEBERRY, obra citada, T. III, pág. 245; también, a BASCUÑÁN, obra citada, pág. 82.

asigna pena corporal que puede llegar a presidio menor en su grado máximo, en concurso ideal.

Los tipos penales de robo y de robo extorsivo, en cuanto delitos de apropiación y requirentes de ánimo de lucro en el sujeto activo, son incompatibles con el interés público que es elemento esencial en el tipo de exacción ilegal del art. 157, inciso 1º. Lo propio sucede con el delito de usurpación violenta del art. 457 y siguientes, por tratarse de figuras penales que requieren de ánimo señor y dueño o de apropiación del objeto material de la acción¹²⁶.

3.4. Relaciones concursales entre el tipo penal de exacciones ilegales del art. 157, inciso 1º, y las figuras penales de comisión indebida de vejación o de aplicación de apremios ilegítimos, de los arts. 255 y 150-A.

Situado entre los tipos de abusos contra particulares del párrafo 12 del Título V, la figura penal del art. 255 sanciona al empleado público que, desempeñando un acto del servicio, cometiere cualquier vejación injusta contra las personas o usare de apremios ilegítimos o innecesarios para el desempeño del servicio respectivo. En el léxico común, vejar significa maltratar, molestar, perseguir a alguien, perjudicarlo o hacerle padecer¹²⁷. Apremiar significa, en este caso, compeler u obligar a alguien con mandamiento de autoridad a que haga algo¹²⁸. De acuerdo con Etcheberry¹²⁹, la conducta de apremiar es una especie de vejamen. Bajo estos supuestos, la exigencia ilícita en el tipo penal del art. 157, inciso 1º, es una forma de apremio y por tanto, coincide con la conducta ilícita de abuso contra particulares, prevista en el art. 255.

¹²⁶ GARRIDO, obra citada, T. IV, pág. 274; ETCHEBERRY, obra citada, T. III, pág. 369.

¹²⁷ Diccionario de la Lengua Española, obra citada.

¹²⁸ Diccionario de la Lengua Española, obra citada, acepción 3ª.

¹²⁹ ETCHEBERRY, obra citada, T.IV, pág. 233.

En este caso se presenta un concurso aparente de leyes penales que, conforme al principio de especialidad, debe resolverse dando primacía al tipo de exacciones ilegales, en razón de la conducta típica de exigir y del objeto material del requerimiento, ambos específicos, frente a la calidad genérica que en estos aspectos presenta el art. 255. Además, de acuerdo con al principio de consunción, tiene primacía el tipo del art. 157, inciso 1º, por establecer una sanción mayor a la del art. 255.

Situación diferente se produce si los apremios configuran el tipo penal del art. 150-A, que tiene como interés tutelado la vida e integridad física y síquica del sujeto pasivo; y además, el delito del art. 255, como formas de presión, en el contexto de la conducta ilícita de exacciones ilegales del art. 157, inciso 1º. En este caso se presenta un concurso ideal de delitos, en razón de la diferencia relativa de bienes jurídicos protegidos, y debe aplicarse la pena mayor correspondiente a la hipótesis del art. 150-A que corresponda al caso concreto, siendo éste, en todo caso, el delito de mayor gravedad.

3.5. Relaciones concursales entre el tipo penal de exacciones ilegales del art. 157, inciso 1º, y las figuras penales de denegación de servicio público, del art. 256, de negativa de dar certificado o testimonio, o de impedimento de presentación o curso de una solicitud, del art. 257.

El art. 256 sanciona a todo empleado público del orden administrativo que maliciosamente retardare o negare a los particulares la protección o servicio que deba dispensarles en conformidad a las leyes y reglamentos. Si esta denegación de servicio tiene la función de presionar moralmente al sujeto pasivo, en el contexto de la

conducta ilícita de exacciones ilegales del art. 157, inciso 1º, se presenta un concurso medial, que debe ser resuelto de acuerdo con lo previsto en el art. 75, aplicando la pena mayor asignada al delito más grave, en este caso el de exacciones ilegales del art. 157, inciso 1º.

Igual solución procede en el caso de concurso entre el delito de exacciones ilegales y la figura del art. 257, que tipifica la negativa arbitraria de dar certificado o testimonio, o de impedir la presentación o el curso de una solicitud. La figura penal del art. 257, como lo señala Etcheberry¹³⁰, contiene una forma especial de denegación de servicio prevista en el art. 256, y conforme al principio de especialidad, aquella prima sobre ésta.

3.6. Las relaciones concursales entre el tipo del art. 157, inciso 1º, y los demás tipos penales previstos en el párrafo 4º del Título III.

Como criterio general, cuando las conductas ilícitas de tipos penales previstos en el párrafo 4º del Título III se realicen como formas de presionar al sujeto pasivo, en el contexto de exacciones ilegales, se producirá un concurso ideal de delitos, en razón de la diferencia relativa de los bienes jurídicos protegidos, debiendo aplicarse la fórmula legal del art. 75, esto es, la sanción mayor asignada al delito más grave, en este caso, el correspondiente a la figura legal del párrafo 4º citado que corresponda.

Particular mención merecen los tipos penales de detención ilegal y de sustracción de menor, cometidas por funcionario público. Las respectivas conductas ilícitas pueden configurar el delito especial o figura calificada previstos en el art. 148, siempre que se cometa en el contexto de los objetivos propios de una detención

¹³⁰ ETCHEBERRY, obra citada, T.IV, pág.234.

institucionalizada. De lo contrario, tales conductas configurarían, según la edad del sujeto pasivo, alguno de los tipos penales comunes del art. 141 o del art. 142.

En cualquiera de las hipótesis precedentes, si la detención o sustracción se comete en el contexto comisivo de la exacción ilícita, se presenta un concurso ideal, en razón de la diferencia de bienes jurídicos, debiendo aplicarse el art. 75. En cambio, si la detención ilegal se comete una vez consumada la exacción ilegal y después que el sujeto pasivo ha rehusado cumplir con el requerimiento, se presenta un concurso material de delitos, a resolverse según el art. 74. Así fue decidido por una sentencia del siglo XIX¹³¹.

La misma solución precedente es aplicable a las relaciones concursales entre el tipo del art. 157, inciso 1º, y las siguientes figuras penales:

a) El tipo penal del art. 158 Nº 5, que tipifica la privación ilegal de propiedad de descubrimiento o de producción; cometida en el contexto de exacciones ilegales.

b) El tipo del art. 158 Nº 6, que tipifica la expropiación o perturbación posesoria ilegal; ejecutadas en el ámbito situacional de la conducta ilícita del art. 157, inciso 1º.

c) El tipo penal especial de expropiación ilegal previsto en el art. 329 del Código de Justicia Militar, en la hipótesis que sanciona a todo individuo al servicio del Ejército, sea militar o no, que abusivamente ordenare o practicare requisiciones. La expresión requisición, en lo pertinente a esta figura penal, significa la expropiación inmediata y sin el procedimiento regular, de cosas necesarias para el servicio militar, cometida normalmente en tiempo de guerra.

¹³¹ Proceso contra Juan José Gaete, sentencia de primera instancia de 22 de octubre de 1878, dictada por el Juez de Cauquenes, confirmada por sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, de 8 de enero de 1879, publicadas en la Gaceta de los Tribunales, año 1879, Nº 67, pág. 54.

Diferente es la situación de la comisión de las conductas ilícitas de los tipos penales de los arts. 158, Nos. 5 y 6, en cuanto a medios de ejecución, es decir, de cobros forzados de los objetos materiales correspondientes a exacciones ilegales previamente consumadas. En este caso, en ausencia de conexión espacio temporal, sólo se presenta un concurso material, debiendo ser resuelto de acuerdo con el art. 74.

4) Las relaciones concursales entre el tipo del art. 157, inciso 1º, y las figuras penales de prevaricación del párrafo 4º, Título V, Libro II del Código Penal.

Los tipos penales de prevaricación que pueden entrar en concurso con las exacciones ilegales del art. 157, inciso 1º, son aquellos de comisión dolosa que configuren un requerimiento indebido, de carácter imperativo y conminatorio, de una contribución o servicio personal, en interés público. Lo normal es que la conducta se realice a través de la dictación de una resolución judicial o administrativa que revista tales características. De esta forma, son pertinentes a estos efectos, los tipos penales de prevaricación judicial de los arts. 223 N° 1 y 227, números 1º y 3º; y la figura de prevaricación en el orden administrativo, del art. 228, inciso 1º. Entre estas figuras penales de prevaricación y las exacciones ilegales del art. 157, inciso 1º, se produce un concurso aparente de leyes penales, que debe resolverse de acuerdo con el principio de especialidad dando primacía al tipo de prevaricación que sea pertinente al caso, en razón de los sujetos activos calificados y la comisión mediante resoluciones judiciales o administrativas, en su caso.

5) Las relaciones concursales entre el tipo del art. 157, inciso 1º, y la figura penal de seducción o usurpación indebida de tropas del art. 124.

De las diferentes hipótesis previstas en el art. 124, presentan interés las conductas ilícitas de seducción de tropas o de usurpación del mando de ellas, con el propósito de ejecutar los tipos penales de rebelión previstos en el artículo 121, que atentan contra la seguridad interior del Estado. Es frecuente, en estos casos, que los autores exijan ilegalmente a los integrantes de la tropa que se pongan al servicio de la rebelión, bajo la imposición del mando y mediante pretexto de legitimidad en el caso de seducción de tropas; a los que se agrega normalmente la modalidad de amenazas en la hipótesis de usurpación de fuerzas militares. En cuanto a la exacción ilegal de servicios personales, que protege la libertad de determinación y eventualmente la de traslación del sujeto pasivo, se presenta un concurso entre la figura del art. 124 con el tipo penal del art. 157, inciso 1º. Esta situación configura un concurso ideal de delitos, en razón de la diferencia de bienes jurídicos tutelados entre ambas figuras penales, el que debe resolverse conforme a lo previsto en el art. 75 del Código Penal.

SECCIÓN SEGUNDA

Las exacciones ilegales en interés público cometidas por particulares, del art. 147 del Código Penal.

“Art. 147. El que bajo cualquier pretexto, impusiere a otros contribuciones o les exigiere, sin título para ello, servicios personales, incurrirá en las penas de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales”.

Explicaciones preliminares.

- i. Historia y crítica del precepto penal.

Este tipo penal constituye una originalidad del Código Penal chileno. Su redacción fue encomendada por la Comisión Redactora del Código Penal al comisionado Manuel Rengifo, y fue aprobada en las sesiones 32 y 146 de dicha Comisión. Es de interés señalar que, bajo la vigencia de la Constitución Política de 1833, la doctrina estimaba que el Congreso Nacional podía válidamente facultar a particulares para imponer impuestos, mediante autorización expresa¹³². La

¹³² La prohibición constitucional de imponer contribuciones, sin la especial autorización del Congreso, estaba dirigida a toda autoridad del Estado y a todo particular, según el art. 139 (148) de la Constitución Política de Chile de 1833. Se concluía entonces que, con la especial autorización del Congreso, un particular quedaba facultado para ello (HUNEEUS, obra citada,

Constitución de 1980 no contempla tal posibilidad en la fijación de los tributos, puesto que es materia de ley, de acuerdo con su art. 19 N° 20.

Este tipo penal ha merecido diversas críticas de parte de la doctrina. Por una parte, Fernández sostuvo que “apenas si se concibe tenga aplicación”¹³³; y por otra, Bascuñán estima que esta figura corresponde a un error conceptual del legislador, ya que “el concepto de exacción ilegal carece de sentido aplicado a la coacción patrimonial cometida fuera del ámbito de la función pública”¹³⁴.

Al respecto cabe señalar que, si bien los particulares están impedidos legalmente de establecer tributos, existen muchísimos ámbitos y situaciones que contempla nuestro ordenamiento jurídico, de intervención del ámbito privado en la recaudación de tributos en interés público. Esta intervención es muy activa en los impuestos de retención, involucrando áreas importantes de la economía, especialmente en el sistema de recaudación del Impuesto al Valor Agregado¹³⁵ y del impuesto a la renta de vastos segmentos de trabajadores dependientes. En el ámbito de las concesiones públicas hay prácticas cada vez más generalizadas de entregar a particulares el cobro y percepción de tributos. Ejemplo de esto es la extendida situación que se observa en las ciudades de todo el país, consistente en otorgar

T. II, pág. 350). La Constitución Política de Chile de 1925 (art. 10 N° 9), estableció un texto similar. No hay registro de haberse hecho uso de tal autorización durante la vigencia de ambas cartas fundamentales.

133 FERNÁNDEZ, PEDRO JAVIER, “Código Penal de la República de Chile”, Imprenta Barcelona, Santiago, 1899, pág. 280

¹³⁴ BASCUÑÁN, obra citada, pág.80.

¹³⁵ De los numerosos casos que contempla la normativa tributaria, aplicables a vastos sectores de la economía, compuestos por vendedores o compradores de bienes de cuantías reducidas, de productores primarios y contribuyentes de difícil fiscalización, cabe citar los siguientes ejemplos: a) agricultores, artesanos, pescadores artesanales, que sean personas naturales y no emitan facturas propias de venta, productos primarios de minería, productos silvestres, especies hidrobiológicas, madera, ganado vivo; b) las empresas periodistas, editoras e importadoras, que venden sus productos al consumidor final por medio de agentes distribuidores o suplementeros; c) las ventas de gas licuado de petróleo, chatarra, papel y cartón para reciclar. Son ejemplos que comprenden diferentes y significativos ámbitos sociales.

concesiones municipales a particulares para recaudar derechos con motivo de la ocupación vehicular de vías y espacios que tienen la calidad de bienes nacionales de uso público.

En conclusión, consideramos que existen casos de relativa extensión social, de intervención de particulares que conservan la calidad de tales, en el requerimiento, retención y percepción de tributos, y sabido es que los destinatarios de las exigencias arriesgan sanciones si no las satisfacen.

En estos casos, es factible la comisión, por particulares, de conductas ilícitas de exacciones ilegales en interés público, del art. 147.

ii. El bien jurídico protegido.

El interés tutelado por este tipo penal es fundamentalmente la libertad de determinación del sujeto pasivo, que resulta lesionada por la conducta ilícita. Así lo indica la ubicación sistemática del art. 147, entre los crímenes y simples delitos contra la libertad y seguridad, cometidos por particulares, en el párrafo 3 del Título III, Libro II. Además, según lo expresado en los capítulos precedentes, en la exacción ilegal de contribuciones se pone en peligro el patrimonio del sujeto pasivo. Así también sucede con la exacción de servicios personales, siempre que éstos tengan significación patrimonial, sin perjuicio de lesionar o poner en peligro, eventualmente, otros intereses, según las circunstancias de cada caso concreto.

En cuanto al eventual interés colectivo afectado por el ilícito, no puede en este caso estar configurado por el recto funcionamiento de la administración pública, puesto

que la conducta ilícita del particular no lo lesiona ni pone en peligro. La conducta ilícita del art. 147 sólo podría afectar, como bien colectivo, el prestigio de la administración pública, esto es, su renombre, estimación pública y buen crédito. Así ocurre en materia tributaria, especialmente si el particular es de aquellos obligados legalmente a cobrar o retener tributos para el Fisco. En materia de exacción ilegal de servicios personales realizada por particulares, actuando en interés público, también se afecta el prestigio de la administración pública en el cumplimiento de sus funciones propias.

I. Las características especiales del tipo objetivo del delito previsto en el art. 147 del Código Penal.

1. Los sujetos.

1.1. El sujeto activo.

El sujeto activo puede ser cualquier persona que carezca de la calidad de funcionario público. Se incluye el particular que finge tener la calidad de funcionario público y la facultad para imponer contribuciones o exigir servicios personales, o el que simula representar a una autoridad que le ha delegado tal facultad. Así lo admite la amplitud del elemento del tipo consistente en el uso de cualquier pretexto en la realización de la conducta típica.

Diferente es el caso del funcionario público que simula una potestad de cobro tributario de la cual carece, puesto que en todo caso será sujeto activo del tipo del art. 157, que incluye como sujeto activo a “todo empleado público”, esto es, comprende a cualquier funcionario de esa calidad.

1.2. El sujeto pasivo.

En cuanto al sujeto pasivo, destinatario de la exigencia, también puede ser cualquiera, siempre que esté dotado de capacidad de libertad natural de determinación. Según lo expuesto, puede serlo la propia administración pública.

2. Particularidades de la conducta ilícita en el tipo penal del art. 147 del Código Penal.

El tipo penal del art. 147 presenta algunas particularidades en la acción de las exacciones ilegales, respecto de lo analizado en la primera parte de este trabajo y en la sección anterior de esta segunda parte.

2.1. La naturaleza imperativa de la conducta ilícita.

Es sabido que, en general, los particulares no están dotados de la facultad de imponer tributos o servicios personales. Además, lo normal es que la propia administración pública diseñe la normativa bajo la cual se calcula y determina la tributación, así como se regula normativamente las cargas personales públicas. Sin embargo, la propia ley tributaria asigna a particulares la verificación de la base imponible, el cálculo, la retención o la percepción de muchos de los tributos. Según se indicó, esto origina un ámbito en que los sujetos cobradores, receptores o retenedores

de impuestos, pueden incurrir en conductas de exacciones ilegales, en interés público. En estos casos, la imperatividad del requerimiento ilícito, esto es, la aparente obligación de satisfacerlo, puede fundarse en la autoridad que tiene el particular en cuanto al control en la determinación de bases imponibles, la verificación de determinados requisitos y la información sustentatoria, e incluso el cálculo de las cuantías de tributos y emisión de giros tributarios.

Sin embargo, en las exacciones ilegales cometidas por particulares, no existe en forma directa ninguno de los elementos inherentes a la función pública que concurren en aquellas cometidas por funcionarios públicos. Esto implica que la conducta ilícita se configura sobre la base de medios o situaciones adicionales a la mera exigencia, que permitan dotarla de suficiente imperatividad. Para tal efecto, el requerimiento se relaciona con una posición de preeminencia del sujeto activo, o al menos ascendiente bastante para dar idoneidad a la conducta ilícita. En la práctica, esta situación puede darse tanto en periodos de normalidad como en el contexto de catástrofes públicas y en estados de anormalidad institucional.

Asimismo, es concebible que la conducta típica del art. 147, pueda configurar la perentoriedad propia de la exigencia ilícita, a base de una relación preexistente, como el ascendiente que puede tener el sujeto activo sobre el sujeto pasivo, o de otras vinculaciones idóneas que permitan utilizar una posición fáctica de autoridad o poderío, para dar idoneidad y verosimilitud a dicha conducta.

Sin embargo, lo normal será que el sujeto activo supla la autoridad que como particular no posee, mediante conminación o engaño, según se expone a continuación.

2.2. La conminación en la conducta ilícita.

Se ha señalado en este trabajo que el art. 147 no establece la conminación como elemento del tipo, y que en esta figura legal ese medio comisivo no es esencial sino eventual. Sin embargo, lo normal es que la conducta ilícita esté revestida de conminaciones. Estimo que lo usual es que se trate de amenazas explícitas, resultando difícil concebir que emanen implícitamente de la posición de preeminencia que normalmente pueda tener o lograr un particular, en este contexto.

Las conductas conminatorias pueden configurar tipos penales diferentes a las exacciones ilegales, incluso delitos de amenazas; así como también pueden tipificar violencia o intimidación, que son medios comisivos considerados en otras figuras penales. En la parte final de esta sección se trata acerca de los concursos que pueden derivar de tales conductas conminatorias.

2.3. La naturaleza engañosa de la conducta ilícita.

La particularidad más relevante se conforma a partir del elemento del tipo del art. 147, consistente en el uso de un pretexto (“cualquier pretexto”) en la comisión de la conducta ilícita. En esta figura legal, el pretexto consiste en un motivo o causa simulada o aparente¹³⁶, en que se funda el requerimiento ilegal. Se entiende necesariamente comprendida en el pretexto la simulación de legitimidad de la exacción, siempre asociada a la finalidad pública. En doctrina, Carrara distingue entre la simulación de autoridad, que se presenta cuando los particulares fingen la calidad

¹³⁶ Diccionario de la Lengua Española, obra citada.

de funcionarios públicos, y la simulación de una orden de autoridad en la actuación del sujeto activo¹³⁷.

La simulación de facultad del sujeto activo para efectuar la exigencia, esto es, para requerir la contribución o servicio en interés público, es un requisito indispensable para desvirtuar la presunción de incompetencia de los particulares para cobrar y menos todavía, de imponer tributos o servicios personales con finalidad pública.

Según se explicó en la sección precedente, de acuerdo con el principio de lesividad penal, el pretexto debe ser idóneo y verosímil para configurar la exigencia típica. De esta forma, pese a la fórmula legal, no “cualquier pretexto” es típico de este delito.

La conclusión es que la exacción ilegal del art. 147 presenta una modalidad esencialmente engañosa, y normalmente la conducta ilícita será defraudatoria.

2.4. La comunicación del requerimiento ilícito.

En las relaciones entre los sujetos, la conducta ilícita queda completa cuando el sujeto pasivo adquiere conocimiento del requerimiento ilegal y comprende su significado. Éste contiene, en especial, la finalidad pública y el pretexto utilizados por el sujeto activo. La figura penal en análisis, al igual que en los demás tipos de exacciones ilegales, no requiere que el sujeto pasivo crea en la aparente legitimidad de la conducta ni en la realidad del pretexto empleado en su comisión.

¹³⁷ CARRARA, obra citada, Tomo VII, pág. 132.

3. Los objetos materiales de la acción.

El tipo penal del art. 147 contempla dos alternativas diferentes de objeto material de las exacciones ilegales: las contribuciones y los servicios personales. En ambos conceptos subyace la finalidad pública. En esta materia, no se dan particularidades respecto del análisis y conclusiones formuladas en la sección precedente.

4. El elemento normativo del tipo.

El elemento normativo del tipo del art. 147 se expresa como la carencia de “título”, esto es, la ausencia de derecho para realizar la acción, tanto en lo referido a la legitimidad de la exigencia como respecto de la competencia o facultad del sujeto activo; pudiendo concurrir además la falta de motivo o razón reales que la inspiren, cuando sean requisitos de validez del requerimiento.

II. El tipo subjetivo.

1. Al igual que en la sección precedente, la figura penal del art. 147 sólo admite que su comisión se realice con dolo directo, al menos en cuanto a la formulación de la exigencia, debido a la estructura compleja y engañosa de la conducta ilícita. No obstante lo anterior, considero que es admisible parcialmente el dolo eventual, en cuanto al elemento normativo del tipo y al pretexto empleado para realizarla, siempre que éste sea ajeno a la acción.

2. Idéntica remisión a la sección precedente debe hacerse respecto del elemento subjetivo del tipo, consistente en el interés público que debe motivar la conducta del sujeto activo. Atendido que por regla general el interés público no puede presumirse en las conductas de particulares, lo normal será que se elemento del tipo se presente en el contexto de la exigencia y del pretexto utilizado en la exacción ilegal. El ánimo de lucro particular o personal en el sujeto activo desplaza el interés público y por tanto, la calificación de la conducta ilícita a otros tipos penales, especialmente a la estafa por engaño, si concurren los requisitos legales.

III. Concursos de leyes y de delitos.

Los concursos más relevantes se producen entre el tipo penal de exacciones ilegales del art. 147 y los de fraude por engaño. Según lo expuesto en la sección precedente, únicamente son pertinentes a estos efectos, entre los tipos penales contenidos en el párrafo 8, del Título IX, Libro II, CP, las estafas por engaño previstas en los arts. 468, 473 y 470 N° 4º, a los que debe agregarse la falta del art. 494, N° 19.

En este grupo de concursos, quedan excluidas las exacciones ilegales de servicios personales que carezcan de valor pecuniario, situación que impide la configuración del perjuicio patrimonial propio de los fraudes.

A su vez, el interés público contenido en la exacción ilegal es plenamente compatible con las estafas por engaño, puesto que éstas no requieren de ánimo de lucro en la conducta ilícita.

Las relaciones concursales entre el tipo penal del art. 147 y los de estafa por engaño referidos, pueden ser resueltos de distintas formas, dependiendo de la inclusión en aquella figura penal de algún interés de carácter colectivo en su objeto de tutela, como el prestigio de la administración pública u otro. En caso positivo, debe apreciarse un concurso ideal entre la exacción ilegal del art. 147 y las estafas por engaño, debido a la relativa diferencia de objetos jurídicos de protección, que debe resolverse conforme al art. 75. Por el contrario, de rechazarse la posición anterior, se presenta un concurso aparente de leyes penales, que debe resolverse a favor de las exacciones ilegales en análisis, las que absorben el desvalor de la estafa que corresponda al caso concreto.

Conclusiones similares a las anotadas en el párrafo precedente merecen las vinculaciones concursales entre el tipo penal del art. 147 y otras figuras legales que contienen en su tipificación alguna hipótesis de amenaza. Éstas corresponden especialmente a los delitos de amenazas de los arts. 296 y 297, la figura penal del art. 161-B y el tipo penal de coacciones del art. 494 N° 16. Dependiendo de la posición que se tenga acerca de la presencia de algún objeto jurídico de protección de naturaleza colectiva, en el delito del art. 147, la solución consistirá en identificar un concurso ideal de delitos o un concurso de leyes.

Asimismo, la conducta ilícita del art. 147 puede cometerse junto con una detención ilegal o la sustracción de menores, ya sea para lograr la prestación del servicio personal o como forma de conminación, en el contexto de la exigencia ilícita. En esos casos, se produce un concurso ideal de delitos entre el tipo penal del art. 147 y la figura penal que corresponda entre aquellas previstas en el art. 141 o en el art. 142, que debe ser resuelto conforme al art. 75.

La solución precedente es también aplicable al concurso entre la exacción ilegal de servicios personales del art. 147 y la figura penal de seducción de tropas o de usurpación indebida del mando de ellas, art. 124, cuando los servicios personales de éstas son exigidos perentoriamente para ejecutar los actos típicos de rebelión del art. 121. Este caso configura un concurso ideal, debido a la diferencia de bienes jurídicos tutelados entre ambas figuras penales, que se resuelve conforme a lo previsto en el art. 75.

TERCERA PARTE

LAS EXACCIONES ILEGALES EN INTERÉS PARTICULAR COMETIDAS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS

SECCIÓN PRIMERA

Las exacciones ilegales con ánimo de lucro cometidas por funcionarios públicos, del art. 157, inciso 2º del Código Penal.

“Art. 157. Todo empleado público que sin un decreto de autoridad competente, deducido de la ley que autoriza la exacción de una contribución o de un servicio personal, los exigiere bajo cualquier pretexto, será penado con inhabilitación absoluta temporal para cargos y oficios públicos en cualesquiera de sus grados y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.

Si la exacción de la contribución o servicio personal se hiciere con ánimo de lucro, el empleado culpable será sancionado conforme a lo dispuesto en los párrafos 2 u 8 del Título IX, según corresponda”.

Explicaciones preliminares.

- i. Historia y crítica a la norma penal.

Es relevante iniciar este capítulo con algunas notas históricas acerca de la génesis del texto de este tipo penal. El Código Penal Español de 1848-1850 contenía

en su art. 327 un tipo penal que sancionaba al empleado público que cometiere en provecho propio las exacciones ilegales en interés público previstas en el art. 326 de ese código. A este delito se le sancionaba con arreglo a lo dispuesto en el art 318, que tipificaba y penaba las malversaciones de caudales públicos. El Código Penal español de 1870 no conservó la antigua figura penal del art. 327 y en su lugar, su nuevo art. 226 sólo tipificó la omisión de ingreso, en las cajas del tesoro, del importe cobrado como efecto de las exacciones ilegales cometidas en interés público. El art. 226 citado sancionaba al funcionario responsable como estafador, con el grado máximo de la pena que como tal le correspondiere.

El Código Penal chileno original estableció el siguiente texto del art. 157, inciso 2º: “Si la exacción de la contribución o servicio personal se hiciere con ánimo de lucrarse, el empleado culpable será considerado y penado como reo de estafa”. La disposición rigió, con una modificación menor¹³⁸, hasta que la Ley 19.645¹³⁹ introdujo el texto actualmente vigente.

La interpretación del texto original del art. 157, inciso 2º, durante su vigencia, dio lugar a distintas opiniones doctrinarias. Para Vera, este tipo penal fue “estimado de estafa”¹⁴⁰, implicando que no era una auténtica estafa, por su naturaleza misma.

En diferente sentido, Fuensalida hizo varias consideraciones, que pueden ser resumidas de la siguiente forma: (i) la figura penal del art. 157, inciso 2º, comprendía casos que no tenían ninguna relación con la estafas; (ii) la conducta ilícita de exacciones se comete frecuentemente con fuerza o intimidación, asemejándose más

¹³⁸ Para efectos de una adaptación terminológica, se sustituyó la voz “reo” por “procesado” (Decreto con Fuerza de Ley N° 3 del Ministerio de Justicia, publicado en el Diario Oficial de 3 de septiembre de 1992).

¹³⁹ Publicada en el Diario Oficial de 11 de diciembre de 1999.

¹⁴⁰ VERA, ROBUSTIANO, obra citada, pág. 344.

al robo que a la estafa; (iii) los casos en que la prestación ilícita se obtiene sin resistencias ni observaciones de las víctimas podrían caer en el art. 473, sólo forzando el sentido de las palabras; (iv) en conclusión, habría sido más conveniente que se establecieran penas determinadas en la figura del art. 157, inciso 2^o¹⁴¹.

En opinión de Fernández, entre las estafas no hay disposición que contemple el caso previsto en el art. 157, inciso 2^o, salvo el art. 473, que sería aplicable sólo porque la ley califica ese caso como estafa. Agrega este autor que el funcionario que actúa con ánimo de lucro “no usa de engaño, sino que simplemente abusa de su autoridad”¹⁴².

Por su parte, Labatut sostiene que la calificación de estafa del delito es un error, puesto que la exacción ilegal puede perpetrarse con violencia o intimidación¹⁴³.

Es interesante hacer referencia al proyecto de reforma del Código Penal, emitido en 1994 por la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación¹⁴⁴. En lo relativo a la exacción ilegal con ánimo de lucro, este proyecto establecía que el funcionario “será considerado como autor de extorsión o estafa, según las circunstancias del caso...”¹⁴⁵. Así, el proyecto consideró que tanto el engaño como la violencia y la intimidación son medios comisivos que pueden concurrir en las exacciones ilegales.

¹⁴¹ FUENSALIDA, ALEJANDRO, Concordancias y Comentarios del Código Penal Chileno, Imprenta Comercial, Lima, Perú, 1883, págs. 97 y 98.

¹⁴² FERNÁNDEZ, obra citada, pág. 293.

¹⁴³ LABATUT GLENA, GUSTAVO, Derecho Penal, Edit. Jurídica de Chile, 1969, T. II, pág. 85.

¹⁴⁴ Elaborado por ANTONIO BASCUÑÁN RODRÍGUEZ.

¹⁴⁵ Obra citada, pág. 218. Es de señalar que este proyecto, sólo citando lo relevante para nuestros efectos, unifica las figuras de exacciones ilegales de los arts. 157 y 241, y modifica sustancialmente la concepción, estructuración legal y contenido de las coacciones, amenazas y extorsión; precisando además el sentido y alcance de la violencia, la intimidación y las amenazas como medios comisivos; entre otras modificaciones.

En cambio, Etcheberry opina que, en el texto original del Código Penal, las exacciones ilegales del art. 157, en ambos incisos, eran tipos penales engañosos, en razón del pretexto requerido por el tipo penal. Agrega este autor que, si el funcionario realiza la exacción para lucrarse personalmente, “el delito se convierte en estafa”; concluyendo que no son elementos del tipo penal la violencia o la intimidación¹⁴⁶.

Según lo expuesto en este trabajo, mi opinión es que el engaño es un elemento del tipo penal del inciso 1º, y las conminaciones son circunstancias eventuales. Igual conclusión cabe respecto del tipo penal original del inciso 2º.

En cuanto a la función de la figura del inciso 2º, Bascuñán ha hecho presente y aclarado que la Comisión Redactora del Código Penal la agregó precisamente porque la exacción ilegal con ánimo de lucro constituía un caso excluido del inciso 1º¹⁴⁷.

Estimo que el problema consistía en determinar si la figura legal del inciso 2º contenía un tipo penal que caracterizaba una estafa especial, conformada por los elementos del inciso 1º, con la sola particularidad de realizarse con ánimo de lucro y bajo pretexto de interés público, siendo sancionada con las penas asignadas a la estafa. De los tipos penales aplicables a la hipótesis de hecho del art. 157, inciso 2º, la sanción sería la prevista en el tipo residual del art. 473, o en el art. 467, ésta respecto de la figura penal contemplada en el art. 468. A favor de esta tesis habría a lo menos dos argumentos, ambos basados en el texto legal. El primero, se fundamenta en que el inciso 2º se refiere a “la exacción”, sin otra connotación, lo que sólo puede entenderse como aquella descrita en el inciso 1º, con la salvedad del ánimo de lucro y

¹⁴⁶ ETCHEBERRY, obra citada, T. III, pág. 279.

¹⁴⁷ En Historia de la Ley 19.645, obra citada, pág. 276, en relación a lo señalado en la sesión Nº 147 de la Comisión Redactora del Código Penal.

la apariencia de un interés público. En segundo término, el propio texto legal antiguo señalaba que el funcionario “será considerado y penado como reo de estafa”, implicando la existencia de un tipo penal autónomo, sometido a la sanción legal de la estafa. De esta forma, el tipo penal del art. 157, inciso 2º, contendría sus propios elementos y la conducta ilícita no requería del cumplimiento de los elementos de ninguno de los diversos tipos penales contemplados desde el art. 467 al 473. Esta interpretación es coherente con la consideración del tipo penal del art. 157 inc.2º como una tentativa de estafa, sancionada por la ley con la pena del delito consumado, fórmula que significaba un reconocimiento a la lesión al recto funcionamiento de la administración pública y a la probidad funcionaria. En cambio, si la exacción ilegal del inciso 2º, una vez consumada, fuere posteriormente agotada con la prestación efectiva de la exigencia, esta interpretación tendría el defecto de despreciar la significación del abuso funcionario y del interés colectivo afectado por la conducta ilícita; ya que no podría concurrir la circunstancia agravante del art. 10, causal 8ª, sin violar el principio *non bis in idem*. La tesis sustentada por Fuensalida y Fernández consistiría en que el tipo penal del art. 157, inciso 2º, al establecer una remisión genérica a los tipos penales de estafa, requeriría una selección de éstos, según los elementos del tipo, para determinar la penalidad aplicable. Tal selección significaría optar, según las circunstancias y modalidades de cada caso concreto, por la figura de estafa aplicable.

En lo relativo a esta materia, como antecedente de la Ley 19.645, es relevante señalar que la Cámara de Diputados inicialmente aprobó un texto que hacía aplicable al art. 157, inciso 2º, la sanción prevista en el art. 467, contemplando una agravante por la prestación efectiva de lo exigido. Por su parte, el Senado propuso derechamente derogar el inciso 2º en cuestión. En la Comisión Mixta de senadores y diputados se llegó a un acuerdo, consistente en la conservación del tipo de exacción con ánimo de lucro del art. 157, inciso 2º; y además, bajo la premisa de que la norma entonces vigente contemplaba sólo la estafa y no todas las hipótesis que pueden configurarse, consideró admisibles como tales los medios comisivos de violencia o intimidación. En lugar de establecer penas concretas, el texto finalmente aprobado estableció

genéricamente que la sanción será la prevista en los párrafos 2 y 8 del Título IX, “según corresponda”. En el informe de la Comisión Mixta¹⁴⁸ se dejó constancia que la reforma implicó completar “todas las hipótesis que pueden configurarse” en la exacción con ánimo de lucro. Además, aclaró que la referencia a los párrafos 2 u 8 del Título IX era para efectos de aplicar las penas previstas en ellos. De esta forma, el texto definitivo contempla solamente una referencia a la pena, al expresar que “...el empleado culpable será sancionado conforme a lo dispuesto en los párrafos 2 u 8 del Título IX, según corresponda”.

Esto significa, en mi opinión, que el propio legislador aclaró que el tipo penal está contenido en el art. 157, inciso 2º, y la pena aplicable será la prevista en aquellos párrafos 2 u 8, según los medios comisivos que concurren específicamente. La ley no ha establecido criterios precisos en la selección de la pena, dentro de cada párrafo, aunque la expresión “según corresponda” puede extenderse también a la sanción que proceda según el tipo penal configurado por la conducta ilícita, en el caso concreto. El problema se suscita cuando la conducta de exacción ilegal no llega a tipificar ningún tipo penal de los contenidos en dichos párrafos 2 u 8. La solución más sencilla consistiría en aplicar subsidiariamente el tipo base respectivo, lo que sería satisfactorio en el caso del párrafo 8, en razón de la amplitud del tipo penal de estafa residual del art. 473. En cambio, el caso del párrafo 2 es diferente, especialmente respecto de la exacción ilegal de servicios personales o en modalidades extorsivas ajenas al tipo del art. 438, como sería la exigencia de un bien incorporal, con violencia o intimidación. Estas últimas situaciones no están comprendidas (no “corresponden”) al párrafo 2º y por ende serían impunes.

Debe destacarse que la reforma no consideró la significación especial de la calidad funcionaria del sujeto activo, puesto que incorporó una remisión a las penas de delitos comunes, precisamente en un tipo penal especial establecido en razón de la

¹⁴⁸ Historia de la Ley 19.645, obra citada, pág. 276.

vulneración de la función pública, sin añadir agravación alguna por esta última circunstancia. De esta forma, la reforma desestimó en la sanción el desvalor asociado a la calidad funcionaria. En consecuencia, quedó sin protección penal el bien jurídico relativo al correcto funcionamiento de la administración pública, asociado a la probidad funcionaria.

Además, pese al propósito del legislador, la reforma del inciso 2º del art. 157 no incluyó como medios comisivos autónomos todas las hipótesis de amenazas distintas a la intimidación. Lo coherente habría sido considerarlas y remitirlas a las sanciones establecidas en el párrafo 11 del Título VI. En cambio, según el texto legal vigente, debe entenderse que las amenazas quedan absorbidas por el injusto del tipo penal, a menos que configuren hipótesis de los delitos de amenazas, en cuyo caso se produciría un concurso ideal de delitos, según se analiza más adelante.

La reforma ha merecido otras críticas, especialmente de Bustos y Medina¹⁴⁹, quienes la consideran errónea e innecesaria. Errónea, debido a que vincula al juez con alternativas de concurso ideal, entre la exacción ilegal con ánimo de lucro con delitos como el robo, cuya relación no sería más que dogmática, ya que el delito del inciso 2º se vincula con los delitos de defraudación, especialmente con la estafa y con la apropiación indebida. Citando a Etxebarría, agregan que “lo normal en las exacciones ilegales será que el funcionario se aproveche de una falsa apariencia de legalidad.....comportamiento fraudulento cercano a la estafa”¹⁵⁰. Además, Bustos y Medina¹⁵¹ consideran que la reforma es innecesaria, ya que “la derogación del inc. 2º

¹⁴⁹ BUSTOS Y MEDINA, obra citada, pág. 687.

