



UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO



TESINA DE DERECHO

**TRÁFICO DE INFLUENCIAS Y NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES.
UNA MIRADA DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL**

AUTORES:

NATALIA YÁÑEZ PÉREZ

PATRICIO NEIRA VALENCIA

PROFESOR GUÍA:

DR. ANDRÉS BENAVIDES SCHILLER

DICIEMBRE, 2015

RESUMEN

La corrupción es un fenómeno social, económico, político y ético sumamente reprochable, que requiere el compromiso de todos para minimizarla y llevarla a límites aceptables. La tipificación de los delitos de tráfico de influencias y negociaciones incompatibles constituye uno de los medios que ha adoptado el legislador chileno para tal propósito. Sin embargo, por las características de estos delitos, los principios del Derecho Penal, y consideraciones de política criminal, se sostiene que estos tipos penales son prescindibles, cabiéndole al Derecho Administrativo su regulación en cuanto vulneración al principio de probidad.

PALABRAS CLAVES

Corrupción – Negociaciones Incompatibles – Tráfico de influencias - Código Penal – Tipos Prescindibles.

ABSTRACT

Corruption is an extremely reprehensible social, economic, political and ethical phenomenon, which requires the commitment of all to minimize it and bring it to acceptable limits. Crimes of influence peddling and incompatible negotiations are means adopted by the chilean law in order to achieve that target. However, based on the nature of these crimes, principles of criminal law and criminal policy considerations, it is argued that these offenses are dispensable, because they should be regulated within the Administrative Law frame as an infringement to the principle of probity.

KEYWORDS

Corruption - Incompatible Negotiations – Peddling influence - Criminal Code - Expendable types.

ÍNDICE.

RESUMEN	1
INTRODUCCIÓN.....	4
CAPÍTULO I:	6
1. La corrupción, concepto y características. La corrupción como fenómeno social, ético, político y económico no deseado	6
1.1 Génesis, concepto de corrupción y consenso doctrinal de sus características	6
1.2 La corrupción como fenómeno social, ético, político y económico no deseado	9
1.3 La corrupción administrativa como fenómeno jurídico	13
1.4 Aspectos procesales de los delitos de corrupción	17
1.5 Ministerio Público frente a la corrupción.....	18
CAPÍTULO II:	20
1. Negociaciones Incompatibles y Tráfico de Influencias. Aspectos generales.....	20
2. Negociaciones Incompatibles	21
2.1 Análisis típico de las negociaciones incompatibles	22
3. Tráfico de Influencias.....	33
3.1 ¿El tráfico de influencias es un delito autónomo?	34
3.2 Delimitación del tipo.	35
3.3 Análisis típico del tráfico de influencias.....	36
4. Cuestiones comunes a ambos delitos	42
Iter criminis	42
CAPÍTULO III	43
1. COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES.....	43
1.1 Culpabilidad y error de prohibición	43
1.2 Participación y comunicabilidad o no del título de imputación	44

1.3 Concurso de Delitos	48
CAPÍTULO IV:	51
Valoración político criminal.....	51
V. CONCLUSIÓN.....	57
VI. ANEXOS.....	59
Análisis Sentencias:	59
i. Negociaciones incompatibles y tráfico de influencias, aspectos generales de tipificación	59
ii. Culpabilidad, error de prohibición y concurso de leyes penales	63
iii. Participación y comunicabilidad o no del título de imputación	68
iv. Concursos de leyes penales	70
BIBLIOGRAFÍA	79

INTRODUCCIÓN

La democracia¹ pretende que el Estado sea el gobierno de todos, respetando a las minorías y mayorías que forman parte del mismo. Para evitar que el interés general se vea menoscabado, este sistema político organiza y crea principios morales, instituciones apropiadas, procesos y prácticas funcionales para tratar de asegurar que las conductas negativas que reducen el interés general, y buscan expandir cada vez más el interés particular, queden fuera y no afecten a la comunidad.

Los regímenes democráticos han desarrollado numerosos instrumentos, tales como la promoción del interés público y el servicio a la comunidad, la protección de las libertades civiles y los Derechos Humanos, el gobierno representativo y responsable, el imperio de la ley, organismos autónomos (judicatura, auditoría, Ombudsman, comisiones electorales, Contraloría General, etc.) para asegurar la rendición de cuentas, la actitud abierta e imparcial, la división del poder, la libre competencia entre rivales, la subordinación de las fuerzas militares y policiales, la promoción de la cultura cívica, el voluntariado y la participación ciudadana, el debido proceso de la ley y las prácticas administrativas justas.²

Sin embargo, y a pesar de todas estas medidas que se adoptan para lograr la probidad en el desarrollo de la función democrática del Estado y siendo Chile uno de los países más probos de América Latina³, si se estudia detalladamente su caso se puede notar que la corrupción y los delitos presentes en la Administración del Estado son cada vez más frecuentes y que muchos de estos aún no son develados, permitiendo que la corrupción vaya creciendo aceleradamente y que la probidad que alguna vez caracterizó al país se transforme sólo en un reflejo del pasado.

En este sistema los funcionarios y trabajadores públicos tienen un importante papel para resguardar y asegurar el interés general, ya que ellos son quienes han denunciado en su mayoría casos de corrupción en Chile. Sin embargo, en torno a este poder también surgen tendencias que implican que algunos que detentan

¹ Respecto al concepto de democracia, debemos señalar que no existe un consenso en la doctrina. Antonio Delhumeau señala que democracia es la “técnica de organización social que parte de la libertad, respeto y unidad de los individuos: DELHUMEAU ARRECILLAS, ANTONIO “*México: Realidad Política de sus partidos*”. Instituto Mexicano de Estudios Políticos. DF, 1970, pág. 33-34. A su vez, Norberto Bobbio señala que democracia es un conjunto de reglas procesales, de las que la principal, pero no la única, es la regla de la mayoría.

² CAIDEN, GERALD: “*Democracia y Corrupción*”, Revista del CLAD Reforma y Democracia, Caracas, Venezuela, N° 8, mayo 1977. Pág. 1.

³ ORELLANA, PATRICIO: “*La Ética Pública Y Modernización de la Gestión Pública, Chile. ¿La Ética Dónde Está?*” http://www.probidadenchile.cl/ver_articulo.php?cat=3&art=3

este poder lo usen para un beneficio personal no respetando su fin, contraviniendo con esto las normas impuestas y la legitimidad social.⁴

Se señala que “La corrupción en todas sus formas corroe, socava y contradice todos los elementos democráticos. Es la manifestación del *ethos* antidemocrático, ya que expresa el egoísmo, el egocentrismo, el particularismo, los privilegios injustos, el aprovechamiento de las debilidades y de las fallas, la utilización inescrupulosa de los débiles, los explotables y los indefensos y toda clase de acciones cuestionables. Se trata de beneficios no merecidos, no equitativos, injustos e inmorales derivados de posiciones de confianza y de responsabilidad pública que son utilizadas para acciones mezquinas e innobles, las cuales resultan ofensivas a cualquier noción de salvaguarda pública sobre la cual se edifica la democracia.”⁵

La corrupción ha generado una reacción internacional en su contra, tendiente a minimizar al máximo las conductas consideradas corruptivas, en este marco se han dictado la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, ambas ratificadas por Chile.

Por todo lo anterior, surge el interés de los autores de abordar el tema de la corrupción en su aspecto general, y a la vez, examinar doctrinal y jurisprudencialmente dos tipos penales que tienen por objetivo erradicarla o bien minimizar su comportamiento, estos tipos son el tráfico de influencias y el de negociaciones incompatibles.

Se analizará en primer lugar, la corrupción como fenómeno no deseado, aspectos generales de esta práctica, consecuencias negativas y la reacción internacional contra la misma. En segundo lugar, se hará una exposición analítica de los tipos penales de tráfico de influencias y de negociaciones incompatibles. En tercer lugar, se realizará un análisis jurisprudencial de los mismos tipos penales. En cuarto lugar, se hará un análisis crítico de ambos tipos según su estructura típica, el bien jurídico ofendido y se hará referencia a su política criminal. Por último, se enunciará una conclusión global del tema analizado.

⁴ ORELLANA, PATRICIO: “*Un caso de corrupción oculta*”, Revista de Sociología, N° 21 de 2007, Universidad de Chile. Ref. Pág. 271.

⁵ CAIDEN, GERALD: “Democracia y corrupción” Op. Cit. pág. 1.

CAPÍTULO I:

LA CORRUPCIÓN PÚBLICA: CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS. LA CORRUPCIÓN COMO FENÓMENO SOCIAL, ÉTICO, POLÍTICO Y ECONÓMICO NO DESEADO. LA CORRUPCIÓN ADMINISTRATIVA COMO FENÓMENO JURÍDICO. CONVENCION INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN. CONVENCION DE NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN. INFLUENCIAS EN CHILE DE LA CONVENCION INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN.

1. La corrupción, concepto y características. La corrupción como fenómeno social, ético, político y económico no deseado

El análisis de los delitos funcionarios nos conduce necesariamente al tema de la corrupción como problema político y social. Esto es así ya que la tipificación de ésta es uno de los tantos mecanismos que ofrece el Ordenamiento Jurídico para su erradicación o mantención dentro de límites aceptables.⁶

Gracia Martín señala que la corrupción política y de funcionarios es “un tipo de delincuencia específica de la globalización que cobra especial relevancia en la medida en que la realización con éxito de toda esta macrocriminalidad internacional es difícilmente imaginable al margen de las burocracias administrativas estatales y, por ello, sin la cooperación de funcionarios y de agentes estatales.”⁷

1.1 Génesis, concepto de corrupción y consenso doctrinal de sus características

Existen autores que señalan que el inicio de la corrupción se remonta a la antigüedad, específicamente cuando “existió la primera división social del trabajo y un grupo minoritario comenzó a apoderarse de la riqueza proveniente del trabajo de otros, lo que hacía que unos tuvieran poder al tomar

⁶ Existen también políticas ex-ante tendientes a evitar la intervención del Derecho Penal, así se pueden mencionar, políticas educativas acerca de la probidad administrativa, normas tendientes a evitar conflictos de intereses (inhabilidades o incompatibilidades), régimen administrativo que busca prevenir o bien sancionar conductas desviadas de los principios que rigen la actividad administrativa, principalmente el de probidad.

⁷ GRACIA MARTÍN, LUIS: “*El Derecho Penal ante la globalización económica.*”, Suprema Corte de Justicia de la Nación España, pág. 16.

para si ese excedente, pues la clase dominante utilizaba estas ofrendas para conseguir privilegios particulares y el predominio de su voluntad.”⁸

El Ordenamiento Jurídico chileno carece de una definición de corrupción, a nivel legislativo sólo encontramos referencias a ella respecto de la Convención Interamericana Contra la Corrupción.

Dejando de lado varias definiciones restringidas que se centran en la conducta oculta y encubierta por la cual un funcionario público renuncia a su deber de probidad, sacrificando los intereses públicos a cambio de un beneficio esencialmente económico; y teniendo en consideración en primer lugar, que el concepto de corrupción es difícil de determinar ya que depende de factores sociológicos y por tanto, mudable en el tiempo y en segundo lugar, que “La corrupción tiene mucho que ver con la idiosincrasia, la historia y la cultura de los habitantes de un país”⁹ es que seguiremos en este sentido a Cugat que propone un análisis más amplio respecto al concepto de corrupción, que teniendo como base la relación que existe entre los intereses generales y la corrupción, señala que ésta es *esencialmente la desviación de aquellos intereses generales*.¹⁰ En este mismo sentido, Ossandón y Rodríguez definen corrupción como “cualquier acto que implique la desviación del interés general en el ejercicio de actividades que la ley pone a cargo de un órgano público”¹¹. Al ser conceptos amplios los que proponen estos autores, es posible englobar en tales conceptos todas las formas posibles de corrupción.

Godoy al referirse a la corrupción pública señala que son tres los elementos necesarios para que una acción sea corrupta:

- a- Son actos realizados por un agente público. Este puede ser elegido democráticamente o designados por disposiciones constitucionales o legales.
- b- La conducta del agente público debe constituir una acción u omisión secreta oculta o solapada de un acto derivado de una facultad propia de su función oficial.

⁸ ZAMORA ARLETY y GARCÍA DOLYS: “*Estudio criminológico de la corrupción económica*.”, X Encuentro Internacional. Escuela de Verano sobre Temas Penales Contemporáneos, Cuba, julio de 2014, pág. 2.

⁹ ALFARO JARPA, MAXIMILIANO: “*El delito de negociaciones incompatibles. Tratamiento doctrinario, estudio y análisis de las modificaciones introducidas por la ley 19.645*”. Tesis para optar al grado de licenciado de Derecho, Universidad Fines Terrae, Santiago de Chile, Octubre de 2004, pág. 6.

¹⁰ CUGAT MAURI, MIRIAM: “*De la desviación del interés general y el tráfico de influencias*”, Madrid, 1997, pág.34-37.

¹¹ RODRÍGUEZ Y OSSANDÓN: “*Delitos Contra La Administración Pública. El Derecho Penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial*” Segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005, pág. 91.

- c- El agente público debe buscar la obtención de un beneficio privado, que puede consistir en un valor presente o futuro, monetario u otro.¹²

Ilabaca, parafraseando a Garzón Valdés señala que independientemente sea el concepto de corrupción que se utilice, un acto corrupto estará siempre ligado a lo que él denomina como un *sistema normativo relevante* donde se desarrolle la actividad o práctica social. Este sistema normativo estará compuesto de reglas que norman dicha actividad que pueden ser de diferentes caracteres dependiendo del ámbito al cual nos aboquemos. Respecto de los sujetos que pueden cometer actos de este tipo, señala que no tienen por qué tener obligatoriamente el carácter de autoridades, sino que, sujetos que puedan tomar decisiones en un sistema normativo relevante, se considerarán como *agentes decisores*, según el papel o rol social que adquieran en dicho sistema. El cargo que adquieren los agentes decisores, conllevará la imposición y respeto de una serie de deberes, denominados *deberes posicionales*, a los cuales se encuentran sujetos desde el momento que adhirieron, expresa o tácitamente, a ser parte y ocupar una posición de este sistema normativo, por tanto, un acto de corrupción implicaría la violación y transgresión de estos deberes, lo que será considerado siempre como un acto de deslealtad y traición con respecto al sistema normativo relevante.¹³

Respecto a algunas características de este fenómeno Rodríguez y Ossandón señalan que existe un consenso en la doctrina de las ciencias sociales respecto al tema de la corrupción. En primer lugar, existe acuerdo en que la corrupción no es un problema contemporáneo sino que ha estado presente a lo largo de la humanidad, siendo inherente a la organización social. En segundo lugar, la corrupción no es propia de ciertos lugares geográficos, culturas o formas de gobiernos u organización social ya que cruza todos estos parámetros, ocurre indistintamente en países ricos e industrializados o en democracias o regímenes de facto y en todos los sistemas económicos. En tercer lugar, existe consenso que la corrupción es nociva en los ámbitos de las relaciones políticas, económicas y sociales, y que por lo tanto, son necesarios ciertos mecanismos que tengan por objeto su erradicación, -objetivo que se considera inalcanzable-, o por lo menos mantención en ciertos límites tolerables.¹⁴ A su vez, los mismos autores parafraseando a Olivera Prado, señala cinco caracteres que distinguen principalmente el fenómeno de la corrupción, “En primer término, *su generalización*, en cuanto se registran manifestaciones de este fenómeno prácticamente en todos los países del

¹² GODOY, OSCAR : “*Los aspectos conceptuales y éticos del fenómeno de la corrupción pública.*”, Revista de Ciencia Política, Vol. XVIII, Santiago de Chile, 1996, pág. 21.

¹³ ILABACA MÉNDEZ, FRANCISCA: “*Delito de negociaciones incompatibles*” Tesis para optar al grado de licenciado en Derecho, Universidad de Chile, Santiago de Chile, agosto de 2012, pág.11.

¹⁴RODRÍGUEZ Y OSSANDÓN: “*Delitos Contra La Administración Pública. El Derecho Penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial*”. Op. Cit, pág. 17-21.

mundo. En seguida, su *heterogenización*, lo cual implica que las modalidades de la corrupción son diversas y tienden a multiplicarse: además, de las ya reconocidas en los Códigos Penales surgen modalidades nuevas asociadas al aumento del crimen organizado, los avances tecnológicos y la globalización. En tercer lugar, su *enraizamiento en el tejido social* puesto que la corrupción no se queda a nivel de los gobiernos y áreas de poder visible, sino que llega incluso a las organizaciones sociales, como la actividad empresarial, educativa y deportiva. En cuarto lugar, su *internacionalización y transnacionalización*, pues con el poder corruptor y económico del crimen organizado, así como por la misma globalización, la corrupción rompe con las barreras nacionales, adquiriendo conexiones insospechadas. Por último, *sus graves consecuencias* económicas, políticas y sociales en cuanto a exacción y dilapidación de fondos públicos, afectación de intereses colectivos, ingobernabilidad y afectación de la moralidad social...”¹⁵

1.2 La corrupción como fenómeno social, ético, político y económico no deseado¹⁶

Si bien hemos señalado que la corrupción no es privativa de esta época, pareciera ser que en el último tiempo ésta se ha manifestado con mayor frecuencia. La corrupción es un fenómeno reprochable que vulnera los principios más importantes de la actividad administrativa y que como consecuencia de esto causa daño el prestigio de la Administración, generando desconfianza en ella. Por otro lado, genera inestabilidad política, competencia desleal, afecta la igualdad en las decisiones, deslegitima la democracia, afecta la economía de los países, puede generar estancamiento económico y con ello pobreza. Todos estos efectos negativos de la corrupción afectan en última medida al pueblo en conjunto que es en definitiva la víctima de este fenómeno. Así lo señala Lombana al decir que “Los actos de corrupción tienen un número indeterminado pero sensible de víctimas; se puede afirmar que el pueblo como concepto constitucional es la víctima directa de los efectos de la corrupción: a mayor desfalco al Estado, menor inversión social, a mayores sobrecostos en los contratos públicos, menos obras en beneficio de la población, y la calidad de las mismas se verá afectada por el porcentaje de comisión que se llevarán los corruptos, y por las utilidades de

¹⁵RODRÍGUEZ Y OSSANDÓN: “*Delitos Contra La Administración Pública. El Derecho Penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial*”. Op. Cit, pág. 39-40.

¹⁶Rodríguez y Ossandón hacen presente que existen autores que señalan que la corrupción tiene efectos positivos en los países en vía de desarrollo y además por hacer favorable a la eficiencia administrativa. Por ejemplo, los pagos ilegales hechos con la finalidad de apurar trámites y ahorrar tiempo mejorarían la eficiencia, o el soborno de los funcionarios públicos podría bajar los costos de producción. Incluso se ha llegado a sostener que la corrupción podría mejorar la eficiencia asignativa de los recursos. RODRÍGUEZ Y OSSANDÓN: “*Delitos Contra La Administración Pública. El Derecho Penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial*”. Op. Cit. pág. 51-52.

los corruptores. Pero las víctimas más sensibles de la corrupción serán los estratos económicos bajos de la población, porque son ellos quienes más sufren y de manera más directa los efectos de la corrupción”.¹⁷

1.2.1 Daño al sistema democrático

La democracia está fundada en dos principios fundamentales: representatividad y respeto de las garantías fundamentales en el marco de la igualdad ante la ley. La corrupción afecta a ambos principios, por ello, el principal efecto de la corrupción es la exclusión de determinados sectores sociales en beneficio de otros.¹⁸ En este sentido Reos señala que “Existen efectos indeseables de la corrupción sobre la distribución del ingreso y la riqueza. Se ha indicado por ejemplo, que los pobres reciben un menor nivel de prestaciones de servicios sociales cuando se cobra por ellos, no importa si es en forma de tasas legales o como exacciones ilegales. Sin embargo, cuando hay corrupción en la distribución de esos servicios, el cobro de contribuciones o sobornos es particularmente odioso. Es generalmente una modalidad acompañada de falta de control en las prestaciones mismas por parte de los organismos reguladores”.¹⁹

Desde un punto de vista político, el principal daño de la corrupción se presenta en el ámbito de la democracia, concretamente en la pérdida de la confianza de la ciudadanía derivada de la tendencia de un grupo de funcionarios a actuar según sus intereses personales, faltando a la probidad administrativa y de la constitución de la corrupción como una forma regresiva de influencia de un sector de la población en detrimento de la mayoría de esta. La corrupción influye también en el abstencionismo electoral al generar desinterés de los ciudadanos en participar en los procesos de elección precisamente por saber que nada cambiará ya que las decisiones de las autoridades electas no buscaran el bien general de los electores. Por tanto, la corrupción erosiona la legitimidad de una democracia, pues crea la percepción de que el Estado no tiene como principal propósito el interés general sino el beneficio de aquellas personas que se encuentran en el poder. Desde un punto de vista de los impuestos, el círculo vicioso de la corrupción genera desestímulo tributario, provocando en los sectores productivos la convicción de que el pago de sus impuestos tiene ese

¹⁷ LOMBANA VILLALBA, JAIME: “*La tipificación del tráfico de influencias y del cohecho en España y en Colombia como forma de prevención de la corrupción pública*”. Tesis doctoral, Universidad de León, España, 2013, pág. 35.

¹⁸ VIRGOLINI, JULIO: “*Crímenes excelentes*”. *Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, pág. 258.

¹⁹ REOS, ORLANDO: “*Efectos económicos de la corrupción*”. Buenos Aires, 2003, Documento incluido dentro de la Biblioteca Digital de la Iniciativa Interamericana de Capital Social, Ética y Desarrollo www.iadb.org/etica, pág. 11.

repudiable destino, lo que hace que las personas caigan en una práctica entendible pero nada plausible, como lo es buscar aminorar el pago de sus impuestos.²⁰

Pacheco al referirse a la relación que existe entre corrupción y democracia señala que “La democracia no es una panacea que por sí misma esté inmune a posibles distorsiones. La corrupción la puede destruir, destruyendo a sus principales instituciones. De ahí que aquélla debe enfrentarse en los niveles de las instituciones públicas que son inherentes a la democracia. Una clave importante para ello es la transparencia del ejercicio del poder que ayuda a la confianza de la sociedad civil frente a lo público. Otra clave está dada por los mecanismos de protección que aunque no aseguren sí ayudan a proteger los ámbitos y atribuciones de los distintos poderes e instituciones, garantizan su independencia e imparcialidad en la toma de decisiones, evitan la colisión de intereses y permiten la dedicación absoluta de los funcionarios públicos a las tareas que les han sido asignadas.”²¹

1.2.2 Afectación al principio de legalidad

El fenómeno de la corrupción afecta directamente al principio de legalidad que debe regir en un Estado de Derecho ya que en primer lugar, se dictaran leyes que buscaran satisfacer intereses de un solo sector de la ciudadanía y no en pos del interés general, en segundo lugar, además las leyes existentes serán usadas también para el beneficio de un sector especificado de la población y en tercer lugar, aumenta la ilegalidad ya que la corrupción se asocia directamente a la comisión de varios tipos penales e infracción de leyes y principios que rigen la Administración.²²

1.2.3 Efectos económicos

Desde el punto de vista económico, la corrupción afecta directamente la eficiencia asignativa, generando una pérdida de esta misma. En este sentido Reos señala que “Un aspecto destacado en relación con las pérdidas de eficiencia es el referido a que en la medida que haya diferentes grados de coacción y de corrupