



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

**COHECHO EN FUNCIONARIO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA:
Facultades discrecionales**

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

CAROLL BELÉN CARMONA LIZANA

PROFESOR GUÍA: GONZALO MEDINA SCHULZ

Santiago de Chile
2019

*A Sandra, Rodrigo, Daniela y Martina, por su apoyo y amor incalculable, por siempre ser mi
cable a tierra.*

*A Francisco y María Angélica, por guiar mi camino desde mis primeros años, mis padres del
corazón.*

A Omar, por ser el compañero que necesité en este arduo camino, el mundo nos espera!

*A todos, porque cada persona significó que la enorme llama apasionada e imparable que hay
en mí nunca se apague, y nunca se apagará.*

ÍNDICE

RESUMEN	7
INTRODUCCIÓN	9
Capítulo I	13
COHECHO COMO DELITO DE CORRUPCIÓN.....	13
1. DEFINICIÓN DE COHECHO	13
2. ELEMENTOS DEL COHECHO	15
a. RELACIÓN TRILATERAL.....	15
b. VENTAJA	16
c. POSICIÓN DE DEBER DEL FUNCIONARIO PÚBLICO	18
3. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.....	19
4. REGULACIÓN EN NUESTRO CÓDIGO PENAL CHILENO	21
4.1 FIGURA BÁSICA DE COHECHO.....	21
4.2 COHECHO AGRAVADO	22
Capítulo II	27
POTESTADES DE LOS FUNCINARIOS PÚBLICOS.....	27
1. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	29
1.1 PRINCIPIO DE LEGALIDAD	29
1.2 PRINCIPIO DE PROBIDAD	33
2. POTESTADES REGLADAS Y DISCRECIONALES	37
2.1 CONTROL DE DISCRECIONALIDAD.....	40
2.1.1 Control a través de los elementos reglados.....	41
2.1.2 Control de los hechos determinantes	42
2.1.3 Control del fin	43
2.1.4 Control de la razonabilidad	44
2.1.5 Motivación del acto administrativo	45
Capítulo III	49
PROBLEMA DE LA INFRACCIÓN DE DEBER DEL FUNCIONARIO PÚBLICO.....	49
1. COHECHO AGRAVADO.....	49
1.1 CONSIDERACIONES PRELIMINARES.....	49
1.2 INFRACCIÓN DE DEBER EN FACULTADES DISCRECIONALES	51
2. MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 248 BIS DEL CÓDIGO PENAL.....	61
CONCLUSIONES FINALES	63
BIBLIOGRAFÍA	69

RESUMEN

La presente memoria tiene por objeto determinar la subsunción de una acción determinada, constitutiva eventualmente del delito de cohecho, respecto de aquellos funcionarios a los cuales se les ha atribuido una potestad discrecional. Determinar dicho alcance reviste mayor interés para el caso de cohecho agravado, puesto que el tipo penal exige que el funcionario público haya infringido un deber propio de su cargo, situación que se dificulta aún más cuando el funcionario detenta facultades discrecionales, pues cada decisión que concrete se encontrará amparada íntegramente por nuestro ordenamiento jurídico, de tal modo que difícilmente infringirá un deber propio de su cargo. Por tanto, el objetivo principal es esclarecer el análisis dogmático que orienta la determinación de si en un caso concreto, el *intrañeus* infringió efectivamente algún deber propio de su cargo, ello considerando particularmente las normas que regulan y coadyuvan el proceso en virtud del cual el funcionario público toma una decisión relevante.

Se analizará en este marco la figura básica de cohecho y la determinación sobre posibles dificultades dogmáticas en la aplicación de este delito a aquellos funcionarios públicos que detentan facultades discrecionales en el desempeño de sus funciones. Luego, el análisis se centrará en la figura agravada de cohecho, de igual modo, la respectiva aplicación de este tipo penal al ejercicio de facultades de carácter discrecional con las que cuentan determinados funcionarios de la Administración Pública.

INTRODUCCIÓN

El interés por sancionar diversas acciones u omisiones consideradas actos u omisiones de corrupción ha presentado un progresivo aumento, especialmente al informarse a la opinión pública de diversos casos de gran connotación social donde diferentes funcionarios públicos han participado en este tipo de delitos atentatorios contra la capacidad de funcionamiento de la Administración Pública, de ahí que exista gran preocupación por evitar la actuación pública para satisfacer intereses privados.

Resulta comprensible el interés generalizado por sancionar este tipo de conductas, pues causan desconfianza en la ciudadanía respecto de las decisiones que toma la autoridad, y además son contrarias a los principios esenciales de la Administración cuyo enfoque debe dirigirse íntegramente al interés público y bienestar social. Sin embargo, la dificultad principal al tipificar penalmente estas conductas radica en considerar si efectivamente este es el medio idóneo y propicio para evitar el abuso del ejercicio de la función pública, pues en la práctica nos encontraremos con delitos de bagatela respecto de los cuales no es necesario aplicar la herramienta penal, dado que en tales casos no peligra el bien jurídico protegido. A modo ejemplar, nos encontramos ante un delito de bagatela cuando una persona entrega un regalo en época navideña a un funcionario de Correos de Chile, dicha circunstancia no afecta el correcto funcionamiento de la Administración en tanto bien jurídico protegido de modo tal que peligre el ejercicio de su función hacia el interés general, sino que sólo representa un acto deliberado y caritativo del individuo que hace entrega de dicho regalo. En consecuencia, será necesario considerar el elemento “adecuación social de la conducta” en la aplicación del tipo penal de cohecho para así manifestar congruencia con principios esenciales del Derecho Penal, como lo es el principio de fragmentariedad y el de *ultima ratio*.

Sumado a la consideración anterior, es necesario recalcar que la corrupción es una determinada forma de agresión, y como tal puede vulnerar diversos intereses, dentro de los cuales se encuentran algunos intereses penalmente protegidos y otros no, dando como resultado la existencia de corrupción impune y otra punible, lo cual se explica a través del carácter fragmentario del Derecho Penal, el cual focaliza su aplicación sólo respecto de aquellas afectaciones a bienes jurídicos esencialmente graves. Conforme a estos lineamientos se visualiza un primer límite de carácter general a la aplicación de los delitos de

corrupción, de modo tal que frente a un caso concreto el primer análisis que debemos desplegar radica en la determinación respecto a si las circunstancias fácticas excluyen la aplicación del Derecho Penal por tratarse de comportamientos que se explican a través de la adecuación social de la conducta o no es contraria a la protección de un bien jurídico esencial por tratarse de delitos de bagatela. Este análisis previo permite aplicar el Derecho Penal conforme a criterios objetivos que, en definitiva, no desbordan la persecución punitiva estatal.

Luego de haber realizado el análisis anterior, concluiremos si para un caso concreto es necesaria o no la aplicación de esta rama excepcionalísima del Derecho. Una vez que las circunstancias fácticas habiliten poner en movimiento la actividad punitiva estatal al poder subsumir un determinado comportamiento en el delito de cohecho, surge naturalmente el deber de aclarar los límites de dicha aplicación para no extralimitar el interés persecutor del Estado desbordando el uso de estas figuras típicas, de modo tal que no se ampare en los fines del Derecho Penal en general, su fundamento y de la imposición de sanciones. Para ello, debemos tener presente que el Derecho Administrativo establece principios informadores para el ejercicio de las funciones públicas, regulando a los organismos de la Administración, su relación con las personas, su subordinación a ciertas reglas en la interacción con la sociedad, controlando las gestiones que realizan con habitualidad y tipificando las posibles sanciones disciplinarias. Por tanto, contamos con un mecanismo de solución frente al incorrecto ejercicio de la función pública por parte de los funcionarios de la Administración que se encuentra regulada por el Derecho Administrativo. En este contexto ¿Por qué recurrir de todas formas al Derecho Penal tipificando determinados actos u omisiones? Para desplegar una armónica interpretación de las diferentes ramas del Derecho es necesario considerar *prima facie* el fundamento de los delitos de corrupción, ya que sólo así podremos aplicar el hecho punible de forma prudente y sin extrapolar estos tipos penales, de tal forma que se respeten criterios mínimos de razonabilidad en conjunto con garantías fundamentales.

Al tipificar el delito de cohecho simple y su modalidad agravada el legislador ha considerado que este tipo de conductas no sólo merecen sanción administrativa, sino que también debe aplicarse el Derecho Penal en atención a la gravedad de la conducta y afectación o puesta en peligro del bien jurídico protegido. El funcionario tiene una especial posición de deber en favor de otro, el Estado, por tanto, está obligado a cautelar con su

comportamiento el interés general de la sociedad, pero que al desplegar el comportamiento típico del delito de cohecho, en vez de garantizar dicho interés general, el potencial autor *intraneus* abusa de su poder y se desvía del motivo por el cual se le dio confianza para ejercer funciones públicas. Este abuso se configura mediante un intercambio irregular de ventajas, generando incompatibilidad de intereses entre los de su mandante (la sociedad toda) y los suyos propios. Así, la especial posición de deber en favor de otro justifica la existencia de estos delitos, dado que protege y garantiza el hecho de que la función pública sea ejercida en concordancia a los criterios que fundamentan su existencia, por ende, la tipificación y sanción de estas conductas brinda una protección reforzada de que las decisiones que tome la Administración se ajustarán a la satisfacción del interés general y al Derecho objetivo.

Habiendo esclarecido la justificación que respalda a los delitos de corrupción, debemos establecer los correspondientes límites en la aplicación del mismo para que responda a criterios de necesidad e idoneidad en la protección del bien jurídico protegido por estos tipos penales. Al respecto, no podemos olvidar que los criterios de delimitación no pueden establecerse de forma abstracta, pues la corrupción puede presentarse en ámbitos de la vida muy variados, por ejemplo, en la política, en el deporte, en el ejercicio de la jurisdicción, en el ejercicio de las facultades de la Administración, en la economía, en la educación, entre otros. Por consiguiente, es de gran relevancia que los criterios de delimitación se expresen en términos concretos de tal modo que se adecue al contexto donde la corrupción se presenta. Este criterio es de tal relevancia que si estableciéramos criterios de delimitación en forma abstracta estaríamos desconociendo y vulnerando el principio de fragmentariedad y la fundamentación que respalda a los delitos de corrupción, por lo mismo no existe una tipificación general de delitos de corrupción, sino que se tipifican conductas concretas. Así, no hay duda de que es necesario establecer límites concretos a los delitos de corrupción, pero dicha tarea en sí misma presenta dificultades en su esclarecimiento, pues la línea divisora entre la corrupción punible y la impune es cada vez más difusa e imperceptible de distinguir en términos objetivos. Lo anterior se complejiza más aún cuando al funcionario público le han atribuido potestades discrecionales, porque en este caso el límite entre la desviación de poder y el ejercicio propio de las funciones del cargo, no es posible determinarlo en forma certera, sobre todo al considerar que en el ejercicio de potestades discrecionales las decisiones que tomen los funcionarios públicos nunca serán radicalmente corruptas. En tal sentido, es necesario restringir el campo de estudio de estos

delitos a uno de los tipos penales considerado el paradigma de la corrupción, el cohecho, que por cierto está en mayor medida ligado con la infracción de deberes propios del cargo que analizaremos a propósito de las facultades discrecionales, y que es precisamente aquello que lo diferencia de otras figuras típicas especiales.

Por último, es de suma importancia aclarar que esta memoria centra su enfoque en delitos de cohecho cometidos por funcionarios de la Administración Pública, más no respecto de aquellos empleados cuya función está orientada precisamente a la parcialidad y subjetivismo al emitir opiniones personales destinadas a construir el debate, como es el caso de los parlamentarios, concejos municipales, entre otros. Si bien, ellos como funcionarios públicos están obligados a observar el principio de probidad, sus labores se fundamentan en la parcialidad de los sujetos que intervienen, para que luego del debate puedan arribar a una decisión como órgano colegiado. Además, respecto de dichos órganos colegiados, resulta difícil concretar uno de los elementos relevantes del tipo de cohecho, el cual se refiere a que el funcionario tenga un poder decisorio relevante en el asunto de su competencia, puesto que no es su voluntad la que se ve manifestada directamente, sino la del órgano en su conjunto, por lo que su análisis compete a un estudio completamente diferenciado del cohecho en funcionarios de la Administración Pública.

Capítulo I

COHECHO COMO DELITO DE CORRUPCIÓN

Existen numerosas y variadas definiciones que la doctrina y la jurisprudencia ha reconocido para el delito de cohecho, la misma situación se manifiesta respecto del bien jurídico protegido para estos mismos delitos, por consiguiente, en virtud de esa variedad, antes de analizar derechamente el problema de la determinación del tipo de cohecho respecto de aquellos funcionarios que detentan facultades discrecionales, es necesario aclarar qué es lo que entendemos por cohecho y cuál es el bien jurídico que protege, dado que ello influirá sustancialmente en la forma de comprender el contenido y alcance de la “infracción de deber” en este tipo de delitos. De este modo, conforme a la definición conceptual y al bien jurídico protegido que se adopte, podremos arribar a una conclusión y configuración de los elementos del tipo de cohecho en la aplicación particular de las facultades discrecionales que detenten funcionarios de la Administración Pública, lo que finalmente determina la relevancia en aclarar previamente estos puntos.

1. DEFINICIÓN DE COHECHO

En términos generales, Urs Kindhauser define este delito como “vinculación contraria a intereses, de una ventaja con el ejercicio de un poder de decisión transferido”¹. Esta definición resulta idónea dado que en el cohecho uno de los elementos del tipo más relevante es el poder de decisión que se le ha transferido al funcionario público, a él se le ha confiado el ejercicio de una función en favor de otro, del Estado, para que la ejerza conforme a principios esenciales de legalidad, probidad, imparcialidad e igualdad ante la ley. Por tanto, el poder de decisión debe resultar relevante para afectar el bien jurídico protegido por este delito, de lo contrario, cualquier gestión de un funcionario podría resultar constitutiva de este tipo penal, situación disconforme con un principio elemental del Derecho Penal, el principio de legalidad y su expresión más concreta, el principio de tipicidad. De este modo, en virtud de ese poder de decisión es que se observa en este hecho típico un intercambio irregular de ventajas que sólo exige aceptación o solicitud de la ventaja indebida sin importar si efectivamente ese intercambio irregular se llevó a cabo en la práctica. Lo anterior también es considerado por Norberto de la Mata Barranco, quien indica que “la corrupción se produce

¹KINDHÄUSER, URS. 2007. Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Política Criminal (3): pp. 6.

cuando el poder que ha sido entregado por el Estado a una persona para gestionarlo de acuerdo a los intereses generales no se utiliza correctamente, al desviarse su ejercicio... para obtener un enriquecimiento personal².

Por su parte, en términos más concretos, Guillermo Oliver define cohecho como una “conducta activa o pasiva de un funcionario público destinada a recibir una retribución no debida en el ejercicio de su cargo”³. Desde esta perspectiva el cohecho es un delito de peligro abstracto, pues basta con la aceptación o solicitud de un beneficio económico o de cualquier otra naturaleza para que se entienda configurado el tipo delictivo, lo cual se corresponde con su naturaleza unilateral, en virtud de la cual no requiere la existencia de un acuerdo sinalagmático de voluntades entre el funcionario público y un particular interesado, sino que, tal como lo menciona Luis Rodríguez y María Magdalena Ossandón, “este delito se consumaría con la mera solicitud del funcionario o el simple ofrecimiento del particular, no siendo necesario que la solicitud o el ofrecimiento sean aceptados por sus destinatarios”.⁴

La naturaleza jurídica del delito de cohecho en tanto delito de peligro abstracto encuentra su fundamento en que este tipo penal no busca castigar un eventual perjuicio patrimonial al Estado, ni un enriquecimiento indebido por parte del funcionario público, sino que el sustento de la intervención del Derecho Penal radica precisamente en la especial posición de deber-poder en que se encuentra su posible titular-autor. En esta misma línea lo ratifica Antonio Bascuñán, señalando que “No es requisito del tipo que ese acto haya tenido efectivamente lugar. Basta con que la transacción verse sobre un acto asumido como ocurrido. La referencia al acto del funcionario forma parte del sentido de la acción típica, y en tal carácter integra el tipo subjetivo del delito de cohecho”.⁵ Por lo demás, la segunda sala de la Excelentísima Corte Suprema ha establecido en el considerando vigésimo de la sentencia de causa Rol N° 496-2011, que este tipo de delitos se caracterizan por ser de peligro, especialmente respecto del cohecho agravado, al mencionar que “estos delitos de cohecho, al igual que los de soborno por los que fuera condenado el procesado (...) son delitos de peligro, que se satisfacen con el ofrecimiento y aceptación de la dádiva respectiva, siendo

² DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO. 2009 ¿Qué interés lesionan las conductas de corrupción?. Revista Eguzkilo (23): pp. 246.

³ OLIVER CALDERÓN, GUILLERMO. 2004. Aproximación al delito de cohecho. Revista de Estudios de la Justicia (5): pp. 8.

⁴ RODRIGUEZ COLLAO, LUIS; OSSANDON, MAGDALENA. 2005. Delitos contra la imparcialidad en el ejercicio de la función pública. En: Delitos contra la función pública. Santiago, Editorial Jurídica de Chile: pp. 327.

⁵ BASCUÑAN, ANTONIO. 2002. Informe en derecho: El Delito de Cohecho y Tráfico de Influencias en el Código Penal Chileno.

irrelevante lo que ocurra después, o sea, la materialización del pago mismo...⁶. De este modo, no cabe duda de la naturaleza jurídica del cohecho, y conforme a esta consideración, los siguientes análisis dogmáticos que se realicen deben considerar necesariamente la estructura y naturaleza del hecho típico estudiado.

2. ELEMENTOS DEL COHECHO

En virtud de las referencias al concepto de cohecho planteadas anteriormente, se visualiza la existencia de 3 elementos fundacionales a este tipo penal que serán útiles para esclarecer el contenido y alcance de una infracción de deberes propios del cargo presente en la configuración del cohecho agravado. Por tanto, es absolutamente necesaria una comprensión lógico-analítica integral de este delito para una idónea comprensión de la forma en que se configuran las facultades discrecionales en el cohecho, respecto de funcionarios de la Administración Pública, para ello un acabado análisis conceptual en conjunto con un análisis de los elementos que componen este delito, será fundamental en la aplicación concreta de estos tipos penales.

Los elementos del cohecho son:⁷ 1. Relación trilateral 2. Ventaja 3. Posición de deber del funcionario público.

a. RELACIÓN TRILATERAL

En el delito de cohecho intervienen tres sujetos: el primero de ellos es el funcionario público, parte integrante de la Administración, al cual se le ha confiado la labor de actuar en favor y a nombre del Estado tomando decisiones jurídicamente relevantes; el segundo sujeto que interviene es quien le confía una labor al funcionario público, aquel es, el Estado; finalmente, en tercer lugar, interviene un tercero extraño a la Administración Pública, que será a quien se le solicita la ventaja, o quien la ofrece y consecutivamente el funcionario público acepta dicha dádiva. En virtud de lo anterior se visualiza la existencia de una relación trilateral en razón a que en el tipo delictivo concurren tres sujetos distintos que se relacionan e interactúan mutuamente para configurar el comportamiento típico del delito de cohecho.

⁶ MATUS ACUÑA, JEAN PIERRE. 2017. Código Penal Sistematizado con jurisprudencia. Tercera Edición. Santiago, Chile. Thomson Reuters. 473p.

⁷ KINDHÄUSER, URS. 2007. Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Política Criminal (3): 1-18.

Para la determinación respecto de quiénes se entienden funcionarios públicos y por tanto eventualmente les serían aplicables los delitos de corrupción tratados en esta memoria, debemos remitirnos al artículo 260 del Código Penal, el cual expresa: “Para los efectos de este Título y del Párrafo IV del Título III, se reputa empleado todo el que desempeñe un cargo o función pública, sea en la Administración Central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean de nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldo del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular.” Respecto de la norma transcrita, tanto la jurisprudencia como la doctrina se encuentran contestes en interpretarla de forma amplia, lo cual permite extender considerablemente la aplicación de estos tipos penales y que, en consecuencia, una amplia gama de empleados públicos se encuentren sujetos a determinadas obligaciones so pena de aplicarse el Derecho Penal.

Por su parte, el tercero extraño será parte de la configuración del comportamiento típico en la medida que es necesaria su existencia, pues significa un incentivo para que en concreto el funcionario público abuse de su poder de decisión y despliegue el comportamiento típico en el delito de cohecho. No obstante, es menester recalcar que el cohecho está tratado como un delito especial en nuestro Código Penal, por consiguiente sólo puede configurarse respecto del funcionario público en su calidad de *intraneus*, dado que sólo él detenta una posición de deber- poder en virtud del interés general de la sociedad que es fundamento necesario para poner en peligro el bien jurídico protegido.

b. VENTAJA

En el derecho comparado generalmente se ha entendido que la ventaja solicitada o aceptada por el funcionario público será todo lo que pueda motivar al ser humano⁸ aquello que resulte en una situación de mejora, por ejemplo, el dinero, favores sexuales, cuadros de algún determinado pintor, entre otros.

Nuestra legislación, con la reciente entrada en vigencia de la Ley 21.121 del año 2018, más conocida como Ley Anticorrupción, concordó el ordenamiento jurídico nacional

⁸ KINDHÄUSER, URS. 2007. Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Política Criminal (3): pp. 6

con el escenario internacional, considerándose ventaja a todo “beneficio económico o de otra naturaleza”, tal como prescribe el nuevo artículo 248 y 248 bis del Código Penal que regula el cohecho y su modalidad agravada respectivamente. Así, al incluir en las normas esta cláusula genérica, permite ampliar la aplicación del cohecho a situaciones anteriormente no contempladas, lo cual hace que esta nueva regulación sea más conforme con la realidad social, dado que una ventaja de carácter económico no es lo único medio con aptitud suficiente para motivar a una persona en la comisión de un hecho delictivo.

Sin la modificación legal del año 2018, sólo se consideraba ventaja como elemento de configuración del cohecho, a los beneficios económicos o bienes que sean susceptibles de apreciación pecuniaria. En particular, respecto de la figura básica de cohecho se consideraba que ventaja se trataba tanto de “mayores derechos” como de un beneficio económico. Por su parte, en el cohecho agravado, la ventaja sólo radicaba en un beneficio económico, circunstancias que fundamentaron íntegramente la publicación de una nueva legislación en esta materia.

En definitiva, la ventaja será la causa para desplegar el comportamiento descrito en el cohecho, dado que motivará al funcionario público a recibir un beneficio económico o de cualquier otra naturaleza, que mejore su situación actual o que cuente con la aptitud suficiente para motivarlo en la comisión del delito. Desde el punto de vista del tercero, la ventaja será la vía para conseguir una determinada decisión o actuación por parte del funcionario público, respecto de la cual se encuentra interesado, y precisamente ese determinado funcionario es quien tiene un poder decisorio relevante en el acto administrativo en cuestión.

En la misma línea, lo que caracteriza la ventaja radica en que ella es extra-posicional, es decir, tiene origen fuera del ejercicio de la misma función pública, siendo el “beneficio económico o de cualquier otra naturaleza” elementos inconexos a los fines públicos previamente establecidos en la ley. Para que se configure el delito de cohecho, la ventaja que acepta o solicita el funcionario público, necesariamente debe tratarse de un elemento que no es posible enmarcarlo en el ejercicio de las facultades específicas del funcionario público, porque sólo de ese modo existirá inconexión con los fines constitucionales y legales que sirven de fundamento para el ejercicio de una función pública.

c. POSICIÓN DE DEBER DEL FUNCIONARIO PÚBLICO

Este elemento alude a que el funcionario público por la función que cumple dentro de la sociedad, debe orientar su conducta a proteger los intereses de quien le investió de un poder de decisión determinado y le revistió de una cualificación personal determinada, de tal modo que ahora forma parte del vínculo institucional que le hace detentar potestades-deberes cuya existencia tiene un claro fin público, pero que en vez de proteger dichos intereses, respecto de los cuales se encuentra obligado, abusa de su poder de decisión e instrumentaliza su cargo para fines lucrativos personales. En palabras de Juan Pablo Mañalich el funcionario público está sujeto a un deber primario que emana directamente de la norma respectiva,⁹ es decir, la investidura del funcionario va necesariamente acompañada de obligaciones a las cuales se sujeta por aceptar el cargo, de modo tal que existe un vínculo directo entre el funcionario y el ejercicio de una potestad pública sujeta a normas de carácter constitucional y legal que dirigen a los actos administrativos. En dicho orden de ideas, el funcionario detenta una facultad o potestad que en su ejercicio se encuentra íntimamente ligada a normas rectoras que en caso alguno el empleado público puede desconocer.

En general la posición de deber encuentra su origen en el poder de decisión del cual se dota al funcionario público respecto de determinadas materias, pues dicho individuo en el ejercicio de sus funciones contará con una cualidad distinta, de modo tal, que el comportamiento que se espera de él no será el esperable respecto de cualquier otro ciudadano, sino que en virtud a que puede tomar decisiones que institucionalmente afectan a otros individuos de la sociedad, la exigencia de probidad en su comportamiento se eleva a estándares considerablemente más altos en atención a dicho poder de decisión. Así, el funcionario público detendrá un poder de decisión que irá acompañado de deberes que restringirán el ejercicio de su función a través de determinadas normas como una forma de prevención al abuso de poder en la función pública y de ese modo resguardar el bien jurídico protegido en el cohecho.

Por último, además de considerar los elementos anteriormente descritos, es necesario enfatizar que aquella posición de deber deriva en un poder decisorio que debe caracterizarse por ser relevante, ergo, que potencialmente cuenten con la aptitud de poder lesionar el bien

⁹ MAÑALICH, JUAN PABLO. 2010. La estructura de la autoría mediata. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (34): pp. 385-414.

jurídico, y no se trate de trámites de mera sustanciación que, en estricto rigor, no tendrán ningún impacto en la capacidad de funcionamiento de la Administración como bien jurídico protegido. Lo anterior no puede quedar al arbitrio del sentenciador de fondo, sino que es una obligación respecto de la cual los intervinientes del proceso deben velar, pues se encuentra respaldado por los principios inherentes al Derecho Penal sustantivo, como lo es concretamente el principio de fragmentariedad.

3. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El bien jurídico que protege el delito de cohecho es la capacidad de funcionamiento de la Administración, dado que las comisiones de estos tipos penales ponen en peligro la objetividad con que los funcionarios deben tomar las decisiones en el ejercicio de sus funciones. Además, cabe recalcar que dicho bien jurídico protegido debe comprenderse en un sentido amplio, pues eventualmente puede ocurrir que el funcionamiento de la Administración esté llevándose a cabo correctamente, y sin embargo se haya efectuado una conducta corrupta, por ejemplo, si un individuo ofrece una suma de dinero al funcionario encargado de recepcionar los antecedentes de una apelación frente al rechazo de una licencia médica por parte de la Superintendencia de Seguridad Social, y este funcionario acepta la dádiva para remitir rápidamente el escrito al funcionario encargado de resolverlo, en tal hipótesis, definitivamente se cumple con el hecho típico previsto en el artículo 248 del Código Penal, cohecho simple, y además no se está afectando la capacidad del funcionamiento de la Administración en un sentido estricto, puesto que el funcionario remitirá el escrito del mismo modo que lo hubiera hecho de no habersele ofrecido o él mismo solicitado un beneficio económico. El ejemplo anterior nos lleva a concluir que el bien jurídico protegido debe comprenderse en un sentido lato, pues no se trata de asegurar sólo la corrección de contenido en las decisiones que tome la Administración, sino que también se asegure el mantenimiento del sistema normativo formal- democrático en las actuaciones de la autoridad, por sobre el sistema corrupto.

La defensa del sistema normativo formal e institucional, en la práctica, permite que las instituciones funcionen de conformidad a lo que democráticamente se ha establecido como sistema imperante, ello inspirado en principios elementales del Estado de Derecho, principalmente relacionado con el principio de imparcialidad, igualdad ante la ley, probidad y legalidad. En razón de lo anterior, cabe recalcar que en algunos casos prácticos no se

alcanzará a poner en peligro la probidad y objetividad en la toma de decisiones pues no merma el funcionamiento de la Administración directamente. No obstante, en esos mismos casos, sí se pondrá gravemente en peligro la capacidad de funcionamiento de la Administración, lo que permite la configuración del delito de cohecho, precisamente porque el bien jurídico protegido alude al mantenimiento de las normas jurídicas, más no a la corrección de las decisiones relevantes. Por tanto, es dable que este delito no requiere que el Estado sufra un perjuicio patrimonial ni que el funcionario se enriquezca efectivamente, sino que basta con la aceptación o solicitud por parte del autor.

Conforme al análisis anterior podemos concluir que nos encontramos ante un delito de peligro abstracto, y por consiguiente, el ejercicio del poder de decisión estatal sólo podrá contar con un grado de independencia en la medida que se encuentre institucionalmente asegurada de ventajas inconexas, resguardando condiciones mínimas al momento de tomar decisiones que afecten a otros particulares, por tanto, aquellas conductas que coloquen en peligro dicho sistema institucional predominante de reglas de la Administración, será perfectamente punible. En este sentido, Kindhauser menciona que “resulta acertado que los delitos de aceptación de ventaja y otorgamiento de ventaja constituyan delitos de peligro abstracto. Como todos los delitos de peligro, estos tienen la misión de asegurar las condiciones básicas bajo las cuales el correspondiente bien jurídico relevante se pueda desarrollar sin menoscabos”¹⁰.

Por su parte Norberto de la Mata también se ha referido a este tema, señalando que “lo que se trata de tutelar no es un ente abstracto con independencia de su función jurídico-social, sino su correcto funcionamiento, para que pueda servir con eficacia y objetividad a los intereses generales”¹¹. Al respecto, dicho autor ratifica la idea que este delito debe ser entendido conforme a su interés de proteger un sistema normativo preponderante por sobre el sistema corruptivo de alcanzar las pretensiones personales, ello considerado en el contexto de que los deberes que emanan de los cargos públicos no se explican por sí solos, sino se explican a través de que su cumplimiento se fundamenta por la prestación de un servicio que brindan a toda la comunidad. En consecuencia, proteger este bien jurídico nos

¹⁰KINDHÄUSER, URS. 2007. Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. *Política Criminal* (3): pp. 10.

¹¹ DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO. 2009 ¿Qué interés lesionan las conductas de corrupción?. *Revista Eguzkilore* (23): pp. 249. Véase también “PRECIADO DOMENECH, CARLOS HUGO. 2015. La corrupción pública en la reforma del Código Penal de 2015. Madrid. Editorial Civitas: pp. 42.”; “RODRIGUEZ COLLAO, LUIS; OSSANDON, MAGDALENA. 2005. Delitos contra la imparcialidad en el ejercicio de la función pública. En: *Delitos contra la función pública*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile: pp. 330-331.”

reconduce a una protección penal que mira el beneficio que significa su actividad para los ciudadanos y todas las personas sujetas a nuestro Derecho.

4. REGULACIÓN EN NUESTRO CÓDIGO PENAL CHILENO

Nuestro Código Penal regula el delito de cohecho a partir del artículo 248, en particular, dicho artículo regula la figura básica de cohecho y el artículo 248 bis tipifica la figura agravada del mismo. En virtud de las consideraciones que preceden, queda de manifiesto que al analizar el cohecho respecto de las facultades discrecionales, necesariamente debemos distinguir entre la figura básica de este delito y su dimensión agravada, ambos hechos típicos son diametralmente distintos en cuanto a sus respectivos elementos del tipo, lo que generará diversos efectos y un tratamiento distinto al aplicarlos respecto de funcionarios que detenten facultades discrecionales.

4.1 FIGURA BÁSICA DE COHECHO

El cohecho simple centra su aplicación en la mera solicitud o aceptación del beneficio económico o de otra naturaleza, en los términos de la Ley 21.121, mientras que la figura agravada dirige su atención a la infracción de deberes propios del cargo. La intervención penal respecto de la figura básica de cohecho se justifica por sí misma, dado que el enriquecimiento económico o de otra naturaleza lleva en sí mismo la puesta en peligro de la imparcialidad, y por consiguiente la capacidad de funcionamiento de la Administración en tanto bien jurídico protegido, por tanto, la solicitud o aceptación del beneficio económico o de alguno de otra naturaleza presume el peligro del bien jurídico por tratarse de una ventaja extraposicional al ejercicio de la función pública, en cuyo ejercicio no es admisible la intromisión de intereses de ninguna naturaleza.

Respecto del cohecho simple no existe mayor discusión sobre su principal elemento del tipo, puesto que basta con probar la solicitud o aceptación de la dádiva para que se entienda consumado el delito, por tanto, su mayor dificultad será probatoria más que de interpretación dogmática sobre el contenido y alcance de sus requisitos que den lugar a la consumación del tipo penal.

El segundo elemento relevante de esta figura típica dice relación con que se trate de actos propios de su cargo, el cual tampoco presenta mayor conflicto dogmático dado que este elemento hace alusión a aquellos actos cuya realización obedece al ejercicio de las funciones públicas, por tanto debe tratarse de actos que se encuentren dentro de la órbita de competencia del funcionario público, debiendo descartarse de plano aquellos que no se vinculen en dicho carácter con el *intraneus*.

En conclusión, basta que la realización del acto se vea facilitada por la cualidad de ser funcionario público, pues el tipo penal no exige que el *intraneus* sea el único y exclusivo interventor en el acto o decisión, lo que no obsta a que el funcionario deba intervenir de una forma relevante.¹² Un clásico ejemplo de ello lo encontramos en el caso práctico relativo a un guardia de una determinada Municipalidad que acepta la suma de \$1.000.000 de pesos por quemar un expediente de sumario administrativo, en tal situación, el guardia no detenta deberes de conservación y cuidado respecto de los expedientes administrativos, por ende no es un acto propio de su cargo y no se puede subsumir el cohecho. En tal sentido, independiente de la potestad que detente el funcionario público, sea discrecional o reglada, no altera la subsunción del hecho al tipo penal, debido a que sólo importa verificar la existencia de un beneficio económico o de otra naturaleza, en conjunto con que se trate de un acto propio del cargo. Para la verificación de que un acto sea propio del cargo debemos acudir a la ley orgánica que crea dicha potestad o simplemente la normativa que determina las funciones respectivas, no siendo necesaria la búsqueda de alguna otra circunstancia.

4.2 COHECHO AGRAVADO

En el caso de la figura agravada de cohecho, dependiendo si se trata de una potestad reglada o discrecional, se alterará el contenido y alcance que se configure respecto al elemento del tipo “infracción de deber”. Concretamente, respecto de las potestades regladas, será la misma ley la que establezca cuáles son actos propios del cargo y cuáles no, por tanto, la determinación relativa a si se infringió un deber propio del cargo es suficientemente sencilla de arribar pues se trata de un simple ejercicio de subsunción de presupuestos fácticos a la norma que indica los actos propios del cargo, lo cual permitirá concluir la aplicación o no del delito de cohecho agravado. Casos prácticos de esta potestad los

¹² Véase RODRIGUEZ COLLAO, LUIS; OSSANDON, MAGDALENA. 2005. Delitos contra la imparcialidad en el ejercicio de la función pública. En: Delitos contra la función pública. Santiago, Editorial Jurídica de Chile: pp. 338.

encontramos, por ejemplo, cuando un funcionario fiscalizador del Transantiago está obligado a citar al infractor que no pagó su pasaje en el transporte público, para que comparezca ante el Juzgado de Policía Local respectivo en el cual se le aplicará una multa. Un segundo ejemplo, se constata cuando el funcionario aduanero debe verificar si la persona trae en su equipaje objetos o sustancias cuyo ingreso está prohibido al país. Por último, un tercer ejemplo, se manifiesta cuando un funcionario de Gendarmería ingresa teléfonos celulares al recinto penitenciario donde ejerce funciones, entregando dichos aparatos a alguno de los individuos privados de libertad, a cambio de un beneficio económico.

En los casos prácticos anteriores podemos visualizar potestades regladas dado que presentándose los presupuestos fácticos, el funcionario fiscalizador, aduanero y gendarme no pueden hacer más que entregar la citación correspondiente, no permitir el ingreso de ciertos objetos o sustancias y no permitir el ingreso de ese tipo de dispositivos al recinto penitenciario respectivamente, dado que no tienen margen de decisión sobre las consecuencias jurídicas respectivas, sino que simplemente aplican la ley a un caso concreto. En la hipótesis que despliegue el comportamiento típico, infringirá un deber del cargo y por tanto, si aceptó un beneficio económico o de otra naturaleza, se configurará el delito de cohecho agravado.

Por su parte, respecto de las potestades discrecionales la situación no se resuelve tan fácilmente, dado que los funcionarios cuentan con un abanico amplio de posibles decisiones que pueden adoptar en el ejercicio de sus funciones, todas ellas igualmente legítimas y conformes al ordenamiento jurídico, por tanto, resulta dificultosa la determinación práctica si el funcionario público al elegir una de las opciones posibles ha infringido un deber propio de su cargo. En consecuencia, es posible notar que ninguna de las decisiones que adopte el funcionario público será radicalmente corrupta, sino que sólo encontraremos diferentes elementos que nos lleven a concluir que concretamente el funcionario público infringió un deber propio del cargo. A modo ejemplar, un caso práctico de esta potestad la encontramos cuando la encargada de la biblioteca de la Defensoría Penal Pública detenta como función propia del cargo, la adquisición de libros jurídicos. En tal supuesto, la ley no determina la editorial en que debe adquirir los libros, ni establece detalle alguno de cómo ejercer esa función, por tanto, si existen dos editoriales que ofrecen similar calidad y precio de los libros, la funcionaria escogerá una u otra editorial con cierta libertad y discrecionalidad de tal modo que cualquiera sea la decisión que tome, ambas se encontrarán amparadas a nuestro

Derecho positivo. Un segundo ejemplo lo encontramos cuando una Municipalidad determinada inicia una política de implementación de ciclovías, cuyo objetivo se centra en la sustentabilidad del transporte y el control de la contaminación, para lo cual define trazados en ciertas vías de la ciudad, que por ley corresponden a bienes nacionales de uso público, por tanto son administradas por el municipio. Respecto de este último caso podemos considerar la existencia de una potestad discrecional por cuanto la Municipalidad decide dónde implementar las ciclovías y en cuáles no implementarlas, situación que es perfectamente posible conforme al ordenamiento jurídico, pero que eventualmente podría ser impugnada por vecinos de la comuna al considerar que dicha decisión es arbitraria y que se ven afectados sus derechos con la instalación de las ciclovías, lo que en definitiva demuestra la discrecionalidad de la que emana esa decisión.

En efecto, los casos prácticos anteriores nos permiten considerar una segunda dificultad, pues además de resultar esencialmente dificultosa la determinación de una infracción de deber respecto del ejercicio de facultades discrecionales, debemos distinguir dos situaciones, por un lado, si la función del empleado público se sustenta en una potestad esencialmente discrecional, es decir, si dicha facultad emana directamente de la ley, o si por el contrario, se trata de una función que por las circunstancias fácticas que rodean el ejercicio de la función, se abre un campo de acción al funcionario público, cuestión que será de considerable trascendencia porque para determinar la infracción de un deber propio del cargo, debemos aplicar toda aquella normativa que delimite y regule a este tipo de potestades, considerando tanto legislación general como especial. En consecuencia, respecto de las potestades esencialmente discrecionales, podremos aplicar directamente toda aquella normativa prevista, cuyo objetivo se centra en delimitar el ejercicio de la potestad, pero respecto de aquellas potestades que por las circunstancias fácticas se vuelven discrecionales, como resulta ser el primer caso práctico mencionado anteriormente, la delimitación de la potestad se vuelve más dificultosa dado que el marco regulatorio no consideró dicha hipótesis y por lo tanto no reguló la forma de limitar el ejercicio de esa potestad. En este sentido, frente a eventuales vacíos que puedan suscitar en la aplicación del cohecho agravado, sólo podemos aplicar principios generales reguladores de la Administración, en conjunto con deberes y obligaciones generales a los cuales se encuentran sometidos los funcionarios públicos en un sentido amplio, presentes en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado y en sus respectivas leyes especiales, pero que dada su abstracción, dificulta en gran medida la

aplicación concreta de estos principios, pues no guía directamente a la determinación de si un funcionario público infringió deberes propios del cargo. No obstante, no es factible considerar que el ejercicio de una función pública quede desprovista de toda delimitación, de tal modo que no se pueda evitar el abuso de poder por parte de los empleados públicos, por consiguiente, se debe preferir la aplicación de estas normas generales como modo de limitar el ejercicio de las potestades que por circunstancias fácticas se vuelven discrecionales, pues así se responde a una forma de protección preventiva de la comisión de delitos de corrupción.

Retomando lo anterior, los funcionarios públicos pueden detentar potestades regladas o de carácter discrecional, sin perjuicio de que además de estos dos grandes polos, podemos visualizar la existencia de un tercer tipo de potestad, la de carácter semi-reglada, en virtud de la cual el empleado público cuenta con una amplia gama de poder de decisión, pero que en su aplicación se ve en cierta medida un poco más restringida porque la misma ley o su reglamento regula detalladamente la forma en que se ejerce dicha facultad. Respecto de esta tercera potestad, al igual que en las potestades discrecionales, nos enfrentamos a una compleja delimitación entre lo que legalmente puede realizar el funcionario público y aquello que signifique una infracción de deber. En conclusión, para solucionar el problema de delimitación del tipo penal de cohecho agravado respecto de aquellas potestades discrecionales o semi-regladas, debemos iniciar por comprender cabalmente el significado y alcance de las potestades, sus límites generales y especiales, la forma de controlarlas y el modo en que ellas se ejercen, porque como analizamos anteriormente, ellas resultan merecedoras de análisis dogmático, excluyendo a las potestades regladas.

Capítulo II

POTESTADES DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

El presente capítulo analiza con mayor profundidad las potestades de los funcionarios públicos, dado que ello facilitará la determinación del elemento “infracción de deber” en el cohecho agravado del artículo 248 bis del Código Penal.

En general, las potestades administrativas se manifiestan en una diversa intensidad, dado que el marco regulatorio que se establece en cada una de ellas produce que su contenido se exprese de diferentes formas dependiendo de la potestad pública que se trate, por tanto, la intensidad y el contenido de las potestades administrativas variarán según lo que el legislador haya previsto en su constitución y regulación. Lo anterior, influye indudablemente en el poder y la esfera de actuación que tiene el funcionario, puesto que, al existir diferentes formas de constituir y regular una potestad pública, producirá que el poder con el que cuenta el empleado sea variable en intensidad, produciendo finalmente que la forma de limitarla también sea variable. Al respecto, algunos podrían apreciar que los órganos de la Administración Pública se encuentran en una especie de “superioridad” en comparación al ciudadano producto de los poderes exorbitantes con los que cuenta, que en la práctica sitúa a esta institución en una situación posicional excesivamente privilegiada, poniendo en peligro los intereses generales de la sociedad y eventualmente los intereses de particulares. Asimismo algunos podrían concluir que las potestades discrecionales son una especie de excepción a la regla general de legalidad, por lo que se trataría de facultades ajenas a un Estado de Derecho por tratarse de situaciones muy excepcionales que en caso alguno podrían constituir la regla general en materia de constitución y regulación de potestades. Sin embargo, dichas consideraciones desconocen las reglas y principios que limitan y delimitan el ejercicio de una función pública, puesto que en estricto rigor el principio de legalidad es precisamente el fundamento y límite de las potestades discrecionales. En concreto, el problema no se centra en la existencia de estas potestades, sino en la mirada superficial de las normas que las constituyen, regulan e interpretan conforme al ordenamiento jurídico. En la misma línea se ha pronunciado García de Enterría y Ramón Fernández, sosteniendo que no hay discrecionalidad, como tampoco la hay al margen de la ley, sino en virtud de ella y tal y como ella hubiera dispuesto,¹³ por tanto, las potestades

¹³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R. 2006. Curso de Derecho Administrativo, Tomo I. Madrid. Civitas.

discrecionales no son una excepción al principio de legalidad, ni mucho menos se encuentran fuera del Estado de Derecho, sino que son parte integral y necesaria de la estructura de la Administración Pública, y encuentran su fundamento y límite en los propios principios esenciales del Derecho Administrativo.

Antes de iniciar la delimitación del cohecho agravado en potestades discrecionales debemos tener presente que en estricto rigor no existen potestades íntegramente discrecionales, sino que sólo algunos elementos de discrecionalidad. En nuestro ordenamiento jurídico, en virtud de la normativa administrativa y constitucional, siempre encontraremos estándares básicos aplicables al momento que los funcionarios tomen decisiones relevantes en el ejercicio de sus cargos, por tanto, cada vez que intentemos determinar el elemento “infracción de los deberes del cargo” en el cohecho agravado, nos encontraremos a lo menos con un sustrato básico y mínimo de la regulación de las facultades de los funcionarios públicos, lo cual es un antecedente esencial para comprender que, en definitiva, no existen potestades absolutamente discrecionales, sino elementos discrecionales presentes en algunas potestades. En dicho orden de ideas, las potestades discrecionales no se encuentran distantes a los principios del Derecho, se explican conforme a ellos en la medida que al existir este tipo de potestades, no se otorgan facultades exorbitantes a los funcionarios públicos, sino que sólo se les dota de algunos elementos de discrecionalidad que serán limitados por principios y normas del mismo ordenamiento jurídico. En consecuencia, el enfoque debe ser puesto en la delimitación y determinación de dichos elementos con características discrecionales, lo que restringe sustancialmente el campo de estudio, pues sólo de esa forma podremos desarrollar un análisis lógico-normativo del delito de cohecho.

No podemos olvidar que a las consideraciones anteriores debemos agregar el hecho de que las decisiones que tomen los funcionarios públicos que serán merecedoras de análisis dogmático en la determinación del cohecho agravado, sólo serán aquellas decisiones que resulten relevantes en el ejercicio de una función pública, en el sentido de que sólo se analizarán aquellas decisiones que produzcan una consecuencia jurídica trascendente de tal modo que afecte el bien jurídico protegido o derechos de terceros. Dicha perspectiva responde indudablemente a parámetros de legitimidad en la intervención penal para estos casos, dado que el Derecho Penal está orientado al principio de *ultima ratio* en la prevención

del menoscabo o puesta en peligro de bienes jurídicos esenciales para la vida social y democrática en un Estado de Derecho.

1. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

En este acápite nos centraremos en analizar aquellos principios que orientan el análisis dogmático lógico-normativo de la infracción de deberes del cargo del delito de cohecho agravado, aplicable a las diferentes potestades que pueden detentar los funcionarios públicos, en especial aquellos principios que resulten de utilidad en la comprensión de las potestades discrecionales en funcionarios de la Administración. Considerar los principios en nuestro análisis resulta de gran relevancia pues, precisamente, que una potestad sea discrecional alude a que carece de una regulación exhaustiva que determine su ejercicio, así como también carece de límites expresos que restrinjan el actuar de los funcionarios públicos, o en caso contrario, cuenta efectivamente con regulación pero de forma muy precaria. En este contexto, todas las decisiones relevantes posibles en un determinado acto administrativo serán conformes al ordenamiento jurídico, por tanto, frente a ese vacío los principios orientan considerablemente en el establecimiento de los límites a las potestades discrecionales en su esencia y respecto de aquellas potestades que por las circunstancias fácticas se vuelven discrecionales.

Conforme a lo anterior, es necesario realizar un análisis exhaustivo de los principios que resuelvan dificultades dogmáticas que puedan suscitar en la aplicación del cohecho agravado. Dentro de los principios que se encuentran en el ordenamiento jurídico, los más relevantes para nuestro estudio analítico son el principio de legalidad y el principio probidad, regulados por el Derecho Administrativo.

1.1 PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El principio de legalidad es de aquellos que se caracterizan por ser elemental y transversal en nuestro sistema jurídico, pues se manifiesta como un presupuesto básico del Estado de Derecho democrático, y se encuentra consagrado en un sentido orgánico y funcional en los artículos 6 y 7 respectivos de nuestra Constitución Política de la República, en virtud de los cuales, “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República. Los

preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo...” (Artículo 6) y “Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley. Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes...” (Artículo 7), así nuestra Carta Fundamental, ha entendido al principio de legalidad como la sujeción por parte de los funcionarios públicos al ordenamiento jurídico constitucional, legal y reglamentario.

Por su parte, en el Derecho Administrativo el principio de legalidad se encuentra regulado en el artículo 2 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, N° 18.575, la cual reza en términos similares a la Constitución, “Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes. Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico. Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes.” De estas consagraciones al principio de legalidad se ha entendido que cuenta con un alcance considerablemente amplio, abarcando la totalidad de las normas y principios jurídicos. De este modo, el principio de legalidad se manifiesta otorgando legitimidad a las intervenciones de los órganos de la Administración, lo cual cumple a su vez dos funciones, por una parte, es el fundamento previo y necesario para que el funcionario ejerza una determinada conducta, y por otro lado, se manifiesta como límite externo al sujeto.

En la misma línea, respecto del principio de legalidad se visualiza, en primer lugar, una dimensión objetiva, que se manifiesta como una delimitación externa del ejercicio de las potestades y cuya finalidad radica en que la actuación administrativa se desenvuelva dentro de la competencia del funcionario y en la forma que lo prescribe el ordenamiento jurídico, en segundo lugar, se visualiza una dimensión subjetiva, cuya finalidad apunta a una idea de justicia de la cual emana la noción de que la Administración ejerza sus funciones respetando los derechos de los administrados, que resguarde la seguridad jurídica sujetándose fielmente a la ley y se someta íntegramente al principio de probidad administrativa.

De la relación que existe entre las potestades discrecionales y el principio de legalidad, se ha pronunciado María G. Navarro, afirmando que “La discrecionalidad no puede entenderse independientemente del principio de legalidad; y cuando así se hace se convierte en un medio favorecedor de la corrupción y la injusticia”,¹⁴ por tanto, el principio de legalidad será fundamental para evitar la ocurrencia de actos constitutivos de cohecho agravado en el ejercicio de potestades discrecionales, pues de este principio emanan obligaciones expresas y concretas para los funcionarios, como la de actuar dentro de la órbita de su competencia, en la forma prescrita en la ley, no atribuirse más atribuciones que las conferidas por el ordenamiento jurídico, entre otras.

Conforme a lo que hemos tratado del principio de legalidad, es posible afirmar que el primer límite a las potestades discrecionales es precisamente este principio, en virtud del cual el funcionario debe someterse estricta y completamente a lo que el ordenamiento jurídico prescriba, ello inspirado en que la función principal de este principio consiste en asignar potestades y atribuciones a los órganos de la Administración, cuestión que implica un deber de actuar conforme a los límites que establecen las normas jurídicas, por ello, las potestades no son susceptibles de ser modificadas por su titular, sino que sólo la ley se encuentra habilitada para modificarlas o derechamente extinguir las.¹⁵

Una vez hecho el vínculo entre el principio de legalidad y las potestades discrecionales debemos determinar lo que en concreto significa este principio en el ejercicio de dichas funciones públicas. Al respecto, la defensa letrada de un funcionario público que detenta facultades discrecionales y se encuentra acusado de cometer cohecho agravado, siempre intentará plantear su defensa refugiándose en la generalidad y abstracción que caracteriza a este principio, para así justificar la actuación del administrador, alegando que no realizó ninguna infracción de deberes propios del cargo. Asimismo, el administrador y su defensa podrían valerse del hecho que si fuésemos más estrictos en el análisis de este principio, entraríamos en una paradoja porque precisamente se establecen las potestades discrecionales como una solución a la constante evolución y cambio que experimenta la sociedad contemporánea, y estas potestades son la única vía de solución para ese escenario, por tanto, si interpretamos este principio de modo restrictivo, trabaríamos el eficiente desenvolvimiento de las funciones de la Administración Pública y éste órgano no

¹⁴ NAVARRO, MARIA. 2012. Discrecionalidad Administrativa. Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad (3): pp. 202.

¹⁵ CORDERO VEGA, LUIS. 2015. Lecciones de Derecho Administrativo. Santiago. Legal Publishing Chile: pp. 76.

podría desempeñar funciones útiles para el Estado. Por último, fundamentarán estos intervinientes del proceso penal, que el Derecho no puede regular exhaustivamente cada función pública, en atención al lento cambio legislativo, y a que se obtendría un exceso de normativa la cual no respondería a criterios de eficiencia y eficacia, demostrando así la necesidad de la existencia de las potestades discrecionales, y la dificultad de delimitación de la infracción de deberes del cargo en el cohecho agravado.

Si bien gran parte de la defensa anterior resulta acorde a la realidad, pues la Administración efectivamente soluciona conflictos de forma rápida y eficiente conforme a las nuevas necesidades gracias a la existencia de potestades discrecionales, no es admisible que la Administración quede facultada para hacer abstracción de la ley, así, resulta de gran relevancia hacer precisamente lo contrario de aquello alegado por la defensa del administrador, ergo, debemos analizar restrictivamente el principio de legalidad, especialmente respecto de las potestades discrecionales, pues es la única forma de delimitarlas efectivamente, dado que una consideración abstracta no hará más que mantener en la generalidad a la potestad siendo inútil para su delimitación práctica. En este punto es donde asumen un rol muy importante los otros principios que controlan el ejercicio de poderes públicos porque la conjugación de todos ellos nos guiará al resultado idóneo que esperamos de las potestades discrecionales. De ese modo, al momento de analizar un caso concreto, el principio de legalidad debe mantenerse presente en todas las etapas del análisis como una fuente de inspiración del ejercicio de la función pública, dejándose constancia expresa de ello en el acto administrativo.

Concretamente, en la determinación de este tipo penal debemos analizar determinadas aristas relacionadas con el principio de legalidad, a saber, el primer aspecto a considerar en la forma en que se manifiesta este principio en un determinado supuesto fáctico, consiste en verificar la sujeción del acto administrativo al ordenamiento jurídico, pues este acto no podrá en caso alguno contravenir la Constitución y las leyes; en segundo lugar, dicho acto administrativo debe ajustarse a la finalidad de la potestad discrecional, atendiendo que el principio de legalidad manifestado como fundamento de este tipo de potestades, sólo se justifica en virtud del fin que le da origen; en tercer lugar, el mismo acto debe ajustarse a los criterios expuestos y tácitos de la ley, ya que en virtud de ellos se observará una debida limitación a la potestad y no se exacerbará el ejercicio de las funciones públicas; por último, el acto administrativo debe sujetarse a los principios informadores del Derecho Público, pues

el principio de legalidad se expresa como la materialización idónea de un Estado de Derecho y democrático donde se asegure el cumplimiento de los presupuestos normativos que pacifican la toma de decisiones por parte de la autoridad administrativa. Los criterios anteriormente mencionados deben concurrir copulativamente, pues no generarán un mayor efecto en la delimitación si se consideran aisladamente, así, observados en su conjunto sirven como elementos orientadores para delimitar el ejercicio de las funciones públicas, lo cual cobra especial relevancia tratándose de potestades discrecionales, dado que estas potestades se explicarán a través del principio de legalidad que es fundamento y límite de las mismas, manifestado como el principal y primer elemento rector que delimita el ejercicio de potestades discrecionales.

La presencia del principio de legalidad enmarca un escenario propicio para el ejercicio de funciones públicas, la aplicación de los otros principios informadores del Derecho Público y el cumplimiento de la finalidad de la Administración Pública, lo cual es expresado con gran claridad por el artículo 3 de la Ley 18.575, el cual reza “La Administración del Estado está al servicio de la persona humana; su finalidad es promover el bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país a través del ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y la ley...”, por consiguiente, la forma en que se cumple con el fin del ejercicio de las facultades públicas por parte de la Administración, es a través de la sujeción al principio de legalidad, pues él expresa una sujeción íntegra al ordenamiento jurídico como forma de garantizar el bien común de la sociedad.

1.2 PRINCIPIO DE PROBIDAD

En términos generales, el artículo 3 inciso segundo de la Ley 18.575 enumera los principios a los cuales deben sujetarse los funcionarios públicos, a saber, expresa esta norma que “La Administración del Estado deberá observar los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación, impulsión de oficio del procedimiento, impugnabilidad de los actos administrativos, control, probidad, transparencia y publicidad administrativas...”. En tal sentido, uno de los principios enunciados es el principio de probidad, aquel de mayor trascendencia en relación a los delitos de corrupción porque “impone el deber a los

funcionarios del Estado de actuar de conformidad a los intereses públicos y fines a los cuales debe servir, prohibiendo otorgar preferencias a él u otras personas”¹⁶.

Concretamente, este principio cuenta con una definición legal en el artículo 54 inciso 2 de la Ley 18.575, la cual expresa “El principio de la probidad administrativa consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular...”, a su vez, el artículo 64 de la misma ley establece conductas que contravienen especialmente la probidad, cuya regulación nos servirá indudablemente para el establecimiento de la “infracción de deberes del cargo” en un caso concreto, pues la regulación de este principio conlleva deberes generales aplicables a todos los empleados públicos, de los cuales se puede desprender una infracción a un deber general, que orientará en la delimitación del cohecho agravado, pero que, no obstante, no podrá ser el único fundamento para la configuración de este elemento del tipo penal. Por consiguiente, el principio de probidad implica que el actuar de la Administración siempre debe tener presente la finalidad del Estado, esto es, el bien común, de tal modo que su acción no puede perseguir un fin distinto al establecido en el ordenamiento jurídico, y que debe manifestarse en lo razonable e imparcial de sus decisiones, según se desprende del espíritu de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado.

La regulación de la probidad será determinante en la delimitación de la comisión del delito de cohecho, pues lo que hace el funcionario público con esta conducta típica es darle un trato privilegiado y preferente al sobornante quien le otorga un beneficio extraposicional al titular de la posición de deber, que significará necesariamente una infracción a los deberes del cargo, por lo que la comprensión de este principio será requisito para la aplicación de este tipo penal.

Cada punto analizado en este capítulo hay que aprehenderlo sin olvidar que se alude fundamentalmente a funciones propias del cargo de funcionario público, mas no de funciones generales respecto de las cuales no es directa y expresamente competente, de lo contrario se desnaturalizaría este ilícito penal. Para reforzar esta idea, conforme a lo expresado anteriormente, sabemos que el Derecho Administrativo prevé su propia regulación y control a las funciones generales, tal como lo regula el artículo 64 de la Ley 18.575, que en los ocho numerales que prescribe, podemos encontrar vínculos generales con los delitos de

¹⁶CORDERO VEGA, LUIS. 2015. Lecciones de Derecho Administrativo. Santiago. Legal Publishing Chile: pp. 119.

corrupción tipificados en nuestro Código Penal, lo cual no justificaría la intervención penal mediante estos ilícitos penales. En dicho orden de ideas, el legislador al permitir la intervención del Derecho Penal respecto de esas mismas conductas consideradas en el artículo 64, lo que busca no es dar una doble sanción a las mismas, ni intensificar la protección a la probidad administrativa, sino más bien, el propósito que subyace es sancionar a los funcionarios que configuren tipos penales respecto de funciones propias del cargo, haciendo referencia a una conducta concreta que él desempeñe, mas no de sus funciones generales las cuales ya son sancionadas con la correspondiente responsabilidad administrativa a la que hace referencia el artículo 63 de la misma ley. En consecuencia, se puede concluir que los tipos penales de corrupción protegen un bien jurídico distinto, el cual difiere, aunque no completamente, del fin perseguido por el Derecho Administrativo, y que su configuración exige que se trate de una conducta concreta propia de los deberes del cargo del funcionario en atención al bien jurídico protegido y a la fundamentación misma de estos tipos delictuales. Sin perjuicio de lo anterior, la regulación de la Ley 18.575 respecto del principio de probidad, su definición legal y las conductas que la contravienen especialmente, serán una guía para la delimitación de la aplicación del cohecho agravado en facultades discrecionales, pero su sola contravención no puede significar la configuración de la infracción de deberes del cargo, porque necesariamente debe tratarse de funciones propias con carácter relevante del determinado funcionario público, por tanto sólo serán normas orientadoras, mas no de aplicación directa y exclusiva.

La comprensión de la probidad deja al descubierto otra arista, la cual es identificada por Ángela Vivanco en los siguientes términos: “la probidad no puede ser considerada como tal si no se la asocia a la transparencia, es decir, a la voluntad permanente de decidir sobre la cosa pública abiertamente, permitiendo que los ciudadanos conozcan los fundamentos y las razones de la decisión, además de cómo esta se ejecuta; tal cosa importa que el acceso a la información pública deje de ser una prerrogativa concedida por la autoridad y se reconozca y garantice como un derecho de todas las personas, esencial por lo demás para el ejercicio de otras muchas garantías contempladas en la Constitución y, por último, en el contexto referido, que el secreto o la reserva de una determinada información se rijan por pautas objetivas establecidas en la ley y no determinadas arbitrariamente por quien tiene a su cargo el registro o antecedentes necesarios.”¹⁷ Sin lugar a dudas, en lo que respecta a la probidad,

¹⁷ VIVANCO MARTÍNEZ, ÁNGELA. 2008. Transparencia de la función pública y acceso a la información de la Administración del Estado: Una normativa para Chile. Revista Chilena de Derecho 35 (2): pp. 385.

nuestro ordenamiento jurídico ha cumplido con muchas de las exigencias para garantizar y resguardar este principio, al respecto, un gran avance significó el considerar como bases de la institucionalidad a la probidad, la transparencia y el acceso a la información pública, entendiéndolos como factores que no se pueden desatender si se pretende combatir eficazmente la corrupción, preservar las instituciones y entender la democracia como un verdadero proceso participativo.

Las bases de la institucionalidad presentan un rol protagónico en la prevención de los tipos penales corruptivos, tanto así que la publicidad en la información genera una formación basada en la transparencia que favorece la probidad reforzando el control de los actos administrativos y previendo eventuales peligros de afectación a la capacidad de funcionamiento de la Administración Pública en tanto bien jurídico protegido en los delitos de corrupción. En la misma línea, Robert Klitgaard ha explicado la corrupción mediante la siguiente fórmula:

$$\text{Corrupción (C)} = \text{Monopolio (M)} + \text{Discrecionalidad (D)} - \text{Transparencia (T)}^{18}$$

Dicha fórmula refleja cómo la corrupción incrementa mientras nos encontremos en presencia de monopolio y discrecionalidad, cuyos factores se potenciarán y fomentarán la afectación al bien jurídico protegido, viéndose aún más favorecido si el nivel de transparencia va decreciendo. También refleja cómo la discrecionalidad será un elemento de alto riesgo si no se encuentra en un contexto adecuado, de tal modo que el fortalecimiento de la transparencia como factor incidente en la probidad administrativa será un elemento clave para prevenir la comisión de cohecho y de delitos de corrupción en general.

La publicidad de la información se presenta como una medida que, al exponer la actividad del gobernante al escrutinio del público, fomenta una cultura en transparencia de la Administración que desincentiva las prácticas corruptas y refuerza la probidad de sus órganos públicos. Este factor además de beneficiar a la generalidad del ejercicio de los poderes del Estado, en concreto, será elemental para delimitar las potestades discrecionales ya que la publicidad reflejará la motivación que tuvo el funcionario público para desplegar una determinada actuación administrativa dentro del abanico de posibilidades que podía escoger, en virtud de la potestad discrecional con la cual está dotado.

¹⁸ KRISHNAN, G. 2001. Increasing Information Access to Improve Political Accountability & Participation. Tokyo. Mapping future actions in Asia Pacific: pp. 3.

Conforme a las conclusiones del capítulo anterior, la realidad de la sociedad exige la existencia del factor discrecional para hacer más eficiente la solución y satisfacción de nuevas necesidades públicas, por lo que, para disminuir la corrupción no podemos simplemente eliminar potestades discrecionales, sino que debemos limitarlas y delimitarlas estableciendo un contexto idóneo para su ejercicio. El contexto para disminuir el índice de corrupción es aquel en que se fortalezca la probidad, transparencia, legalidad y límites que controlen a la discrecionalidad de las potestades públicas, de ahí la relevancia de que todos los principios y límites interactúen y se relacionen entre sí, para satisfacer necesidades de justicia que requieren los sujetos de derecho.

2. POTESTADES REGLADAS Y DISCRECIONALES

A modo de profundización, las potestades regladas, tal como lo menciona Luis Cordero Vega en su libro “Lecciones de Derecho Administrativo”, son aquellas en que toda su actuación está predeterminada por las normas jurídicas aplicables, de forma que, constatada la ocurrencia del supuesto de hecho previsto por la norma jurídica de aplicación, no hay más que una decisión posible y lícita en el Derecho, así la decisión administrativa en este caso es pura y simple ejecución de la ley.¹⁹ Por tanto, el ejercicio de estas potestades por parte de su titular, el funcionario público, es completamente objetiva pues basta la verificación de la ley aplicable al caso en concreto, luego de verificar la subsunción del hecho particular al presupuesto fáctico de la norma para que el funcionario ejerza su función y se produzcan las consecuencias jurídicas previstas en la norma. Concuerda con la apreciación anterior María G. Navarro al mencionar que los actos reglados se refieren a la simple ejecución de la ley,²⁰ por ende, es la misma ley la que determina cuál es la autoridad que debe actuar, en qué momento y en qué forma ha de proceder, por consiguiente, no cabe que la autoridad pueda hacer uso de una valoración subjetiva dado que es un mero mecanismo de subsunción de los hechos a la norma jurídica, y en tal ejercicio no es necesario realizar valoraciones que no sean de carácter objetivo.

Un ejemplo clarificador de que nos encontraremos ante el ejercicio de una potestad reglada se presencia cuando un ciudadano va al Registro Civil a solicitar un certificado de antecedentes penales. El funcionario que lo atienda tendrá como funciones propias del cargo

¹⁹ CORDERO VEGA, LUIS. 2015. Lecciones de Derecho Administrativo. Santiago. Legal Publishing Chile: pp. 82.

²⁰ NAVARRO, MARIA. 2012. Discrecionalidad Administrativa. Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad (3): pp. 200.

la de entregar dichos certificados a aquellas personas que hayan pagado el derecho con la suma de dinero correspondiente, por tanto, el empleado público, por el sólo hecho de verificar el pago, se encuentra obligado a respetar la norma que lo obliga a emitir y entregar dicho certificado. Otros ejemplos los encontramos en el pago de un tributo determinado, en la jubilación de determinados empleados que cumplen una cierta edad, entre otros. A saber, en todo orden de situaciones de la vida social nos podemos encontrar con este tipo de potestades, ergo, para identificarlas debemos considerar la facultad que tiene el empleado, la regulación, la dificultad en la decisión y las alternativas que entrega la norma, de este modo podremos tener certeza que se trata de una potestad reglada u otra. En consecuencia, para este tipo de potestades existe sólo una alternativa posible de actuación que genera una determinada consecuencia jurídica, así, su estudio no presenta mayor dificultad dogmática, por lo que nos centraremos en la delimitación de otro tipo de potestades públicas.

La potestad discrecional, por su parte, se visualiza en espacios que el legislador ha conferido a la Administración un margen de autodeterminación, de libertad de decisión para escoger entre varias alternativas o soluciones posibles. En consecuencia, la norma jurídica no predetermina cuáles son los criterios para tomar la decisión administrativa, sino que la adopción de ella será producto de la libre consideración del funcionario público.²¹ Al respecto, Jaime Arancibia define el concepto de discrecionalidad administrativa señalando que “es una facultad atribuida por ley a un órgano de la Administración del Estado, para que este órgano frente a una determinada situación que motive su actuar, pueda optar libremente y dentro de los márgenes que fija el ordenamiento jurídico, la decisión que estime más razonable, conveniente, oportuna, eficaz y proporcionada, de acuerdo a los antecedentes que la justifican, evitando así incurrir en un acto u omisión arbitraria”²²

Para José Luis Cea Egaña, la discrecionalidad “es el margen limitado de libertad que la ley concede expresamente a la Administración para que, en casos o situaciones concretas, interprete y aplique sus disposiciones generales con sujeción a los fines y medios previstos en ella.”²³ En este mismo sentido, para Pedro Pierry Arrau el poder discrecional consiste en la “libre apreciación dejada a la Administración para decidir lo que es oportuno hacer o no hacer, sin que su conducta esté previamente determinada por la regla de derecho”.

²¹ CORDERO VEGA, LUIS. 2015. Lecciones de Derecho Administrativo. Santiago. Legal Publishing Chile: pp. 83
²² ARANCIBIA MATAR, JAIME. 1996. Concepto de discrecionalidad administrativa en la jurisprudencia emanada del Recurso de Protección. Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile (60): pp. 121.
²³ CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS. 1984. Hermenéutica constitucional, soberanía legal y discrecionalidad administrativa. Revista Chilena de Derecho 11 (01): pp. 12.

Conforme a las apreciaciones expuestas por los distintos autores, comprendemos que este tipo de potestad otorga un margen de libertad de apreciación a la autoridad, quien, realizando una valoración un tanto subjetiva ejerce sus potestades en casos concretos. Lo anterior, en ningún caso significa que esa libertad de apreciación sea absoluta, ni mucho menos que se permite su ejercicio al margen de la ley, pues no se trata de una facultad extralegal, sino que, muy por el contrario, es la ley misma la que delimita su ejercicio. A modo ejemplar, esta potestad se ve manifestada cuando la autoridad pública tiene que decidir a quién adjudicará la ejecución de una obra determinada dependiendo de la oferta más conveniente y eficiente que se le presente, o por ejemplo, cuando un funcionario del Servicio de Vivienda y Urbanización acepta un beneficio económico a cambio de asignar un subsidio habitacional a la persona a quien ofrece la dádiva o a un tercero, pues se encuentra dentro de sus funciones el hecho de atribuir discrecionalmente, conforme a ciertos parámetros, a qué postulante adjudica el subsidio de vivienda.

La existencia de este tipo de potestades encuentra su fundamento en que la Administración del Estado cumple múltiples funciones y despliega actos administrativos en diversos ámbitos, inclusive, es necesario considerar que a lo largo del tiempo van aumentando las funciones que debe desempeñar la Administración debido a la evolución y cambio que sufre la sociedad, y que por cierto, la ley no podrá establecer en todos los casos límites objetivos y precisos que regulen todas las hipótesis posibles frente a un caso concreto, sino que por el contrario, es necesario establecer un margen de libertad para nuevos escenarios a los que se puede ver enfrentada la Administración.

Asimismo, es necesario hacer presente que dentro de las funciones de los empleados públicos encontraremos sólo algunos elementos con carácter discrecional,²⁴ dado que dentro de la misma potestad existirán otros elementos que serán reglados, ergo, no existen potestades completamente discrecionales lo que resultará de gran utilidad para establecer límites a estas potestades. Clarificando este punto podemos concluir que la clasificación de las potestades que fueron analizadas en el capítulo anterior entre regladas, discrecionales y semi-regladas o semi-discrecionales, concretamente, sólo existen potestades regladas y potestades semi-regladas o semi-discrecionales en cuanto a que no existen potestades

²⁴ PIERRY ARRAU, PEDRO. 1987. El control de la discrecionalidad administrativa, Revista de los Jueces (4): 18-32.

íntegramente discrecionales, sino que siempre habrá normas jurídicas que regulen determinados elementos, por su parte, respecto de aquellos elementos que sean discrecionales habrá otras normas que les delimiten. De este modo, nuestro estudio se limita a aquellos elementos que resulten discrecionales en armonía con los otros elementos reglados de la misma potestad que corresponda analizar en un caso concreto.

Respecto a esos elementos discrecionales es posible afirmar que si bien el funcionario puede elegir entre varias decisiones y todas serán igualmente lícitas y válidas, igualmente se puede analizar si aquella que escogió puede considerarse una infracción de deber, porque dicha elección debe necesariamente responder a estándares de razonabilidad mínimos para ser una decisión idónea, es decir, la discrecionalidad no constituye un concepto opuesto a lo reglado, porque, aunque en principio parezca contradictorio, toda potestad discrecional debe observar ciertos elementos esenciales para que su ejercicio sea legítimo y conforme a Derecho. Según la normativa constitucional que rige el Estado Social y Democrático de Derecho, todos los poderes públicos deben ser ejercidos conforme a los principios y normas constitucionales y legales, no existiendo por tanto, actividad pública o funcionario que tenga plena libertad para ejercer sus funciones. Para darle una mayor comprensión a ello será necesario que analicemos distintos controles de discrecionalidad aplicables en nuestro ordenamiento jurídico.

2.1 CONTROL DE DISCRECIONALIDAD²⁵

Establecer control respecto de aquellos elementos de discrecionalidad presentes en una potestad pública será fundamental para determinar si en un acto configuratorio de cohecho, el funcionario efectivamente infringió un deber propio de su cargo. Determinar esto, no dice relación con que exista o no el delito, porque para que exista cohecho basta la aceptación o solicitud del beneficio económico o de otra naturaleza, por tanto, lo que en concreto se busca resolver es si se castigará al imputado conforme a las penas de la figura básica de cohecho o con la figura agravada. Lo anterior resulta de enorme relevancia porque si concluimos que existió infracción de deber y por tanto se debe aplicar el artículo 248 bis del Código Penal, la pena que arriesga el acusado, es considerablemente más alta que aquella prevista en el artículo 248 del mismo código. Por tanto delimitar estos elementos no sólo resulta ser de interés doctrinario, sino también práctico y social.

²⁵ CORDERO VEGA, LUIS. 2015. Lecciones de Derecho Administrativo. Santiago. Legal Publishing Chile: pp. 86.

Para desarrollar una correcta delimitación, es necesario tener presente los principios constitucionales del Derecho Administrativo, pues ellos inspiran el control de las potestades discrecionales.

En cuanto a los elementos básicos del control de discrecionalidad podemos encontrar:

2.1.1 Control a través de los elementos reglados

Este control alude a que estaremos ante infracción de deberes del cargo cuando el acto concebido como discrecional se dicta sin existir una norma que habilite el ejercicio de una función con éste carácter; cuando el funcionario no es en realidad el habilitado para ejercer dicho elemento discrecional que es parte de una potestad; cuando el supuesto de hecho no sea posible subsumirlo en el presupuesto fáctico de la norma que habilita el acto discrecional; cuando se infringen normas de procedimiento respecto del ejercicio de esa potestad; todas estas circunstancias nos permiten concluir que nos encontramos ante una infracción de deber, en razón a que se infringen elementos de potestad reglada, por lo tanto, el no seguimiento de la norma significa en estos casos que objetivamente no está cumpliendo con el mandato de la Constitución y las leyes.

Para Moreno Fernández, “Los límites que se han impuesto a las potestades discrecionales delimitan perfectamente el campo de la acción administrativa”. Dicho autor, agrega que “Una parte de los elementos reglados que necesariamente concurren en toda potestad discrecional, tanto en la determinación de su contenido como de su finalidad, y de otro lado, respeto a los principios generales del Derecho. Estos elementos reglados son los que coadyuvan a delimitar el campo de acción administrativa, y que en ningún momento pueden ser desvirtuados por aquélla, por cuanto la posible inexistencia o inexactitud entre los hechos que exterioriza la realidad y aquellos otros en los que la Administración funda su decisión, conduciría a la inevitable invalidez del acto dictado.”²⁶

²⁶ MORENO FERNÁNDEZ, JUAN IGNACIO. 1998. La Discrecionalidad en el Derecho Tributario. Valladolid. Editorial Lex Nova: pp. 55 - 57.

Por su parte, Sánchez Morón nos entrega una mirada más concreta sobre los elementos reglados en este tipo de potestades, al respecto menciona que “los límites generales de la discrecionalidad administrativa deducidos por la doctrina clásica del Derecho Administrativo son, por un lado, los de carácter sustantivo que aluden a los dos elementos reglados que concurren en toda decisión discrecional – los hechos en que se basa y el fin de interés público al que debe atender – y al necesario respeto a los principios generales del derecho”²⁷. Por lo tanto, identificar esos elementos reglados resultará crucial para que el funcionario que ejerce la potestad discrecional, pueda permear de fundamentos objetivos que conlleve finalmente a una decisión adecuada jurídicamente. Así, el empleado público se encuentra obligado a identificar los elementos reglados que se encuentran inmersos en su potestad discrecional, materializarlos en el acto administrativo, utilizarlos como antecedente que sirva para concretizar el ejercicio de elementos discrecionales de modo tal que no sean contradictorios dentro del mismo acto emanado por la autoridad.

2.1.2 Control de los hechos determinantes

En este control, entendemos por hechos determinantes aquellos que constituyen el presupuesto fáctico para que actúe la Administración del Estado en el ejercicio de su facultad discrecional. Se puede apreciar que estaremos en presencia de infracción de deber cuando es inexistente el supuesto de hecho que habilita el empleo de la potestad, cuya circunstancia es, además, parte integrante de aquellos elementos reglados de esa misma facultad. En este sentido, el funcionario no puede tergiversar la realidad para legitimar el ejercicio de su potestad, sino que debe ceñirse objetiva y estrictamente a los antecedentes de hecho para tomar una decisión jurídica relevante respecto de ellos.²⁸ En la misma línea, los hechos en tanto elementos no pueden ser sujetos a apreciación alguna, pues ninguna potestad discrecionalidad permite que el funcionario público decida arbitrariamente si concurrieron o no los hechos que lo habilitan a emitir un acto administrativo determinado, sino que en caso de existir dichos antecedentes fácticos, debe necesariamente desplegar su actuación sin cuestionar la existencia de los hechos comprobados, así el empleado se encuentra obligado a considerar todos los presupuestos fácticos, sin excluir algún antecedente, y conforme a ellos desplegar el acto administrativo conforme a los diversos criterios de limitación de su potestad y sin vulnerar los principios esenciales del Derecho Administrativo.

²⁷ SÁNCHEZ MORÓN, MIGUEL. 1994. Discrecionalidad administrativa y control judicial. Madrid. Editorial Tecnos: pp. 131.

²⁸ CORDERO VEGA, LUIS. 2015. Lecciones de Derecho Administrativo. Santiago. Legal Publishing Chile: pp. 87.

Si bien es cierto que cada una de las soluciones que escoja el funcionario público será legítima en contraposición a las otras, no es cierto que conforme a las consecuencias que de ellas emanen, todas sean exactamente idénticas; con ello se alude a que conforme a todos los criterios que controlan la discrecionalidad, encontraremos una del grupo de decisiones posibles que será, aunque sea en un grado mínimo, más idónea, más eficiente, más razonable, más provechosa, más útil, más económica, más necesaria para el fin perseguido, más alcanzable considerando la realidad social a la que la decisión va dirigida, entre otras. Por ende, los hechos determinantes que sirvan de fundamento a la motivación del acto administrativo serán de suma relevancia, considerando que todos ellos son hechos de carácter objetivo, que no es posible interpretarlos, no es posible configurar variaciones respecto de ellos, y que como en un caso en concreto pueden encontrarse muchos hechos en juego, aquellos que hayan sido determinantes para la decisión que tomó el funcionario público, servirán de sustento para evaluar si esa decisión cumple con los estándares mínimos, objetivos y razonables, llevándonos a concluir en definitiva si se trata de infracción de deberes propios del cargo o no.

2.1.3 Control del fin

Al analizar este elemento para controlar la discrecionalidad, necesariamente hay que referirse a la legitimidad con las que están dotadas las potestades públicas, dado que ella se explica a través del fin que respalda las diversas funciones estatales, particularmente, la legitimidad de las potestades discrecionales dice relación con el fin público en virtud del cual fueron concebidas, lo cual no dice relación con aquellos casos en que el empleado le da un fin público distinto al asignado, porque dicha situación fáctica se encuentra regulada en el artículo 236 del Código Penal, el cual tipifica la aplicación pública diferente, por consiguiente, si no hacemos esta distinción previa nuestro estudio para limitar las potestades discrecionales generaría nuevas dificultades dogmáticas dado que produciría un concurso de delitos entre cohecho simple y/o agravado., con la figura de la aplicación pública diferente del artículo 236 del Código Penal. De este modo, cuando utilizamos la finalidad de la potestad pública como mecanismo para controlar la discrecionalidad, nos referimos concretamente a la finalidad de la norma por la cual fue creada, y la cual no fue cumplida por el funcionario público, es decir, la facultad discrecional ha sido otorgada para una finalidad específica en interés público y cualquier otro fin diferente, podría configurar una desviación de poder que

podría subsumirse en la hipótesis de infracción de deber del artículo 248 bis, ello en conjunto con otros elementos que determinen la aplicación de este delito.

Conforme a la idea anterior, es necesario aclarar que no sólo se trata de la hipótesis contemplada en el artículo 236 del Código Penal, sino que el fin de la potestad discrecional mirado como una forma de control, va mucho más allá; el fin como elemento de control de la discrecionalidad considera: aplicar un fin diferente (artículo 236), a no aplicar ningún fin público al momento de tomar una decisión, o a representarse un fin privado en el ejercicio de la función pública, y además, todas esas formas de vulnerar el fin que respalda la existencia de la norma, deben ir acompañadas del análisis de otros elementos que permitan determinar la infracción de deberes del cargo, porque la desviación del fin no es fin suficiente para configurar la figura agravada de cohecho.

Las consideraciones anteriores se encuentran íntimamente vinculadas con un principio estructural de los poderes públicos, la proporcionalidad, la cual guía en el control de la discrecionalidad estableciendo a una armónica relación entre los medios desplegados por los funcionarios públicos y el fin del acto administrativo. El administrador debe contemplar en su decisión la mejor o más apropiada decisión en relación a esos fines, que la misma Constitución o las leyes imponen para la potestad discrecional.

2.1.4 Control de la razonabilidad

La razonabilidad es un principio básico que debe inspirar el ejercicio de las funciones públicas, pues ellas están orientadas a manifestarse como un ejercicio de la razón. Al respecto, Patricio Zapata ha dicho que “en el caso de la autoridad que toma decisiones, la retórica a emplear debe contener argumentación racional y evitar las apelaciones a las emociones o pasiones del auditorio”²⁹, en tal sentido la razonabilidad no es otra cosa que el correcto proceder en la actuación de la Administración para evitar caer en el ejercicio de actos inspirados por el capricho o la arbitrariedad. Dicho escenario implica que la decisión de los órganos públicos deberá ser siempre la más acertada, pudiendo existir alternativas que si bien su aplicación es plausible, en concreto, no serán las más efectivas. No es razonable que la Administración no actúe sobre la base de fundamentos de hecho y de derecho; que

²⁹ ZAPATA LARRAÍN, PATRICIO. 2008. Justicia constitucional: Teoría y práctica en el Derecho chileno y comparado. Santiago. Editorial Jurídica de Chile: pp. 199.

no considere el mérito de antecedentes de autos, hechos notorios o que simplemente se base en hechos inexistentes.

En el fondo la razonabilidad es el correcto proceder de la actuación de la Administración, con el fin de evitar el peligro de que los actos administrativos se transformen en caprichosos y arbitrarios, por lo tanto, dicho control de razonabilidad implica que en el ejercicio de funciones con carácter discrecional, necesariamente tendrá que optarse por la decisión más acertada, labor que se materializará considerando en la decisión pública relevante todos los antecedentes de hecho y derecho que se vinculen a la decisión.

La razonabilidad, al igual que la exigencia de motivación en la actuación administrativa, tienen como objetivo controlar la arbitrariedad en el ejercicio de las funciones públicas, pero además, la razonabilidad lleva contenida una idea de proporcionalidad y racionalidad, pues el juicio de razonabilidad supone que sea proporcional y a la vez prudente, conforme a las reglas de la lógica, coherencia y experiencia. Asimismo debe ser necesaria en la medida que resulte útil para las personas y satisfaga el ejercicio de sus derechos, transformándose en un beneficio para los administrados, siempre que resulte idónea para la persecución del fin que fundamenta la existencia misma la potestad pública discrecional. El conjunto de todos estos elementos nos lleva a satisfacer la necesidad de justicia, reflejando lo que resulte conveniente y adecuado que el funcionario decida y aquello que no lo sea, cuyo alcance debe combinar la argumentación lógica de conceptos jurídicos claros con la necesidad de alcanzar una solución práctica y lo más sencilla posible.³⁰

2.1.5 Motivación del acto administrativo

Este control sin duda es uno de los más relevantes de analizar, dado que la motivación será de gran trascendencia para determinar la existencia o no de la infracción de deber en el ejercicio de la función pública por parte de su titular. La motivación de la actuación administrativa refleja la principal legitimidad y validez en el ejercicio de los actos propios del cargo, así, este elemento de control de la discrecionalidad resulta ser una cuestión esencial en la teoría del acto administrativo. La importancia de la motivación del acto administrativo radica en que su omisión o la insuficiencia de motivación, genera un vicio de invalidez de dicho acto dictado por la Administración. De este mismo modo lo explica Luis Cordero, quien

³⁰ D'ORS, ALVARO. 1999. Nueva introducción al estudio del Derecho. Madrid. S.L. Civitas Ediciones. 216p.

explica que “A la motivación, en general, le reconocemos tres atributos: uno es pedagógico, en tanto explica de un modo adecuado lo que justifica la adopción de una determinada decisión; el otro es que constituye el primer umbral de control de legalidad interno de la decisión, porque la autoridad debe explicar si se da el supuesto de hecho para la adopción de la decisión y como subsume la regla de competencia que lo autoriza a actuar, y el tercero, es defensivo, porque permite hacer posible al afectado ejercer su derecho a la impugnación, sea por la vía del recurso administrativo (revisión plena de la decisión, incluido el mérito) o bien de la acción jurisdiccional (revisión plena de legalidad).”³¹ Por su parte la Excelentísima Corte Suprema, en la sentencia dictada en causa rol 16790-1991, estableció que lo no motivado es por ese sólo hecho arbitrario³², así para evitar incurrir en infracciones de deberes del cargo que permitan configurar el delito de cohecho agravado, será fundamental que el funcionario público motive expresamente su decisión, pues no sólo significará la invalidación del acto administrativo, sino también puede significar ser responsable penalmente.

Tomás Fernández es muy claro en este sentido, él menciona que “La motivación de la decisión comienza, pues, por marcar la diferencia entre lo discrecional y lo arbitrario, y ello, porque si no hay motivación que la sostenga, el único apoyo de la decisión será la sola voluntad de quien la adopta, apoyo insuficiente, como es obvio, en un Estado de Derecho en el que no hay margen, por principio, para el poder puramente personal. Lo no motivado es ya por este sólo hecho, arbitrario”³³. Por consiguiente, el hecho de que el funcionario que tiene a su cargo el ejercicio de una potestad discrecional entregue los motivos que fundamentan el acto administrativo que nacerá a la vida jurídica, será esencial para verificar si la elección que haya tomado se ajusta o no a los parámetros que exige la Constitución y las leyes, ello porque la misma motivación del acto deberá referirse a los principios, elementos reglados, elementos de control de su potestad, antecedentes de hecho y derecho que consideró pertinentes, entre otros, así, el acto mismo debería contener lo que deberíamos analizar en la verificación del correcto ejercicio de la función pública en tanto bien jurídico protegido de los delitos de corrupción. Por último, cabe enfatizar que motivar el acto realizado en el

³¹ CORDERO, LUIS. 2014. Lo que se juega en la motivación del acto administrativo. [en línea] <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Análisis-Jurídico/2014/12/29/Lo-que-se-juega-en-la-motivacion-del-acto-administrativo.aspx> [consulta: 06 septiembre 2018]

³² CS. 1991. Sentencia ROL 16790-1991. Caratulada “Rosa Días con Presidente de la República”.

³³ FERNANDEZ RODRIGUEZ, TOMÁS RAMÓN. 1991. Arbitrariedad y discrecionalidad. Madrid. Editorial Civitas, Cuadernos Civitas n°35: pp. 106-107.

ejercicio de sus funciones no es una sugerencia a los funcionarios públicos, sino que implica un deber legal que no pueden desconocer.

Muchas veces, se confunde la discrecionalidad con decisiones arbitrarias, pero en estricto rigor, ambas son dimensiones completamente diferentes, y es una situación que resulta fundamental de comprender en este estudio para no desviarse del análisis lógico-normativo. La discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad, sino que manifiestan consecuencias distintas y su fundamento es diverso. Anteriormente se ha señalado que la discrecionalidad es el ejercicio de una potestad legal que posibilita a la Administración del Estado a efectuar una estimación subjetiva, que le permite concluir diferentes soluciones, todas igualmente legítimas, siempre respetando los elementos reglados y otros que se encuentren presentes en la potestad como forma de controlar la discrecionalidad. Por el contrario, la arbitrariedad se caracteriza por manifestar el capricho de quien ostenta el poder en determinadas circunstancias. Asimismo lo arbitrario se opone a principios elementales para el Derecho, la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley, puesto que el administrado se ve imposibilitado de actuar libremente por el temor a ser sancionado por el simple capricho o antojo de la autoridad, perdiendo legitimidad y respeto por las potestades públicas. En consecuencia, la arbitrariedad no podría constituir en caso alguno una potestad reconocida por el Derecho ya que atenta contra todo principio, valor y legitimidad del mismo.

Por último, controlar la motivación del acto administrativo, marca justamente la diferencia entre la discrecionalidad y la arbitrariedad, puesto que el acto discrecional debe ser esencialmente justificado considerando que en su motivación se plasma el respeto por el Derecho y el razonable ejercicio de las funciones públicas, elemento que a todas luces no encontraremos en un acto arbitrario, respecto del cual difícilmente podremos desprender razonabilidad, lógica, prudencia, justificaciones de hecho y derecho, entre otros, sino que sólo encontraremos decisiones meramente antojadizas. La motivación del acto administrativo será fundamental para determinar si el funcionario público infringió deberes del cargo, haciendo un juicio de razonabilidad, conforme a los hechos determinantes, conforme al fin de su potestad pública y en general a todos aquellos elementos que hemos analizado, siendo posible concluir que aquellos actos que carezcan de motivación o ésta sea insuficiente, se encontrarán cercanos a la invalidez y arbitrariedad en la decisión, ergo, también se encontrarán cercanos a la infracción de deberes del cargo que configurará el delito de cohecho agravado.

Capítulo III

PROBLEMA DE LA INFRACCIÓN DE DEBER DEL FUNCIONARIO PÚBLICO

1. COHECHO AGRAVADO

1.1 CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Conforme al lato análisis sobre la delimitación de las potestades públicas, una de las conclusiones que podemos arribar es que efectivamente la discrecionalidad no se produce en el resultado de la decisión, esto es, elegir una u otra alternativa de solución, sino que en el medio por el cual se realiza esa elección para alcanzar la única solución posible de acuerdo con todos los elementos delimitadores de las potestades discrecionales, de tal manera que la solución adoptada, cualquiera que sea el medio utilizado, sea conforme con los principios fundamentales y estructurales de todo acto administrativo. Si bien se pueden hacer muchas precisiones respecto de esta norma, en nuestro estudio sólo es relevante la debida interpretación de la frase “infracción de deberes” que haremos aplicable a aquel funcionario que tenga facultades discrecionales. Así, partiendo de esta base, debemos iniciar nuestro análisis con mayor profundidad del artículo 248 bis del Código Penal.

Iniciando el análisis, necesariamente debemos mirar desde lo más general de este tipo penal, y desde allí comenzar a delimitarlo, puesto que desde ya podemos apreciar que la frase sometida a análisis es excesivamente abstracta y general, lo cual nos permitiría abarcar un sinnúmero de situaciones posibles de enmarcarse dentro del delito de cohecho agravado. Siendo así, el primer límite que pondremos a la aplicación de este tipo penal es que “la infracción del deber debe consistir en una acción u omisión plenamente determinada, no siendo suficiente la actividad funcional en general”³⁴. Por una parte, lo anterior resulta de gran relevancia porque el bien jurídico protegido en relación a este delito, no responde a una aplicación general del tipo penal, sino que responde más bien a la necesidad de que la Administración funcione correctamente, y para lograrlo, se recurre necesariamente al Derecho Penal para salvaguardar dicho interés y para brindar una protección reforzada al ejercicio de la función pública aplicable a un caso en concreto, y no frente a la actividad funcional general. Por otra parte, tampoco podemos admitir la aplicación del artículo 248

³⁴ KINDHÄUSER, URS. 2007. Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Política Criminal (3): pp. 4.

bis a casos de funciones generales porque para dichas situaciones existe el Derecho Administrativo sancionador que también vela por el correcto funcionamiento en el ejercicio de las funciones públicas, pero como ya se mencionó, lo hace desde una perspectiva más general y abstracta, no refiriéndose al caso concreto de un funcionario en relación a sus funciones específicas, propias de su cargo.

El segundo límite, íntimamente vinculado con el primero, viene dado por el hecho de que los criterios conforme a los cuales analicemos la subsunción de un caso en concreto al artículo 248 bis, no puede establecerse en forma abstracta, sino en relación a funciones propias del cargo, claramente determinadas, realizando una ponderación de los intereses que el empleado público tiene que tener en cuenta en el ejercicio de su poder de decisión. En ese sentido, es sumamente importante la ponderación de los intereses en el ejercicio de las facultades discrecionales para que el injusto de los delitos de funcionarios sea la infracción de un deber específico de su función, más no abstracto-generales, porque pueden darse supuestos en que concuerden los intereses respecto de los cuales debe velar el funcionario, y se produzca una contraprestación beneficiosa por un comportamiento determinado del mismo, pero que, no obstante, exista conexidad entre el ejercicio de la potestad discrecional y el resultado obtenido, en consecuencia, no necesariamente existirá una ventaja corruptiva. Si por el contrario, se contradicen los intereses a tener en consideración para el ejercicio de la potestad, y con ello el funcionario obtiene una contraprestación beneficiosa, entonces habrá una vinculación irregular en el ejercicio de la discrecionalidad y por tanto la ventaja será corruptiva.³⁵ En el mismo sentido se ha pronunciado Norberto de la Mata, expresando que “la relevancia de la infracción de deberes del cargo se cifrará en la quiebra de la salvaguarda de un interés digno y merecedor de protección penal que compete particularmente a quien se encuentra en situación especial de dominio de dicho interés, enmarcado en los objetivos que caracterizan el servicio que fundamenta la existencia de la Administración, un servicio que debe atender a imperativos de eficacia, legalidad y objetividad”³⁶ Por lo expresado anteriormente, “parece acertado seguir las posturas que tratan de objetivar el deber del funcionario”³⁷, prevaleciendo de los límites que nos permitirán delimitar a las facultades discrecionales.

³⁵ KINDHÄUSER, URS. 2007. Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. *Política Criminal* (3): pp. 7.

³⁶ DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO. 2009 ¿Qué interés lesionan las conductas de corrupción?. *Revista Eguzkilo* (23): pp. 248.

³⁷ *Ibid* pp. 247.

En términos simples, llegamos a un punto clarificador, que es considerar a la infracción de deberes del cargo del artículo 248 bis, como la contravención a las disposiciones que regulan el desarrollo de sus funciones propias del cargo o del servicio al que pertenece en concreto, las que pueden estar contenidas en la ley, reglamentos, instrucciones u oficios circulares, entre otros, y que sin lugar a dudas, es posible aplicar a casos en que el funcionario detente facultades discrecionales. Asimismo lo expresa Guillermo Oliver al mencionar que “Contra lo que pudiera creerse, esta infracción de deberes del cargo del funcionario no sólo se puede presentar en el ejercicio de su actividad reglada, sino también dentro de su actividad discrecional. Particularmente, esto último puede tener lugar cuando el acto discrecional que realiza importa una desviación o un exceso del poder que se le ha conferido”.³⁸

Por último, el estudio normativo lógico analítico se completará con un minucioso análisis de la norma de la cual emane la facultad específica cuyo incumplimiento llevaría a infringir deberes propios del cargo y que por ende justificaría la imposición de una pena más alta al intraneus por una eventual vulneración de la respectiva norma de comportamiento.

1.2 INFRACCIÓN DE DEBER EN FACULTADES DISCRECIONALES

Como las decisiones tomadas en virtud de una facultad discrecional no son radicalmente corruptivas e infractoras de deberes propios del cargo, pues el Derecho ordena al funcionario a elegir una alternativa que cuenta con presunción de legalidad, es decir, cada alternativa resulta ser una decisión conforme al ordenamiento jurídico, en la praxis, eso es precisamente lo que hace el empleado público, por lo tanto a primera vista, en términos formales no existe ningún problema. No obstante, el problema de aplicación surge conforme a un análisis sustantivo respecto de la decisión, particularmente cuando tenemos que verificar que la decisión se encuentra conforme a los principios generales de la Administración del Estado y a los estándares que controlan los elementos de discrecionalidad en la potestad pública.

Imaginemos que nos enfrentamos ante situación hipotética que nos piden analizar, se trata de que la Municipalidad de Puente Alto ha decidido comenzar una política de construcción y conservación de las áreas verdes de la comuna, ello basado en el

³⁸ OLIVER CALDERÓN, GUILLERMO. 2004. Aproximación al delito de cohecho. Revista de Estudios de la Justicia (5): pp. 104.

embellecimiento de la comunidad local que mejora la calidad de vida de sus habitantes al rodearse de un ambiente más limpio, ordenado y con áreas verdes. Por otro lado, Tomás, empresario y artista que confecciona hermosos mosaicos en cerámica a gran escala, se entera de esta política pública que pretende desempeñar la Municipalidad de Puente Alto, y decide contactar a Pedro, Director de la Dirección de Medio Ambiente, Aseo y Ornato y le ofrece \$10.000.000 de pesos a cambio de que él autorice la realización de mosaicos de cerámica en los pilares de la línea 4 del Metro de Santiago, que es la que atraviesa la avenida principal de dicha comuna, cuyo costo para la Municipalidad significaría \$200.000.000 de pesos. Pedro acepta la propuesta de Tomás y para cumplir con lo pactado, elige el proyecto de Tomás de adornar los pilares del metro en cuyo sector existen áreas verdes menores, poco transitadas por las personas que viven en la comuna, por sobre otro proyecto presentado por Luis de transformar 128 terrenos baldíos de las zonas más vulnerables y con mayor riesgo social de la comuna, por un costo también de \$200.000.000. En términos formales, la motivación que plasmó Pedro en su elección radica en que es muy importante embellecer la calle principal de la comuna porque la mayoría de los habitantes transitan por ese lugar, e inclusive, también lo hacen los transeúntes o los que van de paso.

Suponiendo que todos los antecedentes de hecho se encuentran acreditados, descartamos la presencia de que los hechos puedan explicarse a través de la adecuación social de la conducta o que se trate de un acto que no es contrario a un bien jurídico esencial, por tanto, pasamos a efectuar el ejercicio de subsunción de los hechos a algún tipo penal. Para ello utilizaremos el modelo normativo lógico analítico desarrollado por la doctrina nacional, como método de atribución de responsabilidad penal frente a un acto u omisión determinado.³⁹

Sin entrar en mayores detalles, conforme a este modelo de atribución de responsabilidad penal, debemos partir el análisis haciendo una diferenciación de dos grandes hilos temáticos, por una parte analizaremos el “Objeto de Imputación” y por la otra “Las reglas de Imputación”, ambos hilos necesariamente en ese orden lógico dado que es la única forma de atribuir un hecho delictivo a una persona determinada. El primer hilo temático, el “Objeto de Imputación”, se refiere a la situación objetiva jurídicamente relevante, además dentro de esta primera dimensión debemos analizar dos aspectos que resultan ser dos caras de la misma

³⁹ KINDHÄUSER, URS. 2009. La lógica de la construcción del delito. Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia (Tomo 14).

moneda: 1. Debemos afirmar la tipicidad de un hecho y 2. Debemos establecer si procede alguna causal que excluya la procedencia de antijuridicidad, esto es, establecer si frente al acto *prima facie* típico, existe en alguna causal que excluya la antijuridicidad, por consiguiente el hecho típico se encuentre justificado como ocurre con las causales de justificación en tanto norma permisiva y subjetivamente imputable al autor.

Respecto de la primera cara de esta moneda, debemos afirmar que el acto que desplegó Pedro, Director de la Dirección de Medio Ambiente, Aseo y Ornato de la comuna de Puente Alto se trata de un injusto objetivo, esto es, que el hecho se pueda subsumir a un tipo objetivo de nuestro Código Penal. Conforme a los antecedentes del caso, a primera vista es posible afirmar la existencia de la figura básica de cohecho, sin embargo, es necesario descartar o confirmar si el caso concreto se puede subsumir en el tipo objetivo de cohecho agravado del artículo 248 bis del Código Penal, que si bien, ambos delitos siguen una similar estructura típica, sólo que en el caso del cohecho agravado hay además una infracción de los deberes del cargo, así que, en caso de no proceder la aplicación del artículo 248 bis, siempre tendremos la posibilidad de aplicar el artículo 248 del Código Penal.

Particularmente seguiremos la aplicación de cohecho agravado y no de cohecho simple porque Pedro, *prima facie*, infringe un deber propio de su cargo, el cual radica en infringir un deber específico de "construcción...de las áreas verdes de la comuna", según lo prescribe la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades en su artículo 25 letra c). Pedro, en su calidad de funcionario de la Administración Pública, al optar por el proyecto con mosaicos de Tomás, por sobre el proyecto de construcción de plazas de Luis, en estricto rigor, no satisface este deber específico dadas las particularidades de su función, específicamente las que dicen relación con la comuna en que ejerce sus funciones, los fondos públicos con los que cuenta la comuna, las necesidades de sus habitantes, el riesgo social que existe en la comuna y proporción entre terrenos baldíos y áreas públicas habitables. Todas estas circunstancias concretas llevan a pensar que, teniendo una facultad discrecional de elegir cuál proyecto se llevará a cabo en Puente Alto, el funcionario finalmente optó por aquel proyecto que le llevó a infringir un deber propio de su cargo, por tanto se cumple el comportamiento típico del cohecho agravado de forma preferente. Hipotéticamente puede ocurrir que el mismo funcionario, en otras circunstancias, en otra comuna, sólo habría infringido el 248 del Código Penal, pero dadas las circunstancias fácticas del caso ejemplificador, el tipo penal aplicable es el más grave.

Siguiendo el ejercicio de subsunción del hecho típico al artículo 248 bis, debemos verificar cada uno de los elementos esenciales de la estructura típica del delito, por consiguiente hay que establecer primeramente si Pedro en calidad de Director de la Dirección de Medio Ambiente, Aseo y Ornato de la comuna de Puente Alto, es posible considerarlo empleado público. Al respecto cabe mencionar que conforme al artículo 260 del Código Penal, se reputa empleado público todo el que desempeñe un cargo o función pública, sea en la administración central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, etc., y precisamente Pedro forma parte del aparataje municipal de la comuna de Puente Alto cumpliendo una función social conforme lo establecido en la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, además, cabe recordar que tanto la jurisprudencia como la doctrina es conteste en interpretar el artículo 260 en un sentido amplio con lo cual no cabría duda que Pedro, en tanto posible autor del delito de cohecho agravado, cumple con el requisito de ser empleado público.

El segundo elemento basal dentro de la estructura típica del delito de cohecho agravado será el “comportamiento típico”, representado por el verbo rector “solicitar o aceptar recibir (un beneficio económico o de otra naturaleza al que no tiene derecho)”, que en el caso hipotético concurre la acción de aceptar recibir un beneficio económico, pues Tomás le ofrece dinero a cambio de que el funcionario realice una determinada acción, la cual es aceptada de forma pura y simple por el empleado público de la Municipalidad de Puente Alto. Lo anterior, reforzado en el entendimiento que el Código Penal al usar la frase “beneficio económico” está comprendiendo aquello que pueda ser evaluable pecuniariamente, subsumiéndose a ello sin ninguna dificultad el dinero por ser la forma natural de determinar la equivalencia entre diferentes bienes, interpretación íntegramente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia, más aún con la nueva tipificación del cohecho gracias a la ley 21.121

Luego, la estructura típica exige que ese beneficio económico sea para sí o para un tercero, frente a lo cual, el caso hipotético ilustra que el beneficio económico estaba destinado al mismo funcionario público, por lo que hasta el momento se ha cumplido con la estructura típica de, al menos, el delito de cohecho, pues claramente ese pago que efectuaría Tomás en favor de Pedro carece de causa legítima al estar fundamentado en una ventaja extraposicional e inconexa con el fin público de los actos propios de su cargo, dado

que Tomás no le habría propuesto dicho “negocio” si Pedro no fuera funcionario público, y respecto del cual no le están señalados derechos en la ley que regula su función.

Falta ahora determinar si Pedro aceptó recibir el dinero para ejecutar el acto con infracción de deberes del cargo o sólo podremos imputarle el acto a título de cohecho simple. Al respecto, primeramente hay que verificar si adjudicar el proyecto a uno u otro particular es una facultad propia y específica del cargo de dicho funcionario público, para ello tenemos que remitirnos a la Ley 18.695, que en su artículo 25 prescribe: “A la unidad encargada de la función de medio ambiente, aseo y ornato corresponderá velar por: c) La construcción, conservación y administración de las áreas verdes de la comuna”. En virtud de la norma anterior y del contrato de trabajo que particularmente tenga dicho funcionario, el cual hipotéticamente se analizó para probar la infracción de deber, se puede concluir que la función específica del cargo de Director de esa unidad es decidir qué proyectos se ejecutarán en la comuna y cuáles no en virtud del presupuesto que se les asigne para el cumplimiento de su fin. Siendo así, en este contexto cabe preguntarse si esa facultad en concreto es propia de su cargo o si se trata de una facultad general de los funcionarios de la Administración. Sin lugar a dudas, no todos los funcionarios de la Administración detentan esta facultad, y particularmente otros funcionarios de la Municipalidad tampoco intervienen en el proceso de toma de decisión respecto del proyecto que se llevará a cabo en la comuna, por tanto, sólo Pedro desplegará una decisión relevante respecto de cuál proyecto de materializará, así, se trata de una facultad específica de ese funcionario lo que lleva a concluir que es un acto propio de su cargo, respecto del cual procede indudablemente la aplicación penal del artículo 248 bis, pues no se trata de facultades abstracto-generales de los empleados públicos. Como se puede apreciar, esto delimita adecuadamente la aplicación del Derecho Administrativo y del Derecho Penal, pues ambos cuentan con presupuestos diametralmente distintos, y además esta consideración concuerda con el cumplimiento satisfactorio del principio de *ultima ratio* en el Derecho Penal. Al respecto, cabe enfatizar, que el comportamiento de Pedro no sólo está infringiendo el deber general de probidad consagrado en la Ley de Bases Generales de Administración del Estado, sino que, además de infringir ese deber general, también está vulnerando un deber específico de probidad emanado de las facultades específicas que detenta. De este modo, para que se configure el cohecho, no basta la infracción de un deber general, sino que además es necesaria la vulneración de un deber específico propio del cargo del funcionario público.

En conjunto a que se trate de una facultad específica del cargo de Pedro, hay que agregar un elemento más para que se configure el comportamiento típico del cohecho agravado, esto es, que el funcionario público cuente con un poder decisorio relevante en el asunto de su competencia, situación que en el caso hipotético que sometemos a análisis dogmático, podemos concluir su existencia afirmativamente, puesto que es Pedro y sólo él quien decide qué actos ejecutar y cuáles no conforme a la política pública de la Municipalidad de Puente Alto, de construir y conservar espacios públicos, función que no se encuentra contemplada para otros funcionarios públicos conforme a la Ley 18.695, así, su decisión resulta relevante jurídicamente para cumplir con esa política pública.

Habiendo establecido que haber decidido entre uno y otro proyecto era una facultad propia del cargo conforme a una facultad específica que detenta Pedro, y que además dicho funcionario de la Municipalidad cuenta con un poder decisorio relevante en esta materia, corresponde ahora analizar si el empleado incurrió en alguna infracción que permitiría aplicar el artículo 248 bis, por consiguiente, hay que determinar si Pedro cumplió con su deber del artículo 25 letra c) de la Ley 18.695 y su respectivo contrato de trabajo. Al respecto, si observamos rápidamente, el cargo de Director de la unidad municipal involucrada en el caso hipotético, cuenta con una potestad discrecional porque Pedro puede decidir libremente qué proyectos ejecutar de aquellas ofertas que le propongan, por tanto, cualquiera de las dos que haya escogido se encuentra conforme a la presunción de legalidad de los actos administrativos. Sin embargo, la presunción de legalidad puede ser indudablemente cuestionada conforme a los principios generales del Derecho Administrativo en conjunto con los controles a la discrecionalidad ya estudiados con anterioridad. En este sentido, si bien Pedro detenta una facultad discrecional, en virtud de la cual el funcionario se encuentra facultado a escoger una alternativa posible, no se puede olvidar que aquella opción que escoja debe necesariamente ser la más razonable, conveniente, eficaz y proporcionada, basado en antecedentes de hecho y derecho que la justifiquen. De este modo, la potestad pública discrecional se encuentra en su esencia limitada por el principio de legalidad, respecto del cual Pedro debió sujetar su acto administrativo municipal al ordenamiento jurídico, a la finalidad que subyace de su facultad, a los criterios expuestos o tácitos que se encuentren en la ley y ajustando su acto propio del cargo a principios informadores del Derecho Público.

Adicionalmente, hay que hacer aplicación del principio de probidad, en virtud del cual hay que determinar si el comportamiento de Pedro se ejerció en función del interés general, verificar si su conducta fue intachable y corroborando un desempeño leal y honesto en la elección del proyecto que se materializará conforme al plan de embellecimiento de la comuna. Ambos principios, tanto el de legalidad como el de probidad, deben ser aplicados en función de los elementos de control de discrecionalidad y considerando que se trata de faltas a la probidad que dicen relación con el deber de todo funcionario público y además con falta a la probidad relacionada a la facultad específica que detenta Pedro en tanto Director de la Dirección de Medio Ambiente, Aseo y Ornato de la comuna de Puente Alto. Conforme lo anterior, Pedro detenta una facultad específica en su cargo, la cual radica en que debe velar por la construcción, conservación y administración de las áreas verdes de la comuna conforme a lo que prescribe el art. 25 letra c) de la Ley 18.695, por tanto debe decidir qué proyectos se llevarán a cabo para el cumplimiento de dicho deber específico. En ese contexto, él toma una decisión permitiendo la interferencia de un interés inconexo al interés público, por tanto vulnera el principio de probidad al que se encuentran obligados todos los funcionarios públicos. Ahora, falta determinar que también vulnera la probidad vinculada con facultades-deberes específicos que detenta en el ejercicio de su función, para ello, debemos analizar el comportamiento de Pedro en conjunto con los elementos de control de discrecionalidad, de este modo podremos finalizar la determinación de responsabilidad penal de Pedro en relación del cohecho agravado.

Aplicando los elementos de control de discrecionalidad, si bien es cierto que Pedro motivó su acto administrativo, debemos evaluar si esa motivación es suficiente para responder a los parámetros exigidos por las leyes en virtud del principio de logicidad. Una de las justificaciones para elegir el proyecto de Tomás sobre el de Luis es que las plazas bajo la línea del metro son lugares muy transitados tanto por quienes viven en la misma comuna como aquellos que vienen de paso, por lo tanto, mejora la imagen que se tiene de la comuna de Puente Alto, por otro lado, las 128 plazas que construiría Luis no son transitadas por la mayoría de las personas ni mucho menos se ven al pasar. La motivación del acto de Pedro es necesario analizarla conforme al control de razonabilidad y motivación del acto administrativo a los cuales se hizo alusión anteriormente, en la medida que la decisión que haya tomado el empleado público debe ser proporcional, racional, útil, coherente, necesaria, idónea. También debemos analizar la motivación conforme al control de los hechos relevantes, puesto que, si bien puede ser racional que el funcionario considere que es más

importante embellecer lugares más transitados que aquellos no generalmente transitados, debemos considerar la utilidad que conlleva en concreto a los administrados la ornamentación de los lugares públicos y por otra parte la transformación de espacios desolados y deprimentes por un lugar que permita la reunión de los destinatarios. Siendo así parece ser más necesaria la construcción de nuevas plazas en lugares de baldíos, que la simple ornamentación de pilares que no cambian en absoluto la calidad de vida de las personas, sino más bien, sólo ayudan a aparentar una calidad de vida que en realidad no existe en esa comuna. Asimismo, la decisión parece no ser necesaria por no resultar útil para las personas que viven en dicha comuna, ni para los transeúntes en la satisfacción y el ejercicio de sus derechos, por tanto no significa un beneficio para los administrados y no es idónea para la persecución del fin que fundamenta la existencia misma la potestad pública discrecional con la cual se fue investido Pedro.

En conjunto a la utilidad, es necesario considerar la idoneidad de la decisión, que si bien puede ser racional en la medida que aportaría embelleciendo la avenida principal, ella no es idónea puesto que existen otras formas de ornamentar dicho sector y que cumpliría el mismo fin con un costo considerablemente menor a la creación de mosaicos en cerámica a gran escala, cuyo arte resulta ser excesivamente oneroso atendiendo a las condiciones y necesidades concretas de la comuna, cuya vulnerabilidad y riesgo social presenta los índices más elevados de la región metropolitana, por consiguiente, no resulta proporcional dicha decisión. De ese modo, los hechos relevantes que debió considerar Pedro al momento de tomar su decisión radicaban en el posible goce de los derechos de los administrados, que con el embellecimiento de pilares no se generaría un escenario distinto al ya existente, por lo cual, no permite ni facilita el ejercicio de garantías fundamentales. Por otro lado, la creación de nuevas plazas en diferentes sitios eriazos se convertiría en nuevos lugares donde se puede desarrollar el derecho a reunión, se pueden desplegar actividades deportivas, sociales, culturales, entre otros, por tanto estos hechos relevantes facilitan y promueven el ejercicio de diversos derechos fundamentales indispensables para la vida en comunidad, los cuales debieron ser considerados por el funcionario público al momento de materializar su decisión. El fundamento de hecho que consideró el funcionario de la Municipalidad consiste en que decorando la avenida principal entregamos una buena imagen al resto de la sociedad, como a los mismos habitantes que transitan a diario por esa calle, sin embargo, conforme lo que hasta ahora hemos analizado, los hechos relevantes están radicados en el riesgo social, la vulnerabilidad y la necesidad de mejorar la calidad de vida de los

puentealtinos a un nivel más cercano y directo en sus vidas, de tal modo que puedan verificar concretamente que la gestión pública está al servicio de ellos mismos, más que sólo aparentar que su calidad de vida es digna. Que el intraneus escoja un proyecto u otro genera consecuencias bastante considerables para los administrados en dicha comuna, ya que podría mejorar sustancialmente su calidad de vida, por ende, esa decisión era relevante para el bien jurídico que busca proteger esta figura típica.

Conforme a este lineamiento, además podemos concluir que en la materialidad el funcionario público Pedro no cumplió con el fin detrás del artículo 25 de la Ley de Municipalidades consistente en dirigirse en beneficio de los administrados, y que por tanto infringió sus deberes propios del cargo al tomar una decisión desviándose del fin que debía considerar al momento de ejercer su potestad pública. Cabe aclarar que para que se produzca desviación del fin no es necesario que el fin perseguido sea un fin privado o particular del agente o autoridad administrativa, sino que basta que dicho fin, aunque público, sea distinto del previsto y fijado por la norma que atribuya la potestad, ello en conjunto a los otros elementos de control de discrecionalidad. Por consiguiente, al no concurrir a la vez, una causal de justificación que excluya la antijuridicidad del hecho típico, se entiende configurado el injusto objetivo del artículo 248 bis del Código Penal.

Ahora corresponde el estudio del segundo gran hilo temático, “Las Reglas de Imputación” en tanto un modelo de intenciones escalonadas que permite verificar si puede imputarse el injusto objetivo a título de infracción de deber por parte del autor del delito al no comportarse como debería hacerlo de haber tenido la intención de evitar la realización del tipo. Para ello debemos constatar su capacidad de acción y capacidad de motivación. En cuanto a la primera, estamos ante el primer nivel de imputación en que debemos estudiar la capacidad física de Pedro, manifestada en si era físicamente posible evitar la realización del tipo, cuya respuesta es afirmativa pues libremente, sin fuerza alguna, vulneró la norma de comportamiento que emana del artículo 248 bis. Además de la capacidad física debemos verificar su capacidad cognitiva, esto es la presencia de dolo a lo menos eventual que le haya permitido tener conocimiento de las circunstancias fácticas relevantes del hecho que consecuentemente vulneraría las normas el Código del ramo, lo cual, a grandes rasgos, podríamos considerar de forma afirmativa en este caso en concreto pues era posible que se representara la posibilidad de que si aceptaba el beneficio económico a cambio de infringir sus deberes para con la comunidad local, incurriría en la figura típica de cohecho agravado.

Posteriormente corresponde analizar la capacidad de motivación, representado por un estudio de la culpabilidad manifestado principalmente en si hubo razones normativas o psíquicas por las cuales el autor no pudiera o tuviera que formarse la intención de evitar la realización del tipo, partiendo de la base que la motivación principal debió haber sido, precisamente, el cumplir con la norma de comportamiento. La respuesta en éste escalón del modelo, en términos muy generales y sólo para no entrar en mayores detalles, radica en que no concurre en el caso en comento ninguna causal de inculpabilidad, ni causales de exculpación, ni errores de prohibición que pudieran alterar la motivación que debía seguir Pedro frente al ofrecimiento que le efectúa Tomás, que más allá del acto punible por parte del empresario y artista, era Pedro como intraneus quien detentaba un deber especial en relación a su calidad de funcionario público y por lo tanto él era quien debía desplegar todo el esfuerzo necesario para cumplir con las normas jurídicas y proteger el bien jurídico involucrado.

Por último, no resulta relevante analizar si en el caso en concreto se materializó o no la infracción de deber, o que se haya efectuado materialmente la entrega del beneficio económico, pues como ya se mencionó anteriormente, el delito prescrito en el artículo 248 bis trata de un delito de peligro abstracto que para entenderse consumado no exige que se produzcan consecuencias materiales, sino que basta la aceptación de un beneficio económico o de otra naturaleza con el fin de infringir algún deber propio del cargo, sumado a los otros requisitos de la estructura típica para que se entienda configurado el tipo penal.

Conforme al análisis desplegado es posible concluir que si bien la norma misma no resuelve problemas sobre cómo determinar la infracción de deberes del cargo en relación a funcionarios que detenten facultades discrecionales, es posible resolverlos sin mayor complejidad mediante una interpretación lógica y sistemática del ordenamiento jurídico, particularmente con la ayuda del Derecho Administrativo que se manifiesta como el principal pilar para controlar la discrecionalidad mediante mecanismos objetivos y esenciales que debiesen estar presente en todo acto administrativo. Además queda asentada la enorme relevancia de diferenciar y delimitar aquello que es materia de intervención del Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal, dado que ambas responden a bienes jurídicos diferentes, por lo cual frente a los mismos hechos pueden producirse dos investigaciones paralelas, por un lado una de carácter administrativa, y por otro lado una de naturaleza penal a cargo del Ministerio Público.

A mayor abundamiento, cabe recordar que si la norma de la cual emana la potestad del funcionario público contuviera una potestad-deber reglada, la infracción a un deber propio del cargo sería más fácil de dilucidar. Concretamente, si la facultad radicara en, por ejemplo, que el funcionario sólo se encuentra facultado para la construcción de nuevas plazas en sitios donde los terrenos fiscales se encuentran desolados, seguiría configurándose 248 bis dado que optó por el proyecto de mosaicos en vez del proyecto de construcción plazas, lo que claramente permite concluir que dicha hipótesis es una infracción de deberes propios del cargo. En otro escenario hipotético, si por ejemplo optara entre 2 proyectos de construcción de plazas, y elige aquel proyecto cuyo particular le entregó un beneficio económico, en ese caso sólo podría ser aplicable el 248 dado que brindó completa satisfacción a su potestad reglada.

2. MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 248 BIS DEL CÓDIGO PENAL

A la luz de lo estudiado, es posible considerar que no es necesario modificar el artículo 248 bis del Código Penal, dado que brindando la debida interpretación de la disposición en conjunto a una interpretación lógica y sistemática que sea armónica con las otras ramas del Derecho, en particular con el Derecho Administrativo, con los principios inspiradores de estas distintas ramas en juego y con principios generales del Derecho, podemos resolver cualquier eventual problema que suscite en la interacción de las diversas ramas del Derecho. Reiterando lo mencionado anteriormente, si bien la norma no resuelve por sí misma su aplicación a casos en que el empleado público ejerza alguna potestad discrecional, no es necesario modificarla para aclarar dicha aplicación, dado que se basta a sí misma por establecer la estructura típica de la figura agravada de cohecho y no se requiere mayor detalle y profundización porque en circunstancia de existir un caso como el que desarrollamos, ese se resolverá con la aplicación congruente de otras normas y principios apoyado en el Derecho Administrativo que regula con mayor detalle el comportamiento probado de los funcionarios de la Administración del Estado.

Existiendo abundante normativa que brinda una debida interpretación y aplicación a este tipo penal en circunstancias concretas producidas por el ejercicio de potestades discrecionales, es que es posible concluir que no requiere de una modificación legal, la cual incluso podría llegar a entorpecer la aplicación de este particular delito de corrupción por el

riesgo de restringirlo artificialmente, lo cual no sería congruente con una adecuada protección reforzada de la capacidad de funcionamiento de la Administración en tanto bien jurídico protegido.

CONCLUSIONES FINALES

Resulta necesario reflexionar conforme a una perspectiva más general sobre los problemas de aplicación de los tipos penales estudiados en esta memoria. Particularmente, resulta idóneo concluir que más allá de las distintas conclusiones a las que podamos arribar, hemos podido constatar que el esfuerzo por evitar el descontrol y abuso en el ejercicio de facultades discrecionales, que luego se pueda subsumir en el artículo 248 bis del Código Penal, radica en que el ejercicio de la función pública se desarrolle en ausencia de interferencias externas, para así disminuir el riesgo de vulnerar la neutralidad y objetividad del interés general. Como ya hemos establecido, los intereses privados presentes en un caso concreto no son parte del ejercicio de una función pública, sino que debe primar el interés general expresado en la confianza que requiere la sociedad toda respecto a los órganos e instituciones de la Administración del Estado como garantes de las necesidades públicas. Más allá de que en las conclusiones lleguemos a diferir, el punto más relevante se encuentra precisamente en que debemos trabajar para que las “tentaciones” en las que pueda verse inmerso el funcionario público, sean las menores posibles, y ese camino sólo se puede construir con reglas objetivas y presunciones en la toma de decisiones como mecanismos preventivos frente a la arbitrariedad, y no sólo pensar en formas reactivas de solución que dejan en definitiva a la conciencia del funcionario el seguimiento de las normas jurídicas. El punto culmine de esta problemática está en que independiente de las penas a las que puede someterse al funcionario en tanto sanción del hecho punible, de igual modo se habrá dañado la capacidad funcionamiento de la Administración en cuanto bien jurídico protegido, y también se habrá dañado la confianza de las personas frente a las decisiones que toman las autoridades de nuestro Estado como forma de legitimación de las normas jurídicas. Las prácticas corruptas, finalmente, generan consecuencias perniciosas para toda la institución, para todos, pues afecta el desarrollo económico, el disfrute de los derechos humanos y el funcionamiento de la democracia en su esencia.

Al respecto Giorgio Cerina menciona: “Como se afirma comúnmente, la corrupción incide negativamente sobre demanda y oferta agregada de tal manera que produce una disminución del PIB, distorsiona el normal funcionamiento de la Administración Pública y difunde la sensación de que los gobernantes utilicen su poder no ya para satisfacer los

intereses de los gobernados, sino los suyos propios junto con los de aquellos que los corrompen”⁴⁰

No hay duda que la corrupción trae consecuencias desfavorables en distintas dimensiones, pues no sólo afecta la confianza de los ciudadanos o el correcto funcionamiento de la Administración, sino que puede afectar diversos ámbitos de la vida social, política y económica a tal gravedad que lleva a comprender la necesidad de implementar o afianzar el control de los actos administrativos discrecionales para lograr su apego a la legalidad y probidad como principios rectores del ejercicio de las potestades públicas y la organización política de la sociedad mediante el fortalecimiento de los principios del Derecho Administrativo y los elementos del acto administrativo, particularmente a los hechos determinantes, es decir, aquellos que constituyen el presupuesto fáctico para que actúe la administración en ejercicio de su facultad discrecional; a la motivación como elemento indispensable para evitar incurrir en la arbitrariedad, también a la debida competencia de la autoridad u órgano que ejerce la potestad discrecional, pues, la potestad discrecional está conferida a un órgano determinado con exclusión de los demás; a la extensión de la facultad conferida por la ley y por último al fin que está detrás de las normas que facultan el ejercicio de potestades públicas a los funcionarios, dado que la facultad discrecional ha sido otorgada para una finalidad específica en interés público, excluyendo al beneficio personal y particular de los sujetos.

Lo anterior sumado a que, para que el funcionario con potestades discrecionales haya infringido un deber propio del cargo, debe contar con un poder decisorio relevante en el asunto donde ejerce su competencia, que esa competencia haga referencia a facultades específicas del intraneus y que el ejercicio de subsunción no se haga en forma abstracta a los hechos relevantes, sino que debe ser un ejercicio concreto. Adicionalmente, la decisión que deba tomar el empleado público debe ser relevante en cuanto a la afectación del bien jurídico protegido, siendo el beneficio económico lo que motiva a cometer este delito.

El buen funcionamiento del aparato estatal requiere del fortalecimiento y cooperación entre las soluciones que entrega el ordenamiento jurídico, el cual se ve enfrentado, por una parte, a la necesidad de mayor libertad de acción ante la realidad compleja en la que

⁴⁰ CERINA, GEORGIO. 2010. Corrupción y cohecho: el derecho penal español de iure condito y de iure condendo. En: FABIAN CAPARROS, EDUARDO (coord.), PEREZ CEPEDA, ANA ISABEL (coord.). Estudios sobre corrupción. Salamanca, Ratio Legis: pp. 76.

vivimos, pero por otro lado, requiriendo de un control que guíe ese mismo actuar conforme al fundamento que lo originó y en respeto de las exigencias de justicia, igualdad y probidad que reclaman los habitantes de nuestro país.

Cuando se hace referencia a criterios objetivos que prevengan situaciones de corrupción y particularmente de cohecho, se alude a tomar medidas que fomenten la transparencia activa en los actos de la Administración, lo cual exige mayor prudencia y probidad en el ejercicio de las funciones públicas enmarcadas en un contexto en que la transparencia “no se trata solo de hacer público aquello que los órganos del Estado deciden, sino la forma y los antecedentes de estas decisiones, elementos en los que más comúnmente debemos afrontar la opacidad de ciertos organismos y, como consecuencia, las dificultades de escrutinio de su actuar por parte de los destinatarios de sus resoluciones o actos”⁴¹. Además, a la par de la transparencia activa, debe ir aparejado el derecho de toda persona a solicitar la información que considere de su interés respecto de los actos creados por los órganos de la Administración. Ambas conjugaciones son claves para brindar una comprensión completa a la transparencia, dado que sólo de ese modo será posible cumplir con una finalidad preventiva en la comisión de delitos corruptivos. Como señala Kelsen, la opinión pública es connatural a la democracia al punto que resulta contradictoria su existencia con una ciudadanía que carezca de opinión, por lo que el acceso a la información de los órganos del Estado representa una condición determinante para este régimen político.⁴²

Por su parte la transparencia debe ir acompañada de una menor concentración de poder discrecional de los órganos administrativos, pues resulta un mecanismo idóneo para excluir el peligro de la corrupción en el ejercicio de las funciones del Estado, dado que permite que los actos se hagan más complejos en su elaboración al concurrir mayores voluntades que deben manifestarse para dar como resultado al acto o resolución de la Administración, manifestándose por tanto, como un mecanismo de disuasión frente al beneficio que significa incurrir en cohecho, pues no dependerá únicamente de ese funcionario la decisión, sino de múltiples funcionarios que intervienen en el acto administrativo; esta es una forma muy interesante de limitar objetivamente los actos corruptos porque le otorgan una enorme dificultad al funcionario para cumplir los deseos del particular sobornante, al existir muchos medios de control antes del nacimiento del acto administrativo.

⁴¹ VIVANCO MARTÍNEZ, ÁNGELA. 2008. Transparencia de la función pública y acceso a la información de la Administración del Estado: Una normativa para Chile. *Revista Chilena de Derecho* 35 (2): pp.387.

⁴² KELSEN, H. 1988. *Teoría general del Derecho y del Estado*. México, UNAM: p. 341.

La relevancia de establecer dichos límites a la corrupción radica en brindar una protección a los Derechos Humanos que podría poner en peligro el goce y ejercicio de tales derechos. En general, la corrupción es un fenómeno que revela tanta complejidad que puede ser tratado en diversas disciplinas, tal como es mencionado por Claudio Nash “una de las razones de esta complejidad reside en la variedad de efectos que se derivan de la corrupción y la pluralidad de ámbitos en los que estos pueden incidir”⁴³

“Un acto corrupto viola de forma directa un derecho cuando aquel significa inmediatamente el incumplimiento de una obligación estatal referida a dicho derecho. Así, por ejemplo, cuando un(a) juez(a) acepta un soborno, se afecta de forma inmediata su imparcialidad, con lo cual se viola el derecho a un juicio justo. Por otro lado, un acto corrupto también puede violar directamente un derecho cuando un(a) funcionario(a) o institución estatal actúa de forma tal que impide que una o más personas tengan acceso a ese derecho. Por ejemplo, cuando alguien necesita sobornar a un(a) funcionario(a) para obtener un subsidio habitacional o a un médico para acceder a un tratamiento en un hospital público.”⁴⁴. Esa reflexión constata la trascendencia de que en el sistema existan sistemas de prevención de delitos de corrupción, más que formas de reacción frente a actos corruptos ya efectuados. Si bien hay que ser conscientes de que la aplicación de las normas penales responden a la idea fundamental de ser el último recurso que debe usar nuestro Derecho para evitar la vulneración del bien jurídico protegido, sigue siendo una de las dimensiones que previenen la comisión de delitos de corrupción, la cual exige ser delimitada estableciendo alcance para no incurrir en abusos y excesos que conviertan a esta herramienta, más que en un preventor de prácticas corruptivas y protector de los derechos humanos y principios fundamentales del Estado de Derecho democrático, en una forma de transgredir derechos fundamentales, causando inseguridad respecto de las autoridades y Administración Pública.

Siendo patente la necesidad prevenir los delitos de corrupción, se requiere de un modelo sistemático para resolver eventuales dificultades que susciten en la aplicación de los estos tipos penales. En este sentido, el objetivo de esta memoria fue precisamente completar esa labor, respecto de la cual fue posible concluir que antes de entrar subsumir los hechos a un tipo penal, debemos desarrollar un análisis previo, el cual consiste en establecer si los

⁴³ NASH, CLAUDIO. 2014. Corrupción y Derechos Humanos: Una mirada desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Chile. Open Society Foundations: pp. 25.

⁴⁴ Ídem. pp. 27.

presupuestos fácticos se explican a través de la adecuación social de la conducta, o el acto no es contrario a la protección de un bien jurídico esencial. Luego de descartar dicha situación, debemos proceder a aplicar el Derecho Penal porque significa una protección reforzada a la capacidad de funcionamiento de la administración. Posteriormente, debemos verificar la existencia de la relación trilateral en el cohecho, particularmente que uno de los intervinientes sea funcionario público, otro sea una persona particular, y que también se visualice la intervención del Estado como aquel afectado por dicho delito. De este modo, nos enfrentamos a la potestad discrecional, la cual debe manifestarse como una función propia del cargo del funcionario público, el cual cuenta con un poder decisorio relevante en el caso sub lite. Por último, el análisis dogmático finaliza con los diferentes límites a dicha potestad, la cual sólo cuenta con algunos elementos de discrecionalidad, más no la potestad completa, respecto de los cuales podremos limitarlos a través del principio de legalidad y probidad, los cuales inspirarán la aplicación de elementos de control de discrecionalidad. Así, concluimos aplicando dentro del modelo normativo lógico analítico, los elementos de control de discrecionalidad, en concreto, el control a través de elementos reglados, el control de hechos determinantes, el control del fin, el control de razonabilidad y, finalmente, el control a través de la motivación del acto administrativo, siendo posible de este modo, aplicar sin mayores dificultades el delito de cohecho agravado a aquellos funcionarios públicos que detentan facultades discrecionales, sin requerirse de una modificación legal para efectuar dicha labor.

BIBLIOGRAFÍA

ARANCIBIA MATAR, JAIME. 1996. Concepto de discrecionalidad administrativa en la jurisprudencia emanada del Recurso de Protección. Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile (60): 99-124.

BASCUÑAN, ANTONIO. 2002. Informe en derecho: El Delito de Cohecho y Tráfico de Influencias en el Código Penal Chileno.

CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS. 1984. Hermenéutica constitucional, soberanía legal y discrecionalidad administrativa. Revista Chilena de Derecho 11 (01): pp. 7-16.

CERINA, GEORGIO. 2010. Corrupción y cohecho: el derecho penal español de iure condito y de iure condendo. En: FABIAN CAPARROS, EDUARDO (coord.), PEREZ CEPEDA, ANA ISABEL (coord.). Estudios sobre corrupción. Salamanca, Ratio Legis. pp. 75-114.

CORDERO, LUIS. 2014. Lo que se juega en la motivación del acto administrativo. [en línea] <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2014/12/29/Lo-que-se-juega-en-la-motivacion-del-acto-administrativo.aspx> [consulta: 06 septiembre 2018]

CORDERO VEGA, LUIS. 2015. Lecciones de Derecho Administrativo. Santiago. Legal Publishing Chile. 798p.

DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO. 2006. El bien jurídico protegido en el delito de cohecho. Revista de Derecho Penal y Criminología 2º (Nº 17): 81-152.

DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO. 2009 ¿Qué interés lesionan las conductas de corrupción?. Revista Eguzkiloire (23): 245-259.

DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO. 2016. La lucha contra la corrupción política. [En línea] Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología Vol. 18, Nº1 <http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-01> [Consulta: 27 marzo 2017]

D'ORS, ALVARO. 1999. Nueva introducción al estudio del Derecho. Madrid. S.L. Civitas Ediciones. 216p.

FERNANDEZ RODRIGUEZ, TOMÁS RAMÓN. 1991. Arbitrariedad y discrecionalidad. Madrid. Editorial Civitas, Cuadernos Civitas n°35.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, TOMAS-RAMON. 2006. Curso de Derecho Administrativo, Tomo I. 13a ed. Madrid, Civitas Ediciones. 880 p.

GARRIDO MONTT, MARIO. 2010. Derecho penal, Parte Especial, Tomo III. 4° ed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 515p.

KELSEN, H. 1988. Teoría general del Derecho y del Estado. México, UNAM.

KINDHÄUSER, URS. 2007. Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Política Criminal (3): 1-18.

KINDHÄUSER, URS. 2009. La lógica de la construcción del delito. Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia (Tomo 14): 499-509.

KRISHNAN, G. 2001. Increasing Information Access to Improve Political Accountability & Participation. Tokyo. Mapping future actions in Asia Pacific.

MAÑALICH, JUAN PABLO. 2010. La estructura de la autoría mediata. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (34): 385-414.

MAÑALICH, JUAN PABLO. 2010. Norma e imputación como categorías del hecho punible. Revista de Estudios de la Justicia (12): 165-185.

MATUS ACUÑA, JEAN PIERRE Y RAMÍREZ GUZMÁN, MARÍA CECILIA. 2015. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial, Tomo II. Santiago. Editorial Thomson Reuters. 484p.

MATUS ACUÑA, JEAN PIERRE. 2017. Código Penal Sistematizado con jurisprudencia. Tercera Edición. Santiago, Chile. Editorial Thomson Reuters. 855p.

MORENO FERNÁNDEZ, JUAN IGNACIO. 1998. La Discrecionalidad en el Derecho Tributario. Valladolid. Editorial Lex Nova. 211p.

NASH, CLAUDIO. 2014. Corrupción y Derechos Humanos: Una mirada desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Chile. Open Society Foundations. 126p.

NAVARRO, MARIA. 2012. Discrecionalidad Administrativa. Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad (3): 200-205.

OLIVER CALDERÓN, GUILLERMO. 2004. Aproximación al delito de cohecho. Revista de Estudios de la Justicia (5): 83-115.

OSSANDON W., MARIA MAGDALENA. 2003. Consideraciones político -criminales sobre el delito de tráfico de influencias. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte (10): 161-180.

PRECIADO DOMENECH, CARLOS HUGO. 2015. La corrupción pública en la reforma del Código Penal de 2015. Madrid. Editorial Civitas. 240p.

PIERRY ARRAU, PEDRO. 1987. El control de la discrecionalidad administrativa, Revista de los Jueces (4): 18-32.

RODRIGUEZ COLLAO, LUIS; OSSANDON, MAGDALENA. 2005. Delitos contra la imparcialidad en el ejercicio de la función pública. En: Delitos contra la función pública. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. pp 317-361.

SÁNCHEZ MORÓN, MIGUEL. 1994. Discrecionalidad administrativa y control judicial. Madrid. Editorial Tecnos. 164p.

VIVANCO MARTÍNEZ, ÁNGELA. 2008. Transparencia de la función pública y acceso a la información de la Administración del Estado: Una normativa para Chile. *Revista Chilena de Derecho* 35 (2): 371-391.

ZAPATA LARRAÍN, PATRICIO. 2008. *Justicia constitucional: Teoría y práctica en el Derecho chileno y comparado*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 623p.