¹⁵⁰ ETXEBARRÍA, obra citada, pág. 221

¹⁵¹ BUSTOS Y MEDINA Obra citada, pág. 688.

no habría implicado un trato más benéfico para el empleado público”, citando el informe de la Comisión Mixta¹⁵².

ii. El bien jurídico protegido.

El objeto de protección presenta, en general, las mismas características analizadas en la segunda parte de este trabajo. El atentado a los bienes jurídicos protegidos en el tipo penal del art. 157, inciso 2º, consiste al menos en una doble lesión, de la libertad de determinación del sujeto pasivo y del recto funcionamiento de la administración pública. Además, normalmente concurrirá una situación de peligro para el patrimonio del sujeto pasivo. La remisión del texto legal a las penas de los párrafos 2 y 8 del Título IX indica que se trata de una figura con marcada significación de carácter patrimonial, pese a que el tipo penal de exacciones ilegales de servicios personales no las limita a las de esa naturaleza.

Finalmente, de cometerse el hecho típico mediante falsedad o uso malicioso de documento falso, según el art. 161, se lesiona además la fe pública asignada a los instrumentos públicos.

I. Las características generales de los tipos de exacciones ilegales del art. 157, inciso 2º.

El análisis de los elementos del tipo penal del art. 157, inciso 2º, en primer lugar se relaciona con la determinación de los elementos comunes contenidos en las

¹⁵² Informe de la Comisión Mixta a la Cámara de Diputados, en Historia de la Ley 19.645, obra citada, pág. 277.

dos hipótesis que contempla la norma, esto es, la exacción ilegal engañosa y la cometida con violencia o intimidación. Luego, se determinará las diferencias que se presentan entre ambas hipótesis, en razón de los distintos medios comisivos y de cada uno de los objetos materiales de la acción.

4. Los sujetos.

Respecto de los sujetos activo y pasivo, en el tipo objetivo del art. 157, inciso 2º, no hay particularidades en relación con el art. 1º de la misma norma. El sujeto activo es cualquier empleado público, esté o no encargado del cobro o ejecución de lo adeudado al Estado. La concreta posición funcionaria, sin embargo, será determinante para apreciar la existencia de una verdadera exigencia, dotada de la necesaria imperatividad y de la eventual conminación.

5. La conducta ilícita.

En las figuras del inciso 2º, la conducta ilícita tiene una doble faz, en apariencia se presenta bajo una finalidad pública y en la realidad, se oculta un interés de lucro. Por tanto, el pretexto de interés público guarda especial relevancia, pudiendo ser explícito o estar implícito, ya sea en la posición funcionaria como en la conducta ilícita realizada por el sujeto activo. En consecuencia, la ausencia de este elemento del tipo produce la atipicidad de la conducta de exacción ilegal del art. 157, inciso 2º, sin perjuicio de que pueda tipificar otros delitos. El abuso de la función pública se produce mediante la utilización torcida del cargo y de las potestades que ostenta el sujeto activo, conceptos que están íntimamente vinculados con la presunción de legitimidad que emana del desempeño funcionario, y ésta a su vez, con la finalidad pública o de

bien común que inspira las actividades de la administración del Estado¹⁵³. Según se precisó con anterioridad, el abuso de autoridad implica el quebrantamiento de deberes específicos y la concreta e indebida utilización del cargo público, de manera idónea para configurar la acción típica del delito en análisis.

La naturaleza conminatoria que normalmente contiene la exigencia de parte del funcionario público, generalmente se presenta de manera implícita. En este tipo penal, tal conminación implícita es independiente de los medios comisivos de violencia o intimidación que contempla el tipo penal del art. 157, inciso 2º, como hipótesis que, en apariencia, es alternativa al engaño.

En concordancia con los postulados antes expuestos, el contenido subjetivo de la conducta ilícita de este delito debe incluir necesariamente el ánimo de lucro, disfrazado bajo la apariencia de finalidad pública, que a su vez forma parte del pretexto típico.

Además, en razón de las consideraciones precedentes, la acción ilícita de las figuras penales del art. 157, inciso 2º, exige que el objeto requerido constituya, al menos en apariencia, una contribución o servicio personal, tanto en su naturaleza como en su conexión con la aparente finalidad pública.

De esta forma, no se tipifica la figura del art. 157, inciso 2º, en las siguientes hipótesis:

¹⁵³ Es fundamento de la probidad funcionaria el ejercicio del cargo funcionario mediante la primacía del bien común o interés general por sobre los intereses particulares, según los arts. 3º y 53 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado.

- i. Si es evidente que el objeto material de la acción no constituye una contribución o tributo;
- ii. Cuando dicho objeto si es manifiestamente extraño al interés público;
- iii. En el evento que sea ostensible el ánimo de lucro en la conducta ilícita.

El elemento normativo del tipo del art. 157, inciso 2º, no presenta particularidades respecto de la figura penal del inciso 1º. Sin embargo, debe destacarse que en este tipo penal, la compleja fórmula legal resulta superflua, ya que es legalmente indebida toda exacción realizada por funcionario público en provecho particular. Al efecto, bastaría con indicar que la conducta es indebida.

6. El tipo subjetivo.

En cuanto al dolo que requiere el tipo subjetivo del art. 157, inciso 2º, me remito a lo expresado en la segunda parte de este trabajo.

Según se ha visto, el tipo penal de art. 157, inciso 2º, requiere un particular elemento subjetivo del tipo elemento, consistente en el ánimo de lucro en el sujeto activo. La expresión legal, que se refiere en general al ánimo de “lucro”, incluye tanto el móvil de beneficio propio del sujeto activo como el interés pecuniario de terceros. De esta forma, para configurar el elemento subjetivo de este tipo penal no se requiere en el sujeto activo el ánimo de beneficiarse personalmente. En cambio, otros tipos penales se refieren al ánimo de “lucrarse”, que se refiere al interés personal del sujeto activo, sin perjuicio de extenderse al beneficio de terceros. Es el caso del hurto, que requiere el ánimo de apropiación y de actuar el sujeto activo como señor y dueño de la especie apropiada; y también de la figura penal de destrucción o alteración de deslindes de inmuebles del 462, que requiere la intención de “lucrarse”, referida en la norma al sujeto activo mismo.

II. La exacción ilegal con ánimo de lucro, cometida bajo engaño, del art. 157, inciso 2º.

El sentido y alcance del engaño en este tipo penal corresponde al contemplado en la figura del inciso 1º, examinado en la segunda parte de este trabajo, con la relevante salvedad del ánimo de lucro como elemento subjetivo del tipo, en lugar del interés público.

En cuanto al pretexto, como elemento del tipo, cabe agregar en este caso que, además de la simulada legitimidad, la conducta típica incluye el fingido interés público.

Considerando además que el engaño, configurado a través del pretexto, es un elemento esencial de la exacción ilegal del inciso 1º del art. 157, la remisión a “la exacción” que contiene la figura del inciso 2º, demuestra que en ésta también es un requisito esencial. La consecuencia sería que el tipo penal de exacción engañosa del inciso 2º, sería la figura penal básica y por su parte, la hipótesis de comisión mediante violencia o intimidación configuraría un tipo especial. Esta figura penal especial requeriría a la vez el engaño y la violencia o intimidación, situación que demuestra una deficiente técnica legislativa.

Entendiendo la frase “según corresponda” que cierra el inciso 2º, como una referencia a los medios comisivos de engaño contemplados en los diferentes tipos

penales del párrafo 8º del Título IX, es relevante establecer los criterios de selección de sanciones específicamente aplicables. Para tal efecto, consideramos que el tipo base es el contenido en el art. 468 y el tipo residual está contenido en el art. 473. Por tanto, serán aplicables las sanciones pertinentes, previstas respectivamente en el art. 467 y en el art. 473, en tanto las conductas engañosas no tipifiquen otras figuras especiales contempladas en el mismo párrafo, que sean aplicables. En casos concretos, en que concurren las circunstancias del tipo del art. 470 N° 4º, que tipifica el fraude que se comete haciendo suscribir a otro con engaño un documento, y la respectiva falta, prevista en el art. 494, N° 19, se aplicarán las sanciones previstas en el art. 467 y en el art. 494, respectivamente. Las demás figuras del párrafo 8º citado son ajenas a los presupuestos asimilables al art. 157, inciso 2º, como criterio de selección de penas.

Tratándose de exacciones de servicios personales que no sean estimables pecuniariamente, nuevamente se presenta un vacío de punibilidad puesto que no pueden servir de objeto material de una defraudación, según lo expuesto en la primera parte de este trabajo.

III. La exacción ilegal con ánimo de lucro, cometida con violencia o intimidación, del art. 157, inciso 2º.

La incorporación en el texto legal de la violencia o la intimidación implicó un retorno al carácter coactivo que históricamente tuvo la exacción ilegal, y que fue abandonado por nuestro Código Penal, mediante el establecimiento de un tipo penal únicamente engañoso, fórmula que utilizó hasta la reforma de 1999.

A su vez, la reforma del art. 157, inciso 2º, tuvo por objeto incorporar medios comisivos diferentes y alternativos al engaño. Sin embargo, a mi juicio, conservó la naturaleza esencialmente engañosa de la exacción ilegal realizada bajo pretexto público y en interés privado. En esta parte, la reforma sumó los medios comisivos de violencia o intimidación al engaño, creando un tipo penal especial y dando lugar a un extraño concurso de modalidades. Además, refirió la sanción al párrafo 2 del Título IX, fórmula que tiene sentido en razón de la mayor penalidad que en general tiene el robo, debido a la gravedad propia de la violencia o intimidación, respecto de las estafas.

Considerando que el inciso 2º del art. 157 sólo se remite a las sanciones previstas en los tipos del párrafo 2º del Título IX, no necesariamente recoge el sentido y alcance que en dicho párrafo se da a los conceptos de violencia o intimidación. En la exacción ilegal con ánimo de lucro que nos ocupa, la violencia o intimidación están en la función conminatoria ya expuesta precedentemente. Para estos efectos, siguiendo la opinión de Bascuñán, la violencia significa “malos tratos de obra”, y su función es “el vencimiento de la resistencia de la víctima”; y la intimidación consiste en “la amenaza con peligro inminente para la vida o la salud de las personas”¹⁵⁴.

En la exacción ilegal de servicios personales, la violencia y la intimidación cumplen funciones diferentes a las que desempeñan en los robos, conforme a lo expuesto en el párrafo anterior. Como se ha dicho en la primera parte de este trabajo, la violencia y la intimidación más bien corresponden a las hipótesis de detenciones ilegales o de apremios ilegítimos que se cometan mediante esos medios comisivos de especial gravedad.

¹⁵⁴ BASCUÑÁN, referido al art. 439 del Proyecto de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, obra citada, pág. 181.

El sistema de sanciones establecido por la reforma del art. 157, inciso 2º, mediante la remisión genérica a las penas establecidas en el párrafo 2º del Título IX, debe ser precisado según las circunstancias de cada caso concreto. Esto implica la tarea de seleccionar cual es el tipo penal aplicable al caso, entre los que dicho párrafo contiene. En este sentido, la selección se circunscribe a las exacciones ilegales cometidas con las modalidades de violencia o intimidación, correspondientes a los tipos penales de los robos simple del art. 436, inciso 1º, y calificado del art. 433, de piratería del art. 434 y de extorsión del art. 438. No es atingente el denominado robo por sorpresa, por tratarse de un hurto calificado, al no contener los medios de violencia ni intimidación. Si la conducta de exacción ilegal cometida mediante violencia o intimidación no alcanza a configurar ninguno de los tipos penales del párrafo 2º, esto es, no corresponde a ninguno de éstos, sería impune por ausencia de asignación legal de sanción. Atendido que el legislador no estableció una expresa solución para este vacío de punibilidad, de acuerdo con el principio de legalidad penal, no resulta procedente la aplicación subsidiaria ni analógica del tipo base de robo previsto en el art. 436, inciso 1º.

En este tipo penal, la situación de los servicios personales plantea nuevamente un vacío de punibilidad, debido a que están excluidos de los objetos de las respectivas acciones establecidas en los tipos penales del párrafo 2º del Título IX. Es decir, no corresponden a éstos, parafraseando la expresión final del art. 157, inciso 2º. Debe reiterarse que la sanción a aplicar, de acuerdo con esos tipos penales, es “según corresponda”. De esta forma, la exacción de servicios personales, con ánimo de lucro, pese a que se cometa mediante violencia o intimidación, es impune según este tipo penal, lo que hace imposible toda relación concursal. Podrá ser sancionada si tipifica otra figura penal, sea especial o común, según las circunstancias de comisión. En general, esa conducta será constitutiva de abuso contra particulares del art. 255. Podrá configurar la falta de coacción del art. 494 N° 16, si se usa violencia, quedando impune por este tipo penal la comisión mediante intimidación. Obviamente, ninguna de dichas soluciones es satisfactoria en materia de política criminal. En el caso de que se

prive de libertad ambulatoria al sujeto activo, podrá configurarse el tipo penal de detención ilegal del art. 148, o bien el previsto en el art. 141 o de sustracción de menores del art. 142, según la doctrina que se invoque. Finalmente, tal conducta, según sus circunstancias, podrá configurar el tipo penal de usurpación indebida de tropas del art. 124, si es cometido por funcionario público mediante violencia o intimidación, para obtener de ellas servicios personales.

IV. Concursos de leyes y de delitos.

Las diferencias anotadas entre las dos hipótesis del tipo penal del art. 157, inciso 2º, dan lugar a un análisis separado en las relaciones concursales.

1. Concurso entre las figuras penales contempladas en el art. 157, inciso 2º, el robo y la estafa por engaño.

Esta situación se produce cuando en la exacción ilegal cometida con ánimo de lucro, la conducta típica configura alguna de las hipótesis de violencia ficta contempladas en la parte final del art. 439, esto es, cuando para obtener la entrega o manifestación del objeto material del ilícito, el sujeto activo alegare orden falsa de alguna autoridad, o la diere por sí fingiéndose ministro de justicia o funcionario público. En este caso, se produce un concurso aparente de leyes entre robo y estafa por engaño, debiendo resolverse conforme al principio de especialidad, en razón de la modalidad comisiva, dando primacía a la pena asignada al robo, en la hipótesis legal que sea pertinente al caso concreto.

2. Concursos relativos a la figura penal de exacción ilegal cometida mediante engaño, del art. 157, inciso 2°.

2.1. Relaciones concursales entre los tipos penales de exacciones ilegales del art. 157, inciso 2°, y los de fraude por engaño.

Las relaciones concursales de este apartado tienen lugar, como se ha expresado, únicamente respecto de los fraudes por engaño previstos en el Código Penal, en los tipos penales de los arts. 468, 473 y 470 N° 4, incluyendo la falta del art. 494 N° 19.

En consecuencia, no dan lugar a concursos las siguientes conductas de exacción ilegal, en razón a que no corresponden a los tipos penales del párrafo 8 del Título IX:

- a) Las exacciones ilegales de servicios personales carentes de valor económico, ya que no configuran fraudes debido a la carencia de significación patrimonial, y por tanto son impunes.
- b) Las conductas engañosas que no logren configurar un engaño típico y en especial, las que constituyan pretextos que se expresen en meras afirmaciones (mentiras simples).

Estos son casos de conductas típicas del art. 157, inciso 2°, pero que resultan impunes por ausencia de sanción, al no corresponder a ninguna figura penal del párrafo 8 referido. Este vacío de punibilidad se debe a la defectuosa formulación legal antes anotada.

En el evento que un caso concreto comprenda los supuestos de las exacciones ilegales del art. 157, inciso 2º, y también de los fraudes por engaño reseñados, la opción concursal seguida por Rodríguez y Ossandón, ya vista precedentemente, consiste en estimar que se presenta un concurso aparente de leyes penales, en que primarían las figuras de estafas por engaño, en virtud del principio de absorción, puesto que éstas son delitos de resultado de lesión patrimonial y las exacciones ilegales son delito de peligro en lo patrimonial, aunque sean delitos de resultado en razón de los restantes bienes jurídicos protegidos. Esta solución permitiría aplicar la circunstancia agravante del art. 12 N° 8, asignando así relevancia al interés afectado por la conducta del funcionario público. Mi opinión es que la absorción se produce dando primacía a las exacciones ilegales, por ser de mayor gravedad en razón de su penalidad de crimen, y que no resulta aplicable la referida circunstancia agravante de responsabilidad penal, ya que la calidad funcionaria está contemplada en dicho ilícito y es inherente a su configuración típica.

Las exacciones ilegales del art. 157, inciso 2º, pueden entrar en concurso con el delito de requisiciones ilegales ordenadas o practicadas por un militar, con ánimo de lucro y sin que hubiere intervenido violencia, del art. 358 del Código de Justicia Militar. Esta última disposición sanciona al sujeto activo con el máximo de la pena que corresponda al delito de estafa. Se produce en este caso un concurso aparente de leyes penales, que se resuelve aplicando el principio de especialidad a favor de esta última figura penal, en razón de la calidad particular del sujeto activo.

2.2. Relaciones concursales entre el tipo penal de exacciones ilegales del art. 157, inciso 2º, y la figura penal del art. 161.

Según lo expresado, si bien en este caso se presenta un concurso medial, la ley lo ha resuelto penalmente conforme al concurso material del art. 74, al establecer expresamente una sanción independiente.

2.3. Relaciones concursales entre el tipo penal de exacciones ilegales del art. 157, inciso 2º, y otras figuras penales que tipifican o a las que se asocia diferentes hipótesis de amenazas.

2.3.1. Relaciones concursales con los delitos de amenazas de los arts. 296 y 297.

Según se indicó precedentemente, para estos efectos tienen especial relevancia las amenazas condicionales en relación con las conminaciones contenidas normalmente en la conducta ilícita de exacciones; y eventualmente, las amenazas simples o incondicionales expresadas para doblegar psicológicamente al sujeto pasivo y obtener el objeto requerido. Si en las exacciones ilegales, sea de contribuciones o de servicios personales, las conductas de amenazas cumplen con los tipos penales de los arts. 296 o 297, se produce un concurso ideal. De lo contrario, quedarán absorbidas por el desvalor del tipo penal del art. 157, inciso 2º. Si revisten los caracteres de amenazas violentas o intimidatorias, se desplazan a las figuras sancionadas conforme al párrafo 2º del Título IX, y en su defecto, al tipo penal de coacciones.

En el evento de presentarse tal concurso, debe resolverse conforme a las reglas del concurso ideal de delitos, al existir diferencias en los bienes tutelados por los tipos penales en cuestión.

2.3.2. Relaciones concursales entre el tipo penal de exacciones ilegales del art. 157, inciso 2º, y la figura penal del art. 161-B.

Según las consideraciones expuestas, la figura penal del art. 161-B entra en conexión con las exacciones ilegales del art. 157, inciso 2º, sean de contribuciones o de servicios personales. Además, puede entrar en concurso de leyes con las amenazas condicionales del art. 296 N° 1 o N° 2, según el caso, si la conducta ilícita configura los elementos de este tipo penal, el que debe resolverse dando primacía a la figura del art. 161-B, conforme al principio de especialidad.

En cambio, la vinculación entre las exacciones ilegales del art. 157, inciso 2º, y el tipo penal del art. 161-B, implica un concurso ideal de delitos, a resolver conforme al art. 75, debido a la diferencia relativa entre los bienes jurídicos tutelados por una y otra figura penal.

2.3.3. Relaciones concursales entre el tipo penal de exacciones ilegales del art. 157, inciso 2º, y ciertas figuras penales de abusos contra particulares, previstas en el párrafo 12 del Título V.

a. El tipo penal del art. 255, de acuerdo con lo expuesto en la segunda parte de este trabajo, puede ser considerado la figura base en materia de vejaciones injustas contra las personas y de apremios indebidos, cometidos por funcionarios públicos que exceden los medios legítimos o necesarios para el desempeño del servicio público. El apremio, siendo una modalidad de vejamen, implica compeler u obligar a alguien con mandamiento de autoridad a que haga algo, según el léxico común. En este sentido, la conducta ilícita del art. 157, inciso 2º, es una forma de apremio y por tanto, se presenta un concurso aparente de leyes con la figura penal del art. 255, que debe resolverse dando primacía al tipo de exacciones, aplicando el principio de especialidad en este caso, debido a la conducta de exigir y el objeto material del requerimiento.

b. Con relación a las figuras penales de denegación del servicio público, del art. 256, de negativa de dar certificado o testimonio, o de impedimento de solicitud, del art. 257, debe señalarse que son abusos funcionarios que sirven de medios de presión para la obtención de beneficios ilegítimos, entre otros, a través de exacciones ilegales.

Si las conductas tipificadas en dichas normas penales sirven para presionar moralmente al sujeto pasivo, como medio de exacciones ilegales del art. 157, inciso 2º, existe un concurso medial, a ser resuelto conforme al art. 75.

2.3.4. Las relaciones concursales entre el tipo del art. 157, inciso 2º, y los demás tipos penales previstos en el párrafo 4º del Título III.

Como criterio general, cuando las conductas ilícitas de tipos penales previstos en el párrafo 4º del Título III se realicen como formas de presionar al sujeto pasivo, en el contexto de exacciones ilegales, se producirá un concurso ideal de delitos, en razón de la diferencia relativa de los bienes jurídicos protegidos, debiendo aplicar la sanción mayor asignada al delito más grave.

Según lo explicado precedentemente, los tipos penales relevantes para amenazar en el contexto de exacciones ilegales del art. 157, inciso 2º, son los previstos en el art.158 Nº 5 (privación ilegal de propiedad de descubrimiento o producción) y en el art.158 Nº 6 (expropiación o perturbación posesoria ilegal), siempre que no se realicen con violencia o intimidación, medios comisivos que corresponden a la figura especial del citado inciso 2º.

2.3.5. En cuanto a las relaciones concursales entre el tipo del art. 157, inciso 2º, y la figura penal de seducción o usurpación indebida de tropas del art. 124, siempre que se realicen por engaño y con amenazas, puede presentarse un concurso ideal con el tipo penal del art. 157, inciso 2º, en cuanto a la exacción ilegal de servicios personales, que afecta bienes colectivos y además la libertad de determinación y eventualmente de traslación del sujeto pasivo.

2.4. Casos que no dan lugar a concursos.

Se ha excluido de este apartado el análisis de diversas figuras legales que no presentan relevancia concursal. Tales son el cohecho, en que no hay exigencia sino solicitud o aceptación del sujeto activo; los fraudes por abuso de confianza, cuya comisión está precedida de entrega lícita del objeto material; en general, las figuras penales que implican un apoderamiento material, sin requerirse engaño ni conminación en general, como los hurtos, etc.

3. Concursos relativos a la figura penal de exacción ilegal cometida con violencia o intimidación, del art. 157, inciso 2º.

En este apartado, atendido el texto legal, se hace necesario diferenciar el análisis en razón de los distintos objetos de la exacción ilegal, esto es, entre requerimientos de supuesta contribución y de servicios personales.

3.1. Concursos relativos a la exacción ilegal de contribuciones, prevista en el art. 157, inciso 2º.

Este apartado tiene por objeto resolver concursos entre la figura penal que nos ocupa, en los casos en que la conducta ilícita se realice con violencia o intimidación, en el sentido ya indicado, siempre que además cumpla con los supuestos de alguno de los delitos de robo o de extorsión tipificados en el párrafo 2º del Título IX, como criterio de selección de penas aplicables. La ambigüedad de la expresión final del art. 157, inciso 2º, en una interpretación respetuosa del principio de legalidad penal, conduce a estimar que son impunes, aunque no necesariamente atípicos, los casos excluidos de los supuestos contenidos en las figuras penales contempladas en dicho párrafo 2º, particularmente de la extorsión. Además, la exacción ilegal cometida con violencia o intimidación, como tipo especialísimo, arrastra el elemento engañoso propio de toda exacción ilegal del art. 157, inciso 2º, consistente en que la conducta ilícita se realiza bajo la apariencia de exigirse una contribución, concepto vinculado esencialmente al interés público, que además se presenta como legítima, al menos bajo la presunción ínsita en los actos administrativos.

Los concursos de este apartado serán abordados desde la perspectiva de otros delitos funcionarios y en relación con determinados delitos comunes.

3.1.1. Relaciones concursales entre la exacción ilegal de contribución del art. 157, inciso 2º, cometida con violencia o intimidación, y otros delitos cometidos por funcionarios públicos.

Particular interés presentan las relaciones concursales entre el tipo del art. 157, inciso 2º, y los demás tipos penales previstos en el párrafo 4º del Título III, si son

cometidos con violencia o intimidación, con la finalidad de doblegar la voluntad del sujeto pasivo y así lograr el objeto de la exacción.

Los concursos más relevantes se presentan entre la figura penal del art. 157, inciso 2°, con los tipos penales de detenciones ilegales del art. 148 o de apremios ilegítimos del art. 150 A, cometidos con violencia o intimidación, con la finalidad señalada.

Es discutible si resulta aplicable el tipo penal del art. 148 al funcionario que actúa motivado por el lucro personal, apartándose de su función pública, ya que prima en este caso la figura común del art. 141 o 142, dependiendo de la edad del sujeto pasivo. Sin embargo, su relevancia dogmática y práctica hacen necesario incluirlo en este apartado. Todos estos tipos penales tutelan el recto funcionamiento de la administración pública. Además, se presentan diferencias relativas entre los bienes jurídicos tutelados, puesto que la figura penal del art. 148 protege especialmente la libertad ambulatoria del sujeto pasivo, y el art. 157, inciso 2°, su libertad de determinación. Existiendo violencia o intimidación, se protege en particular la vida y la integridad física y la salud. La diferencia relativa de intereses protegidos determina la existencia de un concurso ideal entre las exacciones ilegales que nos ocupan y las detenciones ilegales del art. 148, o entre aquéllas y el tipo penal de apremios ilegítimos del art. 150-A. En diferente orientación, podría apreciarse un concurso medial entre tales figuras. En ambas soluciones, se aplicaría la regla punitiva del art. 75.

La solución precedente es igualmente aplicable en el evento que concurren los tipos penales comunes de detención ilegal del art. 141 o de sustracción de menores del art. 142, en su caso, cometidos con violencia o intimidación, como modalidades de presión en la comisión de la figura de exacción ilegal con ánimo de lucro del art. 157,

inciso 2°. Para este efecto, entiendo que el tipo privilegiado de detención ilegal cometida por funcionario público, del art. 148, es aplicable siempre que se cometa en el contexto de los objetivos propios de una detención institucionalizada. De lo contrario, la conducta ilícita debe ser sancionada conforme a los tipos penales comunes del art. 141 o del art. 142.

Igual solución corresponde aplicar en las relaciones concursales entre el tipo del art. 157, inciso 2°, cometido con violencia o intimidación, y las figuras penales del art. 158 N° 5, que tipifica la privación ilegal de propiedad de descubrimiento o producción; y del art. 158 N° 6, que tipifica la expropiación o perturbación posesoria ilegal; utilizadas como medios de presionar al sujeto pasivo. En cambio, si con posterioridad a la consumación de las exacciones ilegales, son realizadas las conductas típicas de los tipos del art. 158, Nos. 5 y 6, especialmente para ejecutar la obtención del objeto requerido, se presenta un concurso real, a resolverse según las reglas generales.

Si además de la violencia o intimidación el autor de las exacciones ilegales del art. 157, inciso 2°, incurre en alguna de las conductas ilícitas del art. 161, se produce un concurso ideal, en razón de la diferencia relativa de intereses protegidos.

En el caso del delito de requisiciones ilegales ordenadas o ejecutadas por un militar, del art. 358 del Código de Justicia Militar, entre los delitos contra la propiedad, se le sanciona como culpable de robo si hubiere intervenido violencia. Es decir, no se contempla una pena especial por el atentado a los deberes militares y a la recta administración pública en ese ámbito. Esta falencia se podría solucionar haciendo regir la circunstancia agravante de responsabilidad penal prevista en el art. 10 N° 8, la que parece discutible en razón de lo previsto en el art. 63. Con todo, entre las exacciones ilegales del art. 157, inciso 2°, y las requisiciones ilegales del art. 358 del Código de

Justicia Militar, se produce un concurso de leyes, que se resuelve conforme al principio de especialidad, dando primacía a esta última figura penal.

3.1.2. Relaciones concursales entre la exacción ilegal de contribuciones del art. 157, inciso 2º, cometida con violencia o intimidación, y determinados delitos comunes.

La conducta de exacción ilegal del art. 157, inciso 2º, cometida con violencia o intimidación, normalmente entrará en concurso aparente de ley penal con los robos y la extorsión. Tal concurso puede resolverse de acuerdo con el principio de la especialidad en favor de la exacción ilegal, en razón del sujeto activo, de la apariencia de contribución y de legitimidad de la exigencia. Esta solución resulta satisfactoria, en cuanto no se haya efectuado la prestación requerida, caso en el que la exacción está consumada y se sanciona como robo consumado, admitiendo en esta fórmula el reproche por la vulneración de los deberes funcionarios. En cambio, cumplida dicha prestación, queda insignificante y desprotegido este último interés merecedor de consideración. Lo mismo es aplicable a la usurpación violenta del art. 457, siempre que se realice respecto de bienes exigidos en calidad de contribución, como frutos pendientes de cosecha, aún adheridos al suelo.

Según lo expuesto, en los casos en que la conducta típica de exacciones ilegales del art. 157, inciso 2º, cometida con violencia o intimidación, no corresponda a ninguno de los delitos contenidos en el párrafo 2º del Título IX, no podrá ser sancionada de acuerdo con esas figuras penales, en virtud del principio de legalidad penal y de la prohibición de la interpretación extensiva en estas materias. En una primera hipótesis, si el medio comisivo fuere la violencia, entendida como maltrato de obra para doblegar la voluntad del sujeto pasivo, tal conducta tipificará únicamente el tipo falta de coacciones del art. 494 N° 16, sancionada únicamente con multa, y

quedará impune de acuerdo con el art. 157, inciso 2°, ya que no corresponde al citado párrafo 2°. Si la misma conducta se comete solamente mediante intimidación, al estar excluida de la figura del art. 494 N° 16, la exacción ilegal quedará impune, por ausencia de sanción. En estos casos, pese a la relevancia de los intereses afectados, tanto colectivos como individuales, además de la significación penal de los medios comisivos, se presentan graves e indeseables desproporciones y vacíos de punibilidad.

Las exacciones ilegales del art. 157, inciso 2°, cometidas mediante violencia o intimidación, pueden presentar relaciones con amenazas proferidas en el mismo contexto. La intimidación, como forma más grave de conminación, absorbe aquellas amenazas de males no inminentes o incondicionales que normalmente pueden acompañarla. Lo propio ocurre en la exacción violenta. Sin embargo, hay situaciones en que amenazas constitutivas de los tipos penales de los arts. 296, 297 o 161-B, especialmente las amenazas condicionales, pueden presentar autonomía comisiva o separación espacio temporal respecto de la violencia o la intimidación, estando todas bajo la misma secuencia activa de exacción ilegal con ánimo de lucro. En estos casos, en razón de la diferencia relativa de bienes jurídicos protegidos, se presenta un concurso ideal, a resolver según el art. 75.

3.2. Concursos relativos a la exacción ilegal de servicios personales, cometida con violencia o intimidación, del art. 157, inciso 2°.

Según se expuso precedentemente, los servicios personales están excluidos de los tipos penales del párrafo 2° del Título IX, y por lo tanto la exacción con ánimo de lucro, cometida con violencia o intimidación, carece de sanción concreta de acuerdo con el art. 157, inciso 2°. De esta forma, no se presenta ninguna relación concursal que sea de interés para este trabajo, a partir de este tipo penal.

SECCIÓN SEGUNDA

Las exacciones ilegales de derechos superiores a los debidos, cometidas por funcionarios públicos, del art. 241 del C. Penal.

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

En esta sección, se trata acerca de la primera hipótesis prevista en el texto vigente del art. 241, esto es, de las exacciones ilegales de mayores derechos de los asignados al cargo específico que desempeña el funcionario público.

Explicaciones preliminares.

i. Historia del precepto.

El texto original del art. 241¹⁵⁵ es copia literal del art. 328 del Código Penal español de 1848-1850, y fue aprobado sin observaciones en la Sesión N° 50 de la

¹⁵⁵ “Art. 241. El empleado público que exigiere directa o indirectamente mayores derechos de los que le estén señalados por razón de su cargo, será castigado con una multa del duplo al cuádruplo de la cantidad exigida.

El culpable habitual de este delito incurrirá además en la pena de inhabilitación especial temporal para el cargo u oficio en su grado medio”.

Comisión Redactora del código chileno. Permaneció inalterado hasta la reforma contenida en la Ley 19.645, de 1999, que en esta hipótesis elevó la pena de inhabilitación y eliminó la figura de la habitualidad.

ii. El objeto de protección.

Para Rodríguez y Ossandón¹⁵⁶, hay que diferenciar entre un objeto de protección directo, constituido por “el correcto funcionamiento de la administración pública y la defensa del particular en el uso y disfrute de los servicios públicos, frente al comportamiento abusivo del funcionario”; y un interés indirecto, consistente en “el patrimonio de los particulares frente a estos abusos”.

En cuanto a la afectación a los bienes jurídicos protegidos por el tipo penal del art. 241, primera hipótesis, estimo que se trata de un delito pluriofensivo, en que los diferentes intereses protegidos se encuentran a igual nivel de jerarquía valorativa. La conducta ilícita lesiona a la vez el recto funcionamiento de la administración pública y la libertad de determinación del sujeto pasivo, y además pone en peligro concreto el patrimonio de éste, al verse en la contingencia de pagar los derechos excesivos que se le exige ilegalmente, puesto que el tipo penal no requiere de perjuicio patrimonial efectivo.

I. Las características especiales del tipo objetivo del delito previsto en el art. 241, primera parte.

¹⁵⁶ RODRÍGUEZ Y OSSANDÓN, obra citada, pág. 431.

1. Los sujetos.

1.1. El sujeto activo.

En este delito, el sujeto activo es el empleado público que, en razón de su cargo, tiene la facultad de cobrar y percibir derechos en beneficio propio. Según Rodríguez y Ossandón¹⁵⁷, el sujeto activo se limita a “aquellos funcionarios públicos que por disposición de la ley están autorizados para percibir directamente del público ciertos derechos como remuneración de sus servicios”. Además, Etxebarría agrega que deben ser funcionarios que toman contacto con particulares, en general con motivo de un servicio público¹⁵⁸. Tal es el caso de los notarios, diversos conservadores (de bienes raíces, de minas, de comercio, etc.), receptores, oficiales del Registro Civil, cónsules chilenos en el exterior, entre otros.

En consecuencia, no son sujetos activos de esta figura legal los siguientes: (i) el particular que finge la calidad de empleado público calificado; (ii) el funcionario que simula tener la facultad de cobrar derechos por su servicio público; (iii) el dependiente del funcionario cualificado, que sin conocimiento ni intervención de éste, exige derechos indebidos movido por el deseo de beneficiar a su empleador. Estas conductas son atípicas respecto del delito del art. 241, primera hipótesis, sin perjuicio de configurar eventualmente otros tipos penales.

1.2. El sujeto pasivo.

¹⁵⁷ RODRÍGUEZ Y OSSANDÓN, obra citada, pág. 432

¹⁵⁸ ETXEBARRÍA, obra citada, pág. 219.

En cuanto al sujeto pasivo u objeto personal de la acción, en su caso, puede ser cualquier persona dotada de libertad natural de determinación. Según se ha dicho, puede ser sujeto pasivo la propia administración pública.

2. La conducta ilícita en el tipo penal del art. 241, primera parte.

2.1. La naturaleza imperativa de la conducta ilícita.

Para precisar la acción típica en el tipo de exacciones ilegales del art. 241, primera hipótesis, cabe remitirse a lo expresado en la primera parte de este trabajo. En este caso, la imperatividad de la exigencia se basa en la apariencia de legalidad que emana de los actos funcionarios, la confianza de los particulares en la administración pública y la presunción de legitimidad de sus actuaciones y procedimientos. La desigualdad del sujeto pasivo se manifiesta desde el momento en que entra en relación con el funcionario, estando aquél informado que deberá pagar por el servicio público, generalmente por anticipado. Además, se vincula con la necesidad del sujeto pasivo en orden a obtener el servicio público con prontitud y eficacia. Se trata de factores que disminuyen su real posibilidad de revisar la legitimidad del cobro, saber si es justo o indebido y oponerse si es indebido. Intenta paliar esta desigualdad la obligación de dar publicidad a los aranceles respectivos, de manera que sea visible para el público que concurre a los oficios de los funcionarios habilitados para percibir derechos, medida que, en la práctica, no siempre surte el efecto pretendido.

Según lo indica innecesariamente el tipo penal, la exigencia puede hacerse directamente por el sujeto activo, o bien actuando a través de otra persona, lo que no presenta novedad respecto de las reglas generales sobre autoría y participación penal.

El tipo del art. 241 no señala medios comisivos especiales, de manera que basta la exigencia de mayores derechos a los debidos, en forma perentoria y en el contexto de una acción idónea al efecto. De esta forma, para configurar la conducta ilícita, es suficiente un requerimiento imperativo efectuado por el sujeto activo, que llega a conocimiento del sujeto pasivo, reclamando una suma como obligatoria para éste, en calidad de contraprestación al servicio prestado o por prestar.

En consecuencia, no se configura el tipo en análisis cuando los derechos son pagados en forma voluntaria y espontánea al sujeto activo¹⁵⁹, cuestión que debe ser revisada cuidadosamente en cada caso, ya que es la defensa frecuentemente utilizada por los imputados de este delito. Para consumir la acción, es irrelevante tanto el uso adicional de engaño o de conminación, como la creencia del sujeto pasivo acerca de la supuesta legalidad o verdadera ilegalidad del cobro, cuestión que es ajena a la estructura del injusto. Al respecto, Soler¹⁶⁰ señala: “Lo que importa no es el estado de la *inteligencia* de la víctima, sino el de su *voluntad*”.

En conclusión, estimamos que el núcleo de la conducta ilícita reside en la exigencia o imposición, esencialmente perentoria o imperativa, que se comunica al sujeto pasivo, en calidad de supuesta obligación de pagar al sujeto activo la suma que éste le reclama. Por ello, Soler¹⁶¹ señala que en la exacción “todo comienza y concluye con el *abuso de autoridad* constituido por la exigencia”, agregando que “No es

¹⁵⁹ CÓRDOBA RODA y GARCÍA ARÁN, obra citada, pág. 2097.

¹⁶⁰ SOLER, obra citada, T. V, pág. 196

¹⁶¹ SOLER, obra citada, T. V, pág. 195.

necesario que se amenace con la concreta ejecución de una medida injusta: basta el temor genérico que la autoridad suscita”.

Efectivamente, la exacción ilegal puede ser explícita y manifestarse sin ambages por el sujeto pasivo, exigiendo abiertamente al sujeto pasivo mayores derechos a los debidos, sin necesidad de conminación especial, pretexto ni engaño.

Normalmente, las circunstancias de cada caso evidenciarán otras formas de comisión, eventuales y complementarias, de interés penal, sin ser esenciales para la consumación del delito del art. 241, en su primera hipótesis.

Sin embargo, con fundamentos empíricos más que dogmáticos, la doctrina ha discurrido frecuentemente acerca de las modalidades de conminación y de engaño, lo que hace necesario analizar la calidad de estos medios comisivos en la figura penal del art. 241.

2.2. La conminación en la conducta ilícita.

Para Etcheberry¹⁶² en este tipo penal “la conducta consiste en pedir los derechos excesivos subordinando a su pago la prestación del servicio que el funcionario está llamado a dar”. En el mismo sentido opinan Rodríguez y Ossandón¹⁶³.

En mi opinión, las posibles conductas ilegales pueden presentar otras modalidades, sobre todo cuando el servicio público ya ha sido prestado. Estas modalidades pueden consistir simplemente en exigir los mayores derechos como

¹⁶² ETCHEBERRY, obra citada, T. IV, pág. 251.

¹⁶³ RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, obra citada, pág. 432.

obligatorios para el sujeto pasivo, sin agregar amenaza alguna, especialmente cuando éste no ha advertido la ilegitimidad. Eventualmente, es posible que se utilice medidas de hecho, como la retención de anticipos de fondos, o bien de los títulos o los comprobantes del servicio cumplido. También pueden consistir en conminaciones directas y de diversa índole, como las de ejercer acciones de cobro, desacreditar al sujeto pasivo en un determinado medio social o anticipar una negativa a prestar servicios futuros.

En conclusión, no consideramos esencial la conminación en este tipo penal.

Por su parte, Etxebarria¹⁶⁴ afirma que la conducta, constituida como exigencia impositiva y/o fraudulenta, puede cometerse tanto a base de una falsa apariencia de legalidad, como “en una situación de superioridad del funcionario que dote a la acción de ciertos rasgos coactivos o seudocoactivos”. Es decir, este autor admite ambas modalidades comisivas, tanto el engaño como la exigencia impositiva, que en su opinión culmina en coacción merced a la posición de superioridad del funcionario.

En verdad, son diferentes los significados de imposición y de conminación. Ambas conductas son independientes entre sí y la imposición puede existir independientemente de la conminación. En especial, la posición de superioridad del funcionario puede generar inquietud en el sujeto pasivo sin necesidad de conminación explícita o implícita, bastando el temor genérico de causarle desagrado o de provocar su animosidad.

2.3. El engaño en la conducta ilícita.

¹⁶⁴ ETXEBARRÍA, obra citada, pág. 224.

En doctrina, Rodríguez y Ossandón¹⁶⁵, así como Bustos y Medina¹⁶⁶, concordando con la opinión de Etxebarria¹⁶⁷, consideran que lo normal será que el funcionario se aproveche de una falsa apariencia de legalidad, y que la conducta ilícita configure un comportamiento fraudulento cercano a la estafa. Sin embargo, Etxebarria¹⁶⁸ reconoce que el texto del tipo penal no requiere de un engaño generador de error en el sujeto pasivo,

Según se ha explicado, la conducta ilícita del tipo penal del art. 241 no exige engaño y por tanto, la falsa apariencia de legalidad es un elemento eventual. La conducta típica puede realizarse en un contexto en que es manifiesta y evidente la ilegalidad del cobro. El tipo penal no requiere que el sujeto activo oculte la realidad del requerimiento excesivo y tampoco que emplee conminación.

De lo anterior se concluye que la única conducta que constituye elemento esencial del tipo penal del art. 241, primera hipótesis, es la exigencia o imposición idónea, y tanto la conminación como el engaño son modalidades eventuales y no son exigidas por la figura legal; pudiendo concurrir una de ellas, ambas o ninguna, sin obstar por ello a la realización de la acción ilícita.

Además, es preciso tener presente que la apariencia de legalidad del cobro ilícito no constituye la única modalidad de engaño. Éste puede presentar otras formas, por ejemplo, la de exacción ilegal simulada bajo derechos correspondientes a un distinto servicio público prestado por el sujeto activo al sujeto pasivo.

¹⁶⁵ RODRÍGUEZ Y OSSANDÓN, obra citada, págs. 432 y 433.

¹⁶⁶ BUSTOS Y MEDINA, obra citada, pág. 687.

¹⁶⁷ ETXEBARRÍA, obra citada, pág. 221.

¹⁶⁸ Ibid.

2.4. Relevancia de otros medios comisivos.

Es discutible si el tipo penal del art. 241, primera hipótesis, admite otros medios comisivos, distintos al engaño en sus diversas formas idóneas y a las amenazas en sus diferentes modalidades, principalmente las amenazas no tipificadas autónomamente, las amenazas constitutivas de los delitos respectivos, y las amenazas insertas en violencia o intimidación.

Desde luego, el simple incumplimiento de deberes jurídicos, especialmente los que emanan del principio normativo de la probidad funcionaria, cuando se encuentran vinculados a alguna modalidad de fraude¹⁶⁹, sugiere ciertas consideraciones. La primera se refiere a la posibilidad de admitir una hipótesis omisiva, al menos parcialmente, existiendo error en el sujeto pasivo respecto del monto de los derechos asignados al funcionario, cuando no ha sido provocado ni incrementado por éste, y omite cumplir con su deber de sacar del error al sujeto pasivo. Considero que la conducta ilícita de exigir o imponer mayores derechos a los debidos es esencialmente activa y resulta incompatible con una hipótesis omisiva, sin perjuicio que se cometa mediante el aprovechamiento de circunstancias preexistentes y ajenas a la acción. La segunda consideración es que la conducta ilícita misma, de exigir derechos superiores a los debidos, implica un abuso del cargo y de la función del sujeto activo, y significa vulnerar prohibiciones y deberes funcionarios. Por tanto, éstos son inherentes a la acción ilícita y no son identificables separadamente como modalidades independientes. En conclusión, estimo que la infracción de prohibiciones y deberes funcionarios se identifica con el abuso del cargo o función, constituyendo parte de la antijuridicidad de la acción y no de los elementos del tipo penal.

¹⁶⁹ Por todos, ver ETCHEBERRY, obra citada, T. III, pág. 377.

En un planteamiento doctrinario especial, Bustos y Medina¹⁷⁰, incluyen la apropiación indebida, entre las modalidades de exacciones ilegales que presentan ciertas similitudes con los fraudes. Se deduce de ello que el incumplimiento de una obligación funcionaria de entregar o de devolver los derechos excesivos sería una hipótesis admisible en el tipo penal del art. 241, primera parte. Esta situación podría darse cuando el sujeto pasivo ha hecho una provisión anticipada de dinero para proveer el pago del servicio público, y los derechos resultan ser menores a los previstos, produciéndose la conducta ilícita en el contexto de una exigencia ilícita del exceso, bajo la negativa del funcionario a restituirlo. Este caso podría darse también cuando los anticipos corresponden a un servicio diferente que presta el sujeto activo, o simplemente cuando éste es tenedor fiduciario de dineros pertenecientes al sujeto pasivo, por otros motivos.

Según lo expuesto en la primera parte de este trabajo, no compartimos la doctrina que admite la inducción de la voluntad del sujeto pasivo, como modalidad de la conducta ilícita, independiente del engaño. En el léxico común, la acción de inducir consiste en instigar, persuadir, mover a alguien¹⁷¹. Desde luego, entendemos que la comunicación del requerimiento ilícito queda completa con su recepción y comprensión de su significado por el sujeto pasivo, sin necesidad de ningún efecto ulterior. Si por inducción se entiende el intento de instigar o persuadir al sujeto pasivo para acceder al requerimiento ilícito, debe desestimarse en la medida que no alcance a constituir una efectiva exigencia, revestida de perentoriedad o imperatividad. Así sucede con los consejos o las exhortaciones que no se fundamentan en una supuesta obligación de pagar los derechos excesivos; y tampoco cuando las formas ocultan una auténtica conminación, sea encubierta o velada. En el fondo, la inducción como efecto en el sujeto pasivo es extraña a la figura penal del art. 241, primera hipótesis, y sólo es concebible como parte integrante de la conducta ilícita de la exigencia o de la eventual conminación, careciendo de relevancia autónoma en este tipo penal.

¹⁷⁰ BUSTOS Y MEDINA, obra citada, pág. 687 y 688.

¹⁷¹ Diccionario de la Lengua Española, obra citada, 1ª acepción.

3. El objeto material de la acción.

El objeto material de la acción en el tipo del art. 241, primera hipótesis, consiste en una suma correspondiente a derechos superiores a los asignados al funcionario público en razón de su cargo. De acuerdo con el léxico común¹⁷², se entiende por derecho, en este caso, la cantidad que se paga al funcionario, con arreglo a arancel y normalmente en dinero, por un hecho consignado o así previsto por la ley. La figura penal considera sólo cuantitativamente este exceso de derechos, y no alude a una diferencia cualitativa en cuanto a una exigencia de derechos distintos a los debidos, situación que se presenta en la realidad con alguna frecuencia y que encubre abusos funcionarios. Esta hipótesis puede develar un vacío de punibilidad, ya que no está contenida en ninguna de las hipótesis del art. 241.

4. El elemento normativo del tipo.

Este elemento corresponde al concepto jurídico de los derechos excesivos de los señalados al funcionario por razón de su cargo. Supone una referencia al concepto de derechos, precedentemente señalado, y el cobro excesivo guarda relación con la infracción del arancel correspondiente, fijado por la autoridad a través de normas generales o especiales, en relación con la naturaleza del acto propio del servicio público, a la cuantía del interés particular, a la complejidad del acto funcionario, y a otros factores semejantes. Tal es el caso de los aranceles fijados por la autoridad respecto de ciertos servicios que prestan los diversos sujetos calificados.

¹⁷² Diccionario de la Lengua Española, obra citada, acepción 20ª.

II. El tipo subjetivo

La fase subjetiva en el tipo del art. 241, primera parte, se circunscribe al dolo, que debe ser directo en cuanto a la fase comunicativa y basta que sea eventual respecto del exceso en los derechos reclamados.

El tipo penal no requiere explícitamente del ánimo de lucro, aunque la estructura del injusto determina que la conducta ilícita presente un interés pecuniario para el sujeto activo.

Además, la efectiva percepción del mayor derecho constituye un acto copenado impune, y no es un elemento de la figura penal en análisis.

El error en los elementos del tipo objetivo excluye el tipo subjetivo e implica la atipicidad de la conducta realizada bajo la falsa percepción de legitimidad del cobro. Sin embargo, la precisión y publicidad que presentan los aranceles hacen difícil admitir el error en este punto.

III. Concursos de leyes y de delitos.

1) Antes de analizar las relaciones concursales entre el tipo del art. 241, primera hipótesis, y otras figuras penales, es necesario efectuar ciertas consideraciones acerca de casos en que excluyo la posibilidad de concursos entre aquel tipo y los delitos de cohecho del art. 248 y de exacciones ilegales del art. 157:

a) En primer lugar, existe una distinción fundamental entre el tipo del art. 241, primera hipótesis y el delito de cohecho previsto en el art. 248, primera parte, que sanciona al empleado público que solicitare o aceptare recibir mayores derechos de los que le están señalados por razón de su cargo. La diferencia entre ambas figuras penales radica precisamente en la modalidad esencial de las respectivas conductas ilícitas, la exigencia en la primera y la solicitud en la segunda. En el tipo del art. 241, primera hipótesis, la conducta consiste en exigir, esto es, en un requerimiento perentorio de pago de derechos excesivos, en el sentido antes expuesto. Como lo ha reconocido la doctrina en forma mayoritaria¹⁷³, frente a la exigencia el receptor tiene la calidad de sujeto pasivo, afectado en su libertad de determinación y potencialmente en su patrimonio. En cambio, en la conducta ilícita de cohecho del art. 248, primera hipótesis, el funcionario solicita al sujeto pasivo el pago del exceso indebido de derechos, esto es, planteando una petición o pretensión que carece de contenido perentorio o imperativo. Esta última conducta contiene una proposición dirigida al sujeto receptor para que consienta en el pago, y sólo si así ocurriere, el usuario del servicio público pasa a ser sujeto activo del delito de soborno del art. 250. En los registros de la tramitación de la Ley 19.645 se dejó expresa constancia que “en la figura de la exacción de derechos, el particular es siempre una víctima y, en cambio, en el cohecho puede tener dicha calidad o la de partícipe en la comisión del delito”¹⁷⁴. La diferencia de ambas conductas ilícitas, esto es, entre exigir y solicitar, implica que la figura del art. 241 que nos ocupa reviste mayor gravedad, en razón del abuso adicional del cargo que contiene la perentoriedad o imperatividad de la exigencia, especialmente por afectar a la libertad de determinación del sujeto pasivo. En cambio, la conducta de pedir o solicitar prevista por el art. 248, primera parte, no implica lesión a su libertad. La consecuencia natural es que la figura del art. 241 debe contemplar una sanción superior a la atribuida a la conducta ilícita por el art. 248. Así consta en la

¹⁷³ Por todos, SOLER, obra citada, pág. 196.

¹⁷⁴ Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, en Historia de la Ley 19.645, obra citada, pág. 150.

historia fidedigna de la Ley 19.645¹⁷⁵. Así se refleja en la sanción de inhabilitación prevista para el ilícito del art. 241 y la de suspensión establecida para el delito del art. 248. Paradojalmente, sin embargo, la situación legal es la inversa en lo que se refiere a la pena privativa de libertad, puesto que el delito del art. 248 contiene una pena sanción privativa de libertad y no así la figura penal del art. 241. Pese a la intención abstracta del legislador, el resultado efectivo en cuanto a la pena de privación de libertad, consistió en el establecimiento de un privilegio injustificado para la conducta más grave, alterando el principio de proporcionalidad de las penas en relación con la magnitud lesiva de las acciones ilícitas.

En consecuencia, no se concibe la existencia de concurso alguno entre la figura penal del art. 241, primera parte, y el delito de cohecho del art. 248, primera parte. Lo propio ocurre respecto del delito de soborno, del art. 250.

b) Además, cabe descartar todo concurso entre los tipos penales del art. 157, ambos incisos, y el delito previsto en el art. 241, primera parte.

En el caso de las figuras penales del art. 157, el inciso 1º contempla una exacción en que se invoca un interés público, que se contrapone al interés privado que existe en la conducta ilícita del tipo del art. 241, como lo destaca Etcheberry¹⁷⁶.

En cuanto al delito del art. 157, inciso 2º, según lo expuesto precedentemente, requiere del fingimiento de un interés público, bajo la forma de una pretendida contribución o servicio personal, conceptos vinculados a dicho interés y no al beneficio

¹⁷⁵ Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, en Historia de la Ley 19.645, obra citada, pág. 150.

¹⁷⁶ ETCHEBERRY, obra citada, T. IV, pág. 251.

particular del funcionario; en cambio, los derechos excesivos del art. 241 manifiestamente son exigidos en interés del sujeto activo.

2) En general, los concursos de mayor interés que se presentan entre el tipo penal del art. 241, primera hipótesis, y los delitos comunes que sean pertinentes, se resuelven de acuerdo con las reglas del concurso ideal de delitos, del art. 75. Tal solución se fundamenta en la disparidad relativa de bienes jurídicos tutelados, en especial, el relativo al funcionamiento de la administración de justicia, de acuerdo con los criterios antes expuestos.

En especial, cabe mencionar los siguientes concursos ideales entre la figura del art. 241, primera hipótesis, y los siguientes delitos comunes:

a) Entre la exacción ilegal del art. 241, primera parte, de concurrir el elemento eventual del engaño, y la estafa por engaño.

b) Entre la figura penal de art. 241, primera parte, y la apropiación indebida del art. 470 N° 1, especialmente respecto de dineros anticipados en exceso por el sujeto pasivo.

c) Las relaciones concursales entre el tipo penal del art. 241, primera hipótesis, de concurrir el elemento eventual de conminación, y también los requisitos de alguno de los tipos de amenazas de los arts. 296 y 297, o los elementos de la figura penal del art. 161-B.

d) En el evento de cometerse la exacción ilegal del art. 241, primera hipótesis, mediante violencia, el concurso ideal se presente respecto del tipo de falta del art. 494 N° 16. Si la exacción ilegal se comete en el contexto de violencia o intimidación destinadas al apoderamiento de dinero para dar satisfacción a los derechos excesivos, se producirá un concurso ideal de delitos con la figura penal de robo que corresponda a las circunstancias del caso; y si la violencia o intimidación se emplea para obligar al

sujeto pasivo a suscribir, otorgar o entregar un instrumento representativo de dinero, y mediante éste obtener el pago ilícito, se producirá un concurso ideal de delitos con la extorsión prevista en el art. 438.

3) Los concursos entre la conducta ilícita del tipo penal del art. 241, primera hipótesis, y ciertos delitos funcionarios, cuando aquella esté acompañada de modalidades de presión al sujeto pasivo para que acceda a la exacción indebida, deben ser resueltos de distinta forma. Tales son los casos de modalidades comisivas de vejaciones injustas o de apremios indebidos del art. 255; de denegación del servicio público del art. 256; o de negativa de dar certificado o testimonio, del art. 257. En estos casos se presenta un concurso medial, a resolverse conforme al art. 75.

SECCIÓN TERCERA

Las exacciones ilegales en interés particular cometidas por funcionario público al que no le están asignados derechos en razón de su cargo, del art. 241.

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

En esta sección, se analiza la segunda hipótesis prevista en el texto vigente del art. 241, esto es, las exacciones ilegales de un beneficio económico, en interés particular, cometidas por funcionario público, en razón de la ejecución de un acto propio de su cargo, al que no le están asignados derechos.

Explicaciones preliminares.

i. Historia del precepto legal.

El tipo penal que nos ocupa fue incorporado por la Ley 19.645¹⁷⁷, que modificó diversas disposiciones del Código Penal relativas a delitos de corrupción. La

¹⁷⁷ Publicada en el Diario Oficial de 11 de diciembre de 1999.

actualización de estas figuras legales forma parte del cumplimiento de compromisos asumidos por Chile en los tratados internacionales que tienen por objeto sancionar de manera eficaz la corrupción que se produce en el plano internacional y que se conecta con la que se desarrolla en los estados signatarios.

En especial, la incorporación del tipo penal contenido en el art. 241, segunda hipótesis, corresponde a una sistematización penal de ciertas figuras penales vinculadas a los delitos de cohecho. Además, solucionó un vacío legal antes existente¹⁷⁸, al tipificar las exacciones ilegales cometidas por funcionario público cuyo desempeño no tiene asignados derechos. La reforma las limitó a la hipótesis más frecuente, en que las exacciones ilegales se realizan con motivo de la realización, sea futura o pretérita, de un acto propio del cargo. En cambio, la reforma del art. 241 no incluyó en la tipificación penal los casos en que el beneficio se exige en conexión con conductas funcionarias que fueren impropias del cargo, vulneraren los deberes respectivos o constituyeren delito, es decir, las exacciones correspondientes a las figuras de cohecho actualmente previstas en los arts. 248 bis y 249. Probablemente, esta exclusión obedece a que estas últimas situaciones corresponden más bien a hipótesis de cohecho y no de exacciones ilegales.

Es relevante destacar la similitud y paralelo que presenta el tipo penal del art. 241, segunda hipótesis, respecto de la tipificación del tipo de cohecho contenido en el art. 248¹⁷⁹, segunda parte. Es de especial interés y trascendencia, según se analizará más adelante, la diferencia fundamental entre las respectivas conductas típicas, consistente en “solicitar” en el art. 248, y en “exigir” en el art. 241.

¹⁷⁸ Advertido por ETCHEBERRY, obra citada, T.IV, pág. 253.

¹⁷⁹ En lo pertinente, el art. 248 sanciona al empleado público que solicita 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.

ii. El objeto de protección.

Los bienes jurídicos protegidos en esta figura penal, de naturaleza pluriofensiva, son aquéllos ya reiterados precedentemente, es decir, el recto funcionamiento de administración pública y la libertad de determinación del sujeto pasivo, que son lesionados por la conducta ilícita, y además, en cuanto pone en peligro su patrimonio.

I. Las características especiales del tipo objetivo del delito previsto en el art. 141, segunda parte.

1. Los sujetos.

1.1. El sujeto activo.

En esta figura penal, es sujeto activo el empleado público que carece de la facultad de cobrar y percibir beneficios económicos, con motivo del ejercicio de su cargo, ya sea en beneficio propio como de terceros. Es decir, corresponden a aquellos funcionarios que no se encuentran comprendidos en la primera hipótesis del art. 241. Rodríguez y Ossandón¹⁸⁰ incluyen en esta figura a los funcionarios públicos que en general cobran regularmente derechos por sus servicios, pero que en el caso especial les está prohibido hacerlo, como en el privilegio de pobreza. De esta forma, en este tipo penal se sanciona la exigencia de derechos indebidos, por ser improcedentes en forma absoluta o relativa. La segunda hipótesis del art. 241 es una figura penal que

¹⁸⁰ RODRÍGUEZ Y OSSANDÓN, obra citada, pág. 332.

tiene el carácter de general respecto de la primera hipótesis, cuya naturaleza especial deriva de la circunstancia de corresponder a casos excepcionales de funcionarios autorizados para cobrar por sus servicios.

1.2. El sujeto pasivo.

Según lo analizado en la primera parte de este trabajo, es sujeto pasivo u objeto personal de la acción, según corresponda, cualquier persona dotada de libertad natural de determinación.

2. **La conducta ilícita en el tipo penal del art. 241, segunda parte.**

2.1. La naturaleza imperativa de la conducta ilícita.

Durante la tramitación de la Ley 19.645, se presentó una discrepancia entre la Cámara de Diputados, que proponía sustituir la conducta de exigir por la de solicitar en los tipos penales de exacciones ilegales; y el Senado, que desaprobaba tal proposición. Finalmente, prevaleció esta última posición. La tramitación de la citada ley dio lugar a numerosas consultas e informes de especialistas y a diversas consideraciones, quedando constancia en la compilación oficial del extendido debate parlamentario que se produjo al efecto.

Respecto de la conducta típica de las exacciones ilegales del art. 241, cabe hacer las siguientes referencias a tres aspectos que fueron expresamente definidos durante el citado debate parlamentario:

a) Con relación al sentido y alcance de la conducta ilícita, en el Senado se dejó constancia que “el verbo rector ‘exigir’ denota con precisión que la conducta merecedora de reproche penal no es una mera solicitud del funcionario a la cual el particular podrá negarse sin riesgo alguno para sus intereses, sino de un requerimiento que aparece revestido de fundamento legal”¹⁸¹.

b) En cuanto a la vinculación de la conducta ilícita con el sujeto pasivo, se señaló en el Senado: “Frente al particular es una exigencia que la ley asocia al ejercicio público, en orden a imponerle el deber jurídico de enterar los derechos que reclama el funcionario....”¹⁸².

c) En lo que se refiere a la función de los verbos rectores de los tipos penales de los arts. 241 y 248, en la Comisión Mixta se precisó que la conducta de “exigir” “es la acción propia del delito de exacciones ilegales”, y la de “solicitar” “es la acción propia del delito de cohecho activo para acto propio del cargo”¹⁸³.

d) Además, se dejó expresa constancia que “a fin de subrayar” la referida distinción, se decidió aumentar la pena asignada a la figura del art. 241, de suspensión del cargo u oficio a la de inhabilitación especial para el ejercicio del cargo en cualquiera de sus grados¹⁸⁴. Sin embargo, pese a dicha motivación, se mantuvo la pena privativa de libertad asignada al delito del art. 248 y el consecuente privilegio respecto del delito del art. 241, que no contempla pena alguna de esa naturaleza.

¹⁸¹ Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, en Historia de la Ley 19.645, obra citada, pág. 149

¹⁸² Ibid.

¹⁸³ Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, en Historia de la Ley 19.645, obra citada, pág. 149. Además, Informe de la Comisión Mixta, en base a la opinión de Antonio Bascañán Rodríguez, obra citada, pág. 279.

¹⁸⁴ Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, en Historia de la Ley 19.645, obra citada, pág. 150.

Respecto del sentido y alcance de la acción de exigir y su distinción de la conducta de solicitar, las precisiones contenidas en la historia fidedigna de la reforma introducida por la Ley 19.645, no obstante su referencia al art. 241, constituyen postulados generales, aplicables a todas las exacciones ilegales. Además, confirman la hipótesis central del presente trabajo, en cuanto a la función central y de contornos autónomos de la acción de exigir, contenida en los tipos penales de exacciones ilegales.

La figura del art. 241 indica que la exigencia puede formularse “directa o indirectamente”, fórmula que a nuestro juicio es superflua, según lo indicado en la sección precedente. En la tramitación de la Ley 19.645 se dejó expresa constancia que “lo directo o indirecto de la exigencia no se refiere a los modos de comisión del delito, sino que a las distintas formas de comunicación personal que puede emplear el agente para perpetrarlo”¹⁸⁵.

En ausencia de la exigencia ilícita, si el beneficio es pagado al funcionario en forma voluntaria y espontánea, es aplicable a la conducta del particular la figura de soborno del art. 250.

En el tipo penal del art. 241, segunda hipótesis, la exigencia se vincula subjetivamente con la realización futura o pretérita, por el sujeto activo, de un acto propio de su cargo.

¹⁸⁵ Ibid.

La conducta ilícita de exigir un beneficio económico “para” ejecutar tal acto, significa que dicha preposición cumple la función de establecer entre ambos extremos una relación de motivo o causa¹⁸⁶. Esto implica que se condiciona el servicio funcionario a la entrega del objeto material de la acción, en el sentido postulado por Etcheberry¹⁸⁷. Dicho de otra forma, la conducta ilícita contiene una verdadera conminación, en la que se exige el beneficio ilícito al sujeto activo bajo amenaza, implícita al menos, de un mal injusto, consistente en la falta de ejecución del acto funcionario debido. En consecuencia, esta hipótesis efectivamente presenta una naturaleza conminatoria, según la descripción de la figura penal.

En cambio, cuando la exigencia ilícita se expresa en razón de un acto ya ejecutado, propio del cargo funcionario, la situación es distinta. En el plano lógico, se entiende que la preposición “por” indica la idea de compensación o equivalencia entre el acto antes ejecutado y el requerimiento actual. Sin embargo, suponiendo hipotéticamente que pueda darse en la práctica una exigencia idónea para el tipo penal en análisis, no se advierte cómo podría existir una conminación. De esta forma, en este caso, simplemente no se concibe una amenaza, en razón del acto funcionario ya prestado. Si se agregara una conminación vinculada a hechos ajenos a ese acto, podría darse un concurso de leyes o de delitos, según el caso.

2.2. Los medios comisivos eventuales.

Según se indicó en la sección precedente, el tipo del art. 241 no contiene medios comisivos especiales, distintos a la exigencia que configura la conducta ilícita prevista en la segunda parte del citado precepto legal, y del abuso de autoridad que subyace en ella. La única particularidad de ambas figuras penales es la conminación

¹⁸⁶ Diccionario de la Lengua Española, obra citada, acepciones 6ª y 7ª.

¹⁸⁷ ETCHEBERRY, obra citada, T.IV, pág. 251.

que contiene el requerimiento ilícito, realizada en relación con un acto funcionario futuro. La conducta punible en esta figura penal es independiente de otros medios de ejecución, como son el engaño o el abuso de confianza.

Además, cabe reiterar que no es necesaria la creencia del sujeto pasivo acerca de la legalidad de la exigencia; y que la inducción como medio de comisión, incluyendo los consejos y exhortaciones, es extraña a esta figura penal.

3. El objeto material de la acción.

En el tipo penal del art. 241, segunda hipótesis, el objeto material de la acción consiste en un beneficio económico, esto es, en un provecho de significación patrimonial, según lo precisan Rodríguez y Ossandón¹⁸⁸. La conducta ilícita comprende el beneficio para el propio funcionario público o un tercero.

Tratándose de un tipo penal establecido con base en una exigencia funcionaria, no en una solicitud ni en una iniciativa espontánea del particular, no es aplicable en este caso el criterio de adecuación social o de falta de lesividad penal que presentan los donativos de menor entidad que se realizan a determinados funcionarios públicos, conforme a la costumbre o a la cortesía.

II. El tipo subjetivo.

Debido a la configuración de las relaciones motivacionales entre la ejecución del acto propio del cargo funcionario y el beneficio exigido, sólo se concibe la comisión del tipo del art. 241, segunda parte, mediante dolo directo, en relación con todos los

¹⁸⁸ RODRÍGUEZ Y OSSANDÓN, obra citada, pág. 332.

elementos del tipo. En el sujeto activo, la fase subjetiva comprende el ánimo de obtener un beneficio económico, sea para sí o para un tercero. Se trata, por tanto, de un delito de tendencia interna intensificada.

Según se ha dicho, el error en los elementos del tipo objetivo implica la atipicidad de la conducta ilícita.

III. Concursos de leyes y de delitos.

En general, me remito a la sección precedente, siendo aplicable, en la presente, todas las consideraciones, problemas y soluciones contenidas en aquel apartado.

Según se expuso precedentemente, la diferencia esencial entre el tipo del art. 241, segunda hipótesis, y el delito de cohecho previsto en el art. 248, segunda parte, radica en el sentido y alcance de las respectivas conductas típicas: la exigencia imperativa en el primero y la solicitud en el segundo. En términos sencillos y de acuerdo a lo expuesto, la exacción ilegal contiene un requerimiento imperativo, que se plantea ante el sujeto pasivo como prestación obligatoria, es decir, se impone y no se propone. En cambio, en el cohecho, la solicitud contiene una proposición y no una imposición, y constituye una petición o pretensión carente de imperatividad. Tratándose de tipos penales diferentes, no dan lugar a concursos.

En distinto sentido opinan Politoff, Matus y Ramírez¹⁸⁹, para quienes la figura del art. 241 ha quedado prácticamente sin contenido, puesto que “como toda exigencia

¹⁸⁹ POLITOFF, SERGIO, MATUS, JEAN PIERRE, y RAMÍREZ, MARÍA CECILIA, en Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial, 689 págs., Edit. Jurídica de Chile, 2007, págs. 503 y 504.

lleva ínsita una solicitud condicional, es imposible cometer este delito sin cometer al mismo tiempo el de cohecho del art. 248 CP”, concluyendo que el tipo penal del art. 241 es una figura agravada de cohecho pasivo propio y no un delito diferente. Esta posición daría lugar a un concurso aparente de leyes penales, a ser resuelto conforme al principio de consunción, a favor del tipo penal del art. 241.

Además, procede descartar todo concurso entre los tipos penales del art. 157, ambos incisos, y el delito previsto en el art. 241, segunda parte, atendida la circunstancia de que en aquéllos se invoca un interés público, que se contrapone al interés privado en la conducta ilícita del tipo del art. 241.

Las relaciones concursales entre el tipo penal del art. 241, segunda hipótesis, y ciertos delitos comunes, se resuelven conforme al concurso ideal de delitos, del art. 75, por la diferencia relativa de los intereses protegidos. Tales son los concursos, en sus respectivos supuestos, con la estafa por engaño; la apropiación indebida; los delitos de amenazas; la coacción violenta; los robos con violencia o intimidación; y la extorsión.

En cambio, las relaciones concursales entre el tipo penal del art. 241, segunda hipótesis, y ciertos delitos funcionarios, pueden presentar un concurso medial, a resolver conforme al art. 75, o un concurso de leyes, según las circunstancias del caso. Tales serían los concursos con los delitos de vejaciones injustas o de apremios indebidos del art. 255; de denegación del servicio público del art. 256; o de negativa de dar certificado o testimonio, del art. 257.

CUARTA PARTE

CONCLUSIONES

I. Síntesis de los resultados y conclusiones obtenidos de la investigación.

A. Resultados y conclusiones relativos a las características generales y comunes de los tipos penales de exacciones ilegales.

El resultado y conclusión fundamental consiste en un concepto definido de la naturaleza y características generales de la conducta ilícita, que es común a todos los tipos objetivos de las figuras penales de exacciones ilegales analizadas en este trabajo.

El elemento común radica en la calidad imperativa o perentoria que particulariza a la conducta ilícita, basada en la aparente obligatoriedad de la prestación requerida, esto es, en un supuesto deber del sujeto pasivo en orden a satisfacerla. La exigencia ilegal intenta motivar al sujeto pasivo para cumplir la exigencia, de acuerdo con la normal inclinación de los ciudadanos de dar cumplimiento a sus deudas, cuando se les plantea formalmente como tales, por ciertos sujetos preeminentes, en forma concretamente idónea y mediante una comunicación adecuada. La naturaleza imperativa de la conducta ilícita se apreciará en cada caso, conforme al contexto situacional respectivo.

Las características mencionadas permiten diferenciar con precisión la conducta ilícita propia de las exacciones ilegales de otros comportamientos que le son ajenos, como las meras solicitudes, los consejos o exhortaciones; y también de los fenómenos psicológicos posteriores a la consumación de la acción, que no presentan relevancia penal para este efecto.

Además, la definición de la naturaleza propia de la conducta ilícita de las exacciones ilegales, permite diferenciarla conceptualmente de otras modalidades y medios comisivos, sustancialmente distintos a aquella conducta. Tales son, principalmente, la conminación y el engaño, que constituyen elementos necesarios en algunos tipos de exacciones ilegales, y en otros sólo son eventuales. La diferenciación es relevante, puesto que estos medios normalmente están presentes en las conductas de exacciones ilegales, al punto de causar ciertas confusiones conceptuales.

Es inherente a la exigencia ilícita la preeminencia del sujeto activo en las vinculaciones personales, siempre que sea idónea para revestir de seriedad y verosimilitud al requerimiento ilícito. Esta preeminencia implica una posición superior y privilegiada del sujeto activo respecto del sujeto pasivo, pudiendo ser real o fingida, preexistente o coetánea a la acción. Esta posición del sujeto activo normalmente está asociada al cargo y función pública, en concreto, como ha ocurrido históricamente. El novedoso tipo del art. 147 plantea la necesidad de concebir esta posición en distinta forma, desde la perspectiva de los particulares.

Las exacciones ilegales tienen la calidad de delitos de expresión, en cuanto la conducta ilícita se realiza y completa mediante la comunicación del requerimiento al sujeto pasivo, en circunstancias que permitan que éste perciba el mensaje y comprenda su significado; sin que sea necesario ningún efecto ulterior en la

exteriorización de la conducta, ya sea psicológico o de cumplimiento de la prestación exigida. En consecuencia, sólo puede ser sujeto pasivo de las exacciones ilegales quien tenga la capacidad natural de libertad de determinación dotada de suficiencia para tomar conocimiento y comprender el significado de la exigencia típica.

Por otra parte, el trabajo presenta un resultado y conclusión consistente en una concepción de las exacciones ilegales como delitos de resultado material, puesto que la acción se concreta en una mutación externa, consistente en la percepción del requerimiento ilícito y la comprensión de su significado, por parte del sujeto pasivo, en circunstancias que sean objetivamente imputables a la acción. Siendo delitos de resultado, admiten la tentativa y la frustración punibles. Finalmente, en razón de la configuración de la conducta ilícita, sólo se concibe su comisión mediante acción y no por omisión.

B. Resultados y conclusiones relativos a las características particulares de la tipicidad de los diferentes delitos de exacciones ilegales.

1. Resultados y conclusiones con relación a las características especiales del tipo objetivo del delito de exacción ilegal en interés público, cometida por funcionario público, previsto en el art. 157, inciso 1º del Código Penal.

La norma penal atribuye la calidad de sujeto activo a todo funcionario público, aunque no esté encargado del cobro o percepción de tributos. La calidad funcionaria debe ser real y efectiva, aunque se simule un cargo o función diferente a la real, o se finja facultades inexistentes. El denominado funcionario de hecho también puede ser sujeto activo de este delito. Los funcionarios judiciales están comprendidos en la

calidad de sujeto activo, incluyendo los jueces de la judicatura ordinaria y especial, los fiscales judiciales y los peritos judiciales, debido a que la ley no hace distinción alguna.

En esta figura penal, la perentoriedad de la exigencia se basa en la preeminencia que tiene el funcionario público, como ejecutor de la función pública e integrante de la administración pública, y también en la presunción general de regularidad de los actos y requerimientos administrativos. Es inherente a la perentoriedad de la conducta ilícita el abuso de autoridad, mediante el uso indebido del cargo público y la vulneración de deberes funcionarios, asociados éstos a la probidad funcionaria.

El tipo penal del art. 157, inciso 1º, contiene una modalidad necesariamente engañosa, consistente en el uso de un pretexto cualquiera, como motivo fingido o causa simulada o aparente de la exacción. Además, en cuanto normalmente la conducta ilícita es generadora de perjuicio pecuniario, tiene la calidad de fraudulenta. Sin embargo, el comportamiento típico no es necesariamente fraudulento, particularmente cuando su objeto material esté constituido por servicios personales que carecen de valor pecuniario.

En cuanto a la conminación, no es un elemento previsto por el tipo penal ni es necesaria en la conducta típica, aunque normalmente subyace en la posición del sujeto activo una amenaza implícita para el sujeto pasivo.

Los objetos materiales de la acción son las contribuciones, en el significado general de tributos, siempre de naturaleza patrimonial, y los servicios personales, que no siempre revisten tal naturaleza. Quedan excluidas del tipo otras prestaciones, como las impuestas en calidad de sanciones

pecuniarias, los comisos en materia penal y las asociadas a las ejecuciones forzadas en juicios civiles.

El elemento normativo del tipo se expresa de manera formal, mediante un texto legal complejo, que puede sintetizarse como la ilegalidad de la exacción, en cuanto se realiza indebidamente o sin derecho, mediante abuso del cargo público.

El tipo subjetivo admite el dolo, que en general debe ser directo, debido a la estructura compleja del tipo y de la fase comunicativa; aunque es concebible que se realice la conducta ilícita con dolo eventual en lo que se refiere al elemento normativo y al pretexto utilizado. El elemento subjetivo del tipo consiste en el interés público que debe motivar la conducta ilícita.

2. Resultados y conclusiones con relación a las características especiales del tipo objetivo del delito de exacción ilegal en interés público, cometido por particular, previsto en el art. 147 del Código Penal.

En este tipo penal, el sujeto activo puede ser cualquier particular, incluso quien finge la calidad de funcionario público facultado para imponer contribuciones o servicios personales, o simula ser delegado de la autoridad.

La exacción ilegal del art. 147 presenta una modalidad esencialmente engañosa, normalmente defraudatoria, y eventualmente conminatoria. Con todo, ciertos particulares que intervienen en los procedimientos de percepción de tributos se encuentran en situación de preeminencia para la comisión de este ilícito, de manera idónea para dar imperatividad al requerimiento ilícito. Sin embargo, en la comisión de este ilícito, lo normal es que el sujeto activo base su preeminencia en una relación

preexistente, en el engaño o en la conminación. Será requisito necesario de la conducta ilícita la simulación de facultad para formular la exigencia, revestida de idoneidad suficiente para desvirtuar la presunción de incompetencia de los particulares para imponer tributos o servicios personales con finalidad pública.

3. Resultados y conclusiones con relación a las características especiales del tipo objetivo del delito de exacción ilegal con ánimo de lucro, cometido por funcionario público, del art. 157, inciso 2º del Código Penal.

El resultado del análisis crítico consiste en que esta figura penal merece serios reparos. De partida, la fórmula legal descansa en una estructura típica que, en apariencia, consiste en la misma conducta prevista en el inciso 1º, con la salvedad del ánimo de lucro. Sin embargo, pese a que el texto legal se remite a los párrafos 2 u 8 del Título IX, sólo para efectos de la penalidad, la frase “según corresponda” implica la necesaria y previa selección del tipo penal aplicable, entre las diversas figuras penales que contienen dichos párrafos, para efectos de la asignación de la pena aplicable al caso concreto. De tal forma, si el caso concreto no logra configurar ninguno de los tipos contenidos en los mencionados párrafos 2 u 8, sería impune, aunque cumpliera con los requisitos de la tipicidad del art. 157, inciso 2º. Respecto de este tipo penal, también es impune la exacción violenta o realizada bajo intimidación, relativa a bienes incorporales y a servicios personales, por tratarse de objetos que son ajenos a las figuras penales contenidas en el párrafo 2 del citado Título IX.

En la conducta ilícita del art. 157, inciso 2º, la referencia del tipo penal a la exacción del inciso 1º implica la necesaria concurrencia del elemento engaño, mediante la utilización de un pretexto cualquiera. Esto significa que la hipótesis engañosa es una figura general respecto de la exacción ilegal violenta o intimidatoria,

y ésta tiene la calidad de figura penal especial. En este sentido, si en la conducta concurre sólo la violencia o la intimidación y no el engaño, la conducta sería atípica del delito de exacciones ilegales y eventualmente sancionable en razón de otras figuras penales.

Además, pese al propósito del legislador en orden a incluir todos los medios comisivos que normalmente concurren en las exacciones ilegales, inexplicablemente excluyó del art. 157, inciso 2º, las conminaciones de naturaleza diferente a las que son propias de los delitos de robo y de extorsión, en especial aquellas que configuran los delitos de amenazas. En cuanto a la penalidad, la simple remisión legal a las sanciones de delitos comunes no otorga significación especial al abuso de la calidad funcionaria.

4. Resultados y conclusiones con relación a las características especiales del tipo objetivo del delito de exacción ilegal de derechos superiores a los debidos, cometido por funcionarios públicos, del art. 241 del Código Penal.

Estando limitado el sujeto activo al empleado público que en razón de su cargo cobra derechos en beneficio propio, quedan excluidos tanto el particular como el funcionario público que simulan tal potestad.

El tipo penal no establece medios comisivos especiales, careciendo de relevancia en la configuración de la conducta ilícita el empleo de engaño, la conminación u otras modalidades.

5. Resultados y conclusiones con relación a las características especiales del tipo objetivo del delito de exacción ilegal en interés particular, cometido por funcionario público al que no le están asignados derechos en razón de su cargo, del art. 241.

Este tipo penal del art. 241, segunda parte, tiene el carácter de general o residual respecto de la primera hipótesis de esa norma. Así resulta del texto de la segunda parte del art. 241, que se refiere a cualquier empleado público, salvo el que tiene asignados derechos por el cumplimiento de los deberes propios de su cargo; y además, debido a que el objeto material es un beneficio económico, y los derechos también lo son, constituyendo una forma particular de dicho beneficio.

En general, el texto legal no establece medios comisivos especiales. Sin embargo, en la hipótesis de exigencia ilícita realizada en razón de un futuro acto funcionario, se presenta una necesaria conminación, a lo menos implícita. En cambio, no es concebible la conminación en la exacción de un beneficio en razón de un acto funcionario ya realizado.

C. Resultados y conclusiones respecto de la solución de concursos.

La aplicación de los resultados generales y particulares obtenidos a los problemas concursales tratados ha permitido ofrecer soluciones que considero coherentes y precisas. Además, he intentado ampliar el enfoque tradicional de la doctrina en materia de concursos que se presentan entre los tipos penales de exacciones ilegales y otros delitos comunes y especiales.

II. Comprobación de la hipótesis

Los resultados obtenidos permiten dar por comprobada la hipótesis de este trabajo, mediante la concepción precisa y autónoma de la conducta ilícita fundamental, esto es, de la exigencia o imposición de carácter imperativo o perentorio, basada en la preeminencia del sujeto activo, que plantea como prestación obligatoria ante el sujeto pasivo, mediante la comunicación del requerimiento, que se completa con la captación por dicho sujeto del mensaje ilícito y la comprensión de su significado, sin necesidad de otros efectos ulteriores. Además, el concepto fundamental permite diferenciar conceptualmente la conducta ilícita propia de las exacciones típicas, de otros medios comisivos eventuales o requeridos en particular por algunas de las figuras penales materia de estas líneas. La particularidad de las soluciones propuestas para dar solución a los diferentes problemas concursales, hace imposible sintetizar los resultados obtenidos.

III. Conclusión general

Los tipos penales de exacciones ilegales del Código Penal, tratados en este trabajo, pese a sus deficiencias y limitaciones dogmáticas y sistemáticas, permiten sin embargo establecer principios y elementos comunes, aplicables a todos ellos, en términos de establecer su sentido y alcance en forma precisa y respetuosa de los principios y normas interpretativas penales. Si bien sus vacíos e imprecisiones son notables, estas figuras legales mantienen su vigencia y son susceptibles de aplicarse eficazmente en la persecución penal de la corrupción.

IV. Aportación a la dogmática penal respecto de los tipos de exacciones ilegales contenidos en el Código Penal.

Este trabajo intenta hacer un aporte a la dogmática penal relativa a las exacciones ilegales, en términos de identificar en forma más precisa e incisiva los elementos de la tipicidad que las caracterizan. En especial, para efectos de determinar la naturaleza y características de la conducta ilegal de exigir, en forma autónoma a la solicitud que es propia de los delitos de cohecho. Además, cumple con la finalidad de diferenciar el comportamiento ilícito de las exacciones ilegales, respecto de determinados medios comisivos de diferente estructura y función, ya sea que formen parte del tipo objetivo de otras figuras penales, o bien que tengan relevancia penal en la aplicación de la sanción, como sucede con ciertas circunstancias agravantes de responsabilidad penal. Esa tarea permite la elaboración de un comportamiento típico que se inserta con perfil propio entre las modalidades que incorporan una interferencia en la libertad de determinación y asimismo, la inserción del abuso funcionario con independencia de la significación adicional de aquellos medios comisivos. La demarcación entre la conducta propia de las exacciones ilegales y esos medios comisivos, permite definir y dar mejor aplicación a los tipos penales, al precisarse adecuadamente el ámbito de lo prohibido por la norma punitiva.

V. Alcances y limitaciones de la investigación.

El alcance de la investigación se circunscribe al análisis dogmático, sistemático y crítico, de los tipos penales de exacciones ilegales contenidos en los arts. 147, 157 y 241 del Código Penal. La finalidad es la realización de un análisis exhaustivo de la tipicidad de esas figuras penales y posibilitar la obtención de resultados precisos e idóneos para dar soluciones concretas a problemas que todavía están pendientes en esta materia. En la presentación y solución de los problemas concursales se hace

someras referencias a ciertas figuras contenidas en el Código Penal, que presentan alguna conexión con las exacciones ilegales. En cambio, el alcance y la finalidad de este trabajo no hizo posible analizar otros tipos penales de similar índole o afines, situados en otros códigos y en leyes especiales.

Las limitaciones de la investigación son diversas, siendo destacable la ausencia de estudios empíricos de la realidad, los que sin duda traerían sorpresas y valioso material para profundizar y poner a prueba las conclusiones de este trabajo. Queda pendiente esta tarea de la criminalística y de las ciencias sociales afines.

La variedad y relevancia de los bienes jurídicos afectados por las exacciones ilegales merecen una investigación exhaustiva, que se base en estudios empíricos y concluya con la revisión de los principios y proyectos político criminales, especialmente orientados a futuras reformas legislativas de los delitos funcionarios. En este trabajo, los intereses tutelados solamente han cumplido una función instrumental o de referencia para la demarcación de la tipicidad, en cuanto originan criterios interpretativos acerca del sentido y alcance de las figuras penales analizadas.

En razón de que el trabajo se limita a los tipos penales, no incluye la fase de la antijuridicidad de las conductas típicas, materia extremadamente variada en cuanto a los principios y normas jurídicas involucradas, provenientes del estatuto constitucional y legal del servicio público y en especial, de la probidad funcionaria.

VI. Recomendaciones.

Es impostergable una reforma total a la actual tipificación y sistematización de los delitos cometidos por funcionarios públicos, sólo parcialmente cumplida respecto de algunos tipos penales, y postergada en cuanto a la generalidad de los restantes. Entre éstos, se encuentran las figuras de exacciones ilegales, cuya ineficacia da la apariencia de inutilidad, ocultando la extensión y significación de conductas típicas que se insertan en prácticas ancestrales de corrupción. Éstas se producen en ámbitos y segmentos sociales relativamente desposeídos de suficiente protección jurídica. Estimo que una política criminal adecuada, en materia de corrupción, debe incluir una reforma a los tipos penales de exacciones ilegales.

Para tal efecto, debe establecerse un tipo penal base, que sancione a los funcionarios públicos que, abusando de sus cargos y en forma indebida, exijan o impongan a otros prestaciones en bienes o en servicios personales, en interés público, sin requerir ninguna significación patrimonial y sin necesidad de conminación ni de engaño. La tipificación debe extenderse a los particulares que en esa calidad intervienen en el cálculo, liquidación y percepción de tributos, o en el cumplimiento de ciertas cargas públicas. Figuras agravadas serían las correspondientes a exacciones ilegales cometidas en interés particular del funcionario público o de terceros. Además, es conveniente establecer soluciones legales precisas para dar sanción adicional en razón de eventuales modalidades comisivas, de cierta gravedad, que concurren en las exacciones ilegales, siendo a la vez propias de delitos comunes o de otros delitos funcionarios.

Glosario de abreviaturas

Art.	Artículo de un código o de una ley
Edit.	Editorial
Hnos.	Hermanos
Ibid.	En la misma obra y en la misma página
Pág.	Página
Págs.	Páginas
T.	Tomo de una obra
U.	Universidad

Bibliografía

I. Doctrina.

A

- 1) ANTON ONECA, JOSÉ y RODRÍGUEZ MUÑOZ, JOSÉ ARTURO, Derecho Penal, Parte Especial, Madrid, Gráfica Administrativa, 1949, Tomo I: 656 págs. y Tomo II: 531 págs.

B

- 2) BAÑADOS ESPINOZA, FLORENCIO Código Penal de la República de Chile, Concordado y Comentado, Santiago, Chile, Dirección de Impresiones, 1920, 423 págs.
- 3) BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL y DÍAZ-MAROTO, JULIO Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Delitos contra la libertad y seguridad, libertad sexual, honor y estado civil, Madrid, Edit. Ramón Areces, 1995, 331 págs.
- 4) BASCUÑAN RODRÍGUEZ, ANTONIO Proyecto de reforma del Código Penal para una mejor protección de los derechos de las personas, en Protección Penal de los Derechos Constitucionales Santiago, editado por la CORPORACIÓN NACIONAL DE REPARACIÓN Y RECONCILIACIÓN, Colección Estudios N° 3, 1994, 321 págs.
- 5) BUSTOS RAMÍREZ, JUAN,
 - Manual de Derecho Penal, Parte General, Barcelona, Edit. PPU, 1994, 610 págs.
 - Manual de Derecho Penal, Parte Especial, 2ª. Barcelona, edición Ariel, 1991, 413 págs.

- 6) BUSTOS RAMÍREZ, JUAN y MEDINA JARA, RODRIGO El principio de la probidad administrativa, en La Administración del Estado de Chile. Decenio 1990-2000, Santiago, Chile, Edit. Conosur, noviembre de 2000. 780 págs.

C

- 7) CANCINO MORENO, ANTONIO El delito de concusión en el nuevo Código Penal Colombiano, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1982, 132 págs.
- 8) CARRARA, FRANCESCO Programa de Derecho Criminal, Parte Especial, Volumen V, Tomo 7, Bogotá, Edit. Temis, 1958.
- 9) CASTRO MORENO, ABRAHAM Fraudes Contractuales y Exacciones Ilegales, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, 168 págs.
- 10) COBO DEL ROSAL, MANUEL Coordinador Curso de Derecho Penal Español, Parte Especial, Tomo II, Madrid, M.Pons, 1997, 1087 págs.
- 11) CONTRERAS ALFARO, LUIS HUMBERTO Sobre algunos aspectos penales de la corrupción de funcionarios públicos: la iniciativa del funcionario en el cohecho pasivo. Revista de Derecho en Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado, Año 2, agosto 2001, N° 1, 263 págs.
- 12) CÓRDOBA RODA, JUAN y GARCÍA ARÁN, MERCEDES, Directores, Comentarios al Código Penal, Parte Especial, Madrid, Marcial Pons, 2004, Tomo I: 1477 págs, Tomo II: 2790 págs.
- 13) CORPORACIÓN NACIONAL DE REPARACIÓN Y RECONCILIACIÓN Protección Penal de los Derechos Constitucionales, Santiago, Chile, Colección Estudios N° 3, 1994, 321 págs.
- 14) CREUS URZÚA, CARLOS Derecho Penal, Parte Especial, Tomo 2, Buenos Aires, Edit. Astrea, 1998. Tomo I: 581 págs. Tomo II: 512 págs.

- 15) CUELLO CALÓN, EUGENIO Derecho Penal, Parte Especial, Tomo 2, Barcelona, Edit. Bosch, 1952, 978 págs.

D

- 16) DIAZ RAMÍREZ, HERNÁN El delito de concusión, memoria de prueba, Talca, Librería Poblete, 1944, 73 págs.
- 17) DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS y GRACIA MARTÍN, LUIS Delitos contra bienes jurídicos fundamentales, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993. 397 págs.
- 18) DONNA, EDGARDO A. Derecho Penal, Parte Especial, T. III, Buenos Aires, 2001. 598 págs.

E

- 19) ETCHEBERRY, ALFREDO,
Derecho Penal, Santiago, Chile, Edit. Jurídica de Chile, 2004. T. III, 490 págs, y T. IV, 382 págs.
Derecho Penal en la Jurisprudencia, Santiago, Chile, Edit. Jurídica de Chile, 1987.
- 20) ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, XABIER Fraudes y exacciones ilegales, en Delitos contra la Administración Pública, edición al cuidado de Adela Asúa Batarrita, publicado por la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi, Bilbao, España, Editor Instituto Vasco de Administración Pública, 1997, 523 págs.
- 21) EVANS ESPIÑEIRA, EUGENIO Los Tributos en la Constitución, Santiago, Chile, Edit Jurídica de Chile, 2010. 204 págs.

F

- 22) FERNÁNDEZ, PEDRO JAVIER Código Penal de la República de Chile, Santiago, Chile, Imprenta Barcelona, 1899, Tomo I: 452 págs., Tomo II: 406 págs..
- 23) FUENSALIDA, ALEJANDRO Concordancias y Comentarios del Código Penal Chileno, Lima, Perú, Imprenta Comercial, 1883, Tomo I: 402 págs., Tomo II: 372 págs.: Tomo III: 337 págs.

G

- 24) GARRIDO MONTT, MARIO Derecho Penal, Tomo IV, Parte Especial, Santiago, Chile, Edit. Jurídica de Chile, 2000, 447 págs.
- 25) GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, y otros Código Penal con concordancias y jurisprudencia, Madrid, Edit. Tecnos, 2003, 1.152 págs.
- 26) GOMEZ, EUSEBIO Tratado de Derecho Penal, Tomo V, Buenos Aires, Cía. Argentina de Editores, 1941, 656 págs.
- 27) GROIZARD, ALEJANDRO. El Código Penal de 1870, Salamanca, Esteban Hnos., 1893, Tomo I: 702 págs., Tomo II: 648 págs., Tomo III: 771 págs., Tomo IV: 716 págs., Tomo V: 771 págs., Tomo VI: 429 págs.
- 28) GUZMÁN DALBORA, JOSÉ LUIS El delito de amenazas, Santiago, Chile, Edit. Lexis Nexis, 2006, 538 págs.

H

- 29) HUNEEUS, JORGE La Constitución ante el Congreso, Santiago, Chile, Imprenta Cervantes, 1890. Tomo I: 530 págs. Tomo II: 555 págs.

L

- 30) LABATUT, GUSTAVO Derecho Penal, T.II, Santiago, Chile, Edit. Jurídica de Chile, 1953, 369 págs.

M

- 31) MATUS, JEAN PIERRE Y RAMÍREZ, MARÍA CECILIA Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial, 2ª edición, Talca, Edit. U. de Talca, 2002, 294 págs.
- 32) MIR PUIG, SANTIAGO Derecho Penal, Parte general, 4ª Edición, Barcelona, Impreso por TECFOTO, 1996, 791 págs.
- 33) MORALES PRATS FERMÍN y RODRÍGUEZ PUERTA, MARÍA JOSÉ Delitos contra la Administración Pública, en Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, GONZALO QUINTERO OLIVARES, Director, Navarra, Edit. Thomson Aranzadi, 2005, 2267 págs.
- 34) MOYNA, JOSÉ, y otros. Código Penal, 2ª Edición, Madrid, Edit. Colex, 1996, 1021 págs.
- 35) MUÑOZ CONDE, FRANCISCO,
- Derecho Penal, Parte Especial, 8ª Edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 1990, 821 págs.
 - Derecho Penal, Parte Especial, 14ª Edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, 1037 págs.

O

- 36) ORTS BERENGUER, ENRIQUE Delitos contra la administración pública, en VIVES, TOMÁS, y otros Derecho Penal, Parte Especial, , Valencia, Edit. Tirant lo Blanch, 1996, 826 págs.

P

- 37) PACHECO, JOAQUÍN FRANCISCO El Código Penal concordado y comentado, Madrid, Imprenta y Fundación de Manuel Tello, 1881, Tomo II: 531 págs., Apéndice: 416 págs.
- 38) POLAINO NAVARRETE MIGUEL en COBO DEL ROSAL, MANUEL, Director. Curso de Derecho Penal Español. Madrid. Edit. Marcial Pons. 1997. Tomo II. 1087 págs.
- 39) POLITOFF, SERGIO, MATUS, JEAN PIERRE y RAMÍREZ, MARÍA CECILIA en Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial, Santiago, Chile, Edit. Jurídica de Chile, 2004, 661 págs.

Q

- 40) QUINTERO OLIVARES GONZALO Director, Navarra, Edit. Thomson Aranzadi, Elcano, 2005, 2.267 págs.

R

- 41) RAMOS MEJÍA, ENRIQUE. El delito de concusión. Buenos Aires, Depalma Buenos Aires, 1963, 92 págs.
- 42) REYES STANDEN, JAVIERA Delitos funcionarios que consisten en la falta de probidad, Santiago de Chile, memoria de prueba inédita, 2009, 194 págs.
- 43) RIVACOBBA, MANUEL Código Penal de la República de Chile y Actas de las Sesiones de la Comisión Redactora, Valparaíso, Edeval, 1974, 573 págs.
- 44) RODRÍGUEZ COLLAO, LUIS, y OSSANDÓN WIDOW, MARÍA MAGDALENA Delitos contra la función pública, Santiago, Chile, Edit. Jurídica de Chile, 2008, 518 págs.

45) RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA Derecho Penal Español, Madrid, Artes Gráficas Carasa, 1983, 1.347 págs.}

S

46) SÁNCHEZ FRANCO, ALFREDO El delito de la concusión, cobro ilegal de impuestos, en pág. web http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas!oj_20080609_15.pdf de la Universität Freiburg,

47) SOLER, SEBASTIÁN Derecho Penal Argentino Tomo V, Buenos Aires, TEA, 1973, 428 págs.

V

48) VASQUEZ-PORTOMEÑE S., FERNANDO Los delitos contra la Administración Pública, Instituto Nacional de Administración Pública, Univ. de Santiago de Compostela, 2003, 520 págs.

49) VERA, ROBUSTIANO en Código Penal Comentado, Santiago, Chile, Imprenta Cadot, 1883, 840 págs.

50) VERDUGO M., MARIO, PFEFFER U., EMILIO y NOGUEIRA A., HUMBERTO Derecho Constitucional, T. II, Santiago, Chile, Edit. Jurídica de Chile, 1994, 371 págs.

51) VIVES A., TOMÁS y otros Comentarios al Código Penal de 1995, Vol. II, Valencia, Edit. Tirant Lo Blanch, 1996, 826 págs.

II. Jurisprudencia chilena.

1. Sentencias dictadas en proceso rol 15.260 (conocido como proceso MOP GATE), por la Ministra en Visita, en el 17º Juzgado del Crimen de Santiago:
 - a) Cuaderno signado Letra N, sentencia de 25 de julio de 2006, contra Carlos Cruz L.;
 - b) Cuaderno signado Letra K, sentencia de 17 de julio de 2007, contra Julio Toro C.
2. Contra Juan José Gaete, en Gaceta de los Tribunales 1879, N° 67, pág. 54.
3. Contra Eduardo Alvarez y otros, Gaceta de los Tribunales, 1914, N° 331, pág. 930.
4. Contra Eduardo Gana y otro, en Gaceta de los Tribunales, 1914, N° 332, pág. 933; y en Gaceta de los Tribunales, 1918, N° 452, pág. 1433.
5. Contra José Golstein y otros, Revista de Derecho y Jurisprudencia T. LXIX, sección 4ª., pág. 184.
6. Contra Hernán del Canto, Corte de Santiago, resolución de 27 de octubre de 1972, medida de protección al ofendido, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. LXIX, Segunda Parte, Sección Cuarta, pág. 171.
7. Sentencia de 9 de mayo de 1900, dictada por el Juzgado de Vicuña, en contra de un juez de subdelegación de El Molle, publicada en la Gaceta de los Tribunales de 1900, N° 1.738, pág. 1774.
8. Sentencia de 28 de abril de 1908, dictada por la Corte de Apelaciones de La Serena en contra de un juez de distrito, publicada en la Gaceta de los Tribunales de 1908, N° 236, pág. 348.

9. Sentencia de 13 de octubre de 1906, dictada por la Corte de Apelaciones de Talca, que absuelve a un juez de subdelegación de Perquin, publicada en la Gaceta de los Tribunales, año 1906, N° 1013, pág.615.
10. Sentencia de primera instancia de 31 de enero de 1957, absolutoria de un juez de letras, y de segunda instancia, de 6 de julio de 1957, dictada ésta por la Corte de Apelaciones de Concepción, ambas publicadas en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LIV, 2ª parte, sección 4ª, pág. 139.

III. Historia de la Ley 19.645, Compilación de Textos Oficiales del Debate Parlamentario, Biblioteca del Congreso Nacional, Santiago, 1999.

IV. Dictámenes de la Contraloría General de la República.

Respecto del funcionario de hecho, Dictamen N° 26.424, de 29 de abril de 2011 y Dictamen N° 74.745, de 13 de diciembre de 2010.

VII. Diccionarios.

- 1) Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, Vigésimo Segunda Edición, Espasa, 2001
- 2) Diccionario Enciclopédico de la Lengua Española, Edit. Gaspar y Roig, Madrid, 1853.
- 3) Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia de Joaquín Escriche, Garnier Hnos, París, 1876.

Anexo

Citas y comentarios acerca de dos sentencias dictadas en proceso rol 15.260 del 17º Juzgado del Crimen de Santiago (caso MOP GATE).

I.- Cuaderno signado Letra N. Sentencia de primera instancia de fecha 25 de julio de 2006, absolutoria de C.C.L.

1) En el considerando 7º, la sentencia analiza la figura penal de la exacción ilegal, tipificada en el artículo 157 del Código Penal, de la siguiente forma:

“El sujeto activo es el empleado público y, de acuerdo a lo que dispone el artículo 260 del Código Penal, se reputa como tal a todo el que desempeña 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. En materia penal la denominación de funcionario o empleado público se utiliza en forma indistinta y obedece a un mismo concepto, lo que no ocurre en el campo del derecho administrativo. El funcionario o empleado público se encuentra en posesión de un cargo público en el que ejerce legítimamente funciones públicas.

El medio de perpetración de la exacción legal ilegal es el abuso de funciones o de autoridad, pues el funcionario o empleado público actuando como tal plantea exigencias ilegales, colocando a la víctima ante la opción de entregar o de afrontar otras consecuencias que pueden afectar bienes jurídicos que le pertenecen. Abuso es el uso exagerado o indebido, es la contraposición lógica al uso, que siempre es lícito, supone que la conducta no coincide con aquella para la que el poder ha sido

concedido El sujeto activo abusa o se aprovecha de su función desde el momento que se sirve de ella para ejecutar un acto ilícito, como lo es la exigencia de algo indebido, lo que se manifiesta externamente al cobrar o percibir dinero u otra cosa.

La exigencia debe entenderse como un constreñimiento o inducción de la voluntad del particular, independiente del procedimiento que se use para forzar, engañar o inducir al particular. Constreñir, según Antolisei, significa ejercitar con violencia o amenaza una presión sobre una persona de modo que altere el proceso formativo de su voluntad y la determine hacia una acción distinta de aquella que de otro modo habría realizado. Esta violencia y la amenaza no se consideran en abstracto, sino en concreto, teniendo en cuenta la particularidad del caso: tiempo, lugar, modalidad de la acción, condiciones personales de la víctima. La inducción, por otro lado, vendrá formada por todo comportamiento que tuviere por resultado determinar a un sujeto a una conducta concreta. La inducción se define más por sus efectos que por sus medios. La diferencia entre constreñimiento e inducción está en el medio usado. En la inducción se incluyen aquellos medios consistentes en el consejo, exhortación, sugestión, engaño, etc. En el constreñimiento el medio utilizado es la coacción.

Por lo tanto, el funcionario o empleado público podría valerse de la fuerza, entendiendo por tal todo acto tendiente a obligar a alguien a hacer algo en contra de su voluntad, la que puede ser física como cuando utiliza vías de hecho, y síquica considerando como tal todo acto, grave e injusto, que produzca en una persona el temor de un mal inminente, por lo que el mero temor reverencial es también un medio suficiente para que la exacción se consuma.

El objeto del delito es la percepción de un lucro, de una ventaja ilícita, y la vía es la exigencia de una contribución o servicio personal pero para la Administración,

aunque lo pedido en forma indebida y arbitraria ceda en provecho personal del funcionario que la formula o de un tercero”.

2) La sentencia dedica los considerandos 8º al 13º a analizar las declaraciones de los particulares involucrados en los pagos materia del proceso, quienes exponen que se trataba de favores efectuados frente a solicitudes del acusado.

A continuación, en el considerando 14º, la sentencia concluye:

“Que las diversas declaraciones prestadas por las ‘supuestas víctimas’, a juicio de esta sentenciadora, no son verosímiles ni creíbles, y, a la luz de lo consignado en los razonamientos precedentes, se puede concluir que la conducta que desplegaron al interior de la Coordinadora general de Concesiones, consistentes en aceptar la ‘solicitud’ formulada por el máximo representante de ese ente funcional, o estuvo motivada por un afán de obtener provecho económico en un futuro próximo, lo que constituye un componente que obviamente contribuye a que un organismo público se corrompa, por las relaciones dañosas que se generan entre el administrador y el administrado. En efecto, si varios consultores cumplen los requerimientos técnicos, financieros y económicos para que el Ministerio de Obras Públicas les adjudique un trabajo o consultoría, se elegirá al que hace ‘favores’ o al que no acepta efectuarlos bajo ninguna circunstancia?, o para liberarse de responsabilidad penal en la comisión de un delito de estafa en perjuicio del Fisco de Chile;”

En mérito de lo antes expuesto, la sentencia culmina su razonamiento en el considerando 15º, en la forma siguiente:

“15º Que, en consecuencia, los hechos descritos no pueden encuadrarse en la figura penal de exacción ilegal, prevista y sancionada en el artículo 157 del Código Penal, pues no obstante que la persona que tenía la calidad de agente público y que se desempeñaba como Coordinador General de Concesiones, sin contar con un decreto de autoridad competente deducido de la ley que autoriza la exacción de una contribución, demandó a los representantes de tres empresas consultoras que pagaran sumas de dinero a otra persona, que también tenía la calidad de agente público, para de esa manera mejorarle su remuneración, procedimiento para el cual tampoco tenía facultades, los “requerimientos” que efectuó no reúnen los estándares que el legislador estableció para que se configure el tipo penal”.

En mérito de estas consideraciones, la sentencia resuelve absolver al acusado de la imputación de autoría en el delito de exacción ilegal del art. 157, inciso 1º, del Código Penal.

Comentario del autor: El fallo citado establece que la conducta del acusado consistió en una solicitud y los pagos efectuados fueron a título de favores, generándose un ambiente de corrupción en que el comportamiento de los particulares no corresponde al propio de víctimas de exacciones ilegales, sino a procurarse alguna ventaja en futuras concesiones. De esta forma, acertadamente la sentencia concluye que no concurren en el caso los requisitos de la exigencia ilícita. Respecto de las modalidades de exacción ilegal analizados en el considerando 7º, me parece que la inducción es una modalidad extraña al tipo penal de exacción ilegal del art. 157, inciso 1º, del Código Penal. Al respecto, me remito a lo indicado a propósito de esta figura penal, en la Segunda Parte, Sección Primera, de este trabajo.

II.- Cuaderno signado Letra K. Sentencia de primera instancia, de fecha 17 de julio de 2007, condenatoria de J.T.C., que se encuentra ejecutoriada.

1) En el considerando 3º, el fallo da por establecidos los siguientes hechos:

I.- Que la Coordinación General de Concesiones en el curso de los años 1999 y 2000 experimentó una crisis de orden presupuestario y financiero, lo que motivó a las autoridades de la época, a mediados del año 2000, a impartir instrucciones para intentar paliar esa situación. Las referidas medidas estaban dirigidas a reducir el personal como el monto de sus remuneraciones, entre otras, con la finalidad de rebajar el gasto operacional en lo que restaba del año 2000 y con miras al ejercicio presupuestario del año 2001, las que, en definitiva, no se concretaron.

II.- Que la referida crisis se generó, entre otras razones, porque la Coordinación General de Concesiones tenía una dotación de personal enorme, pues no estaba acorde con los trabajos o proyectos existentes; los honorarios de cierto personal eran excesivos, atendida la responsabilidad y roles que cumplían; el referido organismo era percibido por autoridades del Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Telecomunicaciones como uno que tenía excedentes y que podía cubrir compromisos de diferente orden y a que, en el hecho, procedió a efectuar pagos de sumas de dinero por concepto de distinta naturaleza no amparados por la normativa legal.

III.- Que en el curso del año 2001 se mantuvo la referida situación y un agente público que se desempeñaba como Coordinador de Desarrollo y Gestión de Proyectos de la Coordinación General de Concesiones, con la finalidad de pagar honorarios propiamente tal a diez personas y uno de tipo

adicional a otra, exigió al representante de la sociedad consultora que tenía contratos vigentes con el Ministerio de Obras Públicas que pagara sumas de dinero por concepto de honorarios.

IV.– Que el representante de la sociedad Cygsa Chile S.A., ciudadano de nacionalidad española, accedió a la exigencia porque estimó que como se la formulaba una autoridad no podía rehusarse ni negarse, por lo mismo, no tenía otra alternativa. Además, sintió que la exigencia se le planteó porque tenía la calidad de emigrante, percibiendo que respecto de su persona hubo abuso de autoridad, la que superó ‘pensando que aparentemente así se obraba en este país, esto es, que la autoridad abusaba de su poder’ (sic), procediendo a pagar las sumas de dinero que se indican a las siguientes personas:.....”

2) En el considerando 12º, la sentencia comentada razona acerca de la tipicidad de los hechos establecidos precedentemente:

11º.– Que los hechos descritos en el fundamento signado con el número 3º configuran el delito de exacción ilegal, previsto y sancionado en el artículo 157 del Código Penal. El referido precepto legal prescribe, lo siguiente. “Todo empleado público que sin un decreto de autoridad competente, deducido de la ley que autoriza la exacción de una contribución o de un servicio personal, los exigiere bajo cualquier pretexto, será penado con inhabilitación absoluta temporal para cargos y oficios públicos en cualquiera de sus grados y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.

Si la exacción de la contribución o servicio personal se hiciera con ánimo de lucro, el empleado culpable será sancionado conforme a lo dispuesto en los párrafos 2 a 8 del Título IX, según corresponda.

12º.- Que, de acuerdo a la citada disposición, para que se configure el delito de exacción ilegal es menester que el sujeto activo sea un empleado público. De conformidad a lo que dispone el artículo 260 del Código Penal, se reputa como empleado público a todo el que desempeña 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. En materia penal la denominación de funcionario o empleado público se utiliza en forma indistinta y obedece a un mismo concepto, lo que no ocurre en el campo del derecho administrativo. El funcionario o empleado público es aquél que se encuentra en posesión de un cargo público en el que ejerce legítimamente funciones públicas.

Además, es necesario que el medio de perpetración sea el abuso de funciones o de autoridad, pues el funcionario o empleado público actuando como tal plantea exigencias ilegales, colocando a la víctima ante la opción de entregar o de afrontar otras consecuencias que pueden afectar bienes jurídicos que le pertenecen. Abuso es el uso exagerado o indebido, es la contraposición lógica al uso, que siempre es lícito, supone que la conducta no coincide con aquella para la que el poder ha sido concedido. El sujeto activo abusa o se aprovecha de su función desde el momento que se sirve de ella para ejecutar un acto ilícito, como lo es la exigencia de algo indebido, la que se manifiesta externamente al cobrar o percibir dinero u otra cosa.

La exigencia que formula el empleado público debe entenderse como un constreñimiento o inducción de la voluntad del particular, independiente del procedimiento que se use para forzar, engañar o inducir al particular. Constreñir, según Antolisei, significa ejercitar con violencia o amenaza una presión sobre una persona de modo que altere el proceso formativo de su

voluntad y la determine hacia una acción distinta de aquella que de otro modo habría realizado. Esta violencia y la amenaza no se consideran en abstracto, sino en concreto, teniendo en cuenta la particularidad del caso: tiempo, lugar, modalidad de la acción, condiciones personales de la víctima. La inducción, por otro lado, vendrá formada por todo comportamiento que tuviere por resultado determinar a un sujeto a una conducta concreta. La inducción se define más por sus efectos que por sus medios. La diferencia entre constreñimiento e inducción está en el medio usado. En la inducción se incluyen aquellos medios consistentes en el consejo, exhortación, sugestión, engaño, etc. En el constreñimiento el medio utilizado es la coacción. En este contexto, el funcionario o empleado público podría valerse de la fuerza, entendiendo por tal todo acto tendiente a obligar a alguien a hacer algo en contra de su voluntad, la que puede ser física como cuando utiliza vías de hecho, y síquica considerando como tal todo acto, grave e injusto, que produzca en una persona el temor de un mal inminente, por lo que el mero temor reverencial es también un medio suficiente para que la exacción se consuma.

El tercer requisito es la percepción de un lucro, de una ventaja ilícita, y la vía es la exigencia de una contribución o servicio personal pero para la administración, aunque lo pedido en forma indebida y arbitraria ceda en provecho personal del funcionario que la formula o de un tercero. El término contribución debe ser entendido en sentido amplio, esto es, como cualquier carga con contenido económico exigida por los funcionarios en nombre de la administración para satisfacer servicios o necesidades sociales, que no se encuentra legalmente debida como impuesto o derecho propiamente tal.

Sebastián Soler, en su obra Derecho Penal Argentino, Editorial Argentina, 1963, tomo V, páginas 194 y 195, señala: "...En la corrupción, sea cual sea la parte que toma la iniciativa, los dos sujetos llegan a un acuerdo

voluntariamente perfecto; el corruptor da porque quiere dar... En la exacción, aun cuando se llegue a la ejecución de una resolución común, el acuerdo dista mucho de existir, porque el extraneus se determina por temor al poder del sujeto activo o por error, es decir, con voluntad viciada... , "...La corrupción envuelve un acuerdo referido a un acto determinado y futuro que el funcionario debe cumplir. Ese acto futuro puede ser legal o ilegal. En la exacción no es necesaria la vinculación con un acto futuro; todo comienza y concluye con el abuso de autoridad constituido por la exigencia. No es necesario que se amenace con la concreta ejecución de una medida injusta: basta el temor genérico que la autoridad suscita... , "...La distinción entre uno y otro delito, aun siendo ardua es indispensable, porque la corrupción es un delito bilateral y la concusión no lo es. En éste, quien paga es una víctima digna de protección contra los desmanes coactivos del funcionario, mientras que en la corrupción, quien formula la promesa es un codelincuente, es corruptor del órgano... , y "... Por eso tiene importancia el criterio sobre el que apoya la distinción Manzini: en la concusión, el funcionario pide o exige; en la corrupción acepta. Solamente corresponde ampliar el concepto de exigencia, en el sentido de que tanto vale la exigencia explícita como la implícita, derivada de la actitud del funcionario y de la situación de hecho, de manera que la voluntad se encuentre coartada...

13º.- Que, en consecuencia, atendido lo razonado en los fundamentos precedentes y como puede advertirse de la exposición efectuada en el fundamento signado con el número 3º, aparece que una persona que tenía la calidad de agente público y que se desempeñaba como Coordinador de Desarrollo y Gestión de Proyectos en la Coordinación General de Concesiones, sin contar con un decreto de autoridad competente, deducido de la ley que autoriza la exacción de una contribución, lo que implica un abuso de funciones, exigió al representante de una empresa consultora que tenía contratos vigentes

con el Ministerio de Obras Públicas, precisamente con la unidad de la que el agente público era el coordinador, que pagara sumas de dineros a otras personas, procedimiento para el cual tampoco estaba facultado, ejerciendo sobre aquél una fuerza moral para obtener lo que pretendía, que se tradujo en que la víctima, ciudadano español con la calidad de emigrante, advirtiera "...que tenía que hacerlo... , "...no quedaba otra cosa que aceptar la exigencia... , "...no podía rehusar ni negarme porque me lo planteaba quien mandaba en la coordinación, esto es, una autoridad... , "...sentí que hubo abuso de autoridad sobre mi persona, pero que después debí superar pensando que aparentemente así se obraba en este país, esto es, que la autoridad abusaba de su poder...;"

3) Finalmente, cabe citar lo expuesto en el considerando 38º de la sentencia referida, en que rechaza el argumento de la defensa acerca de la ausencia de amenazas en la conducta incriminada.

Al respecto, la sentencia agrega el siguiente razonamiento:

"En todo caso, el verbo rector del tipo penal es "exigir", en los términos señalados en el fundamento signado con el número 12º, que, en el caso de autos, se configuró, como ya se señaló, sin que el legislador exija que el acusado, además, haya amenazado a la víctima, verbigracia, con poner término a los contratos que mantenía, o condicionado o supeditado su vigencia a la aceptación del requerimiento, como parece que es lo que postula la defensa..."

Comentario del autor: En esta sentencia se analiza acertadamente la diferencia entre exacción ilegal y cohecho y la distinción del rol del particular en cada caso, en el primero es víctima y en el segundo es autor. Además, de la conmoción producida en la

víctima por la conducta ilícita, la sentencia establece el contenido del requerimiento imperativo. Particularmente acertada es la conclusión relativa a que la amenaza no es elemento del tipo en análisis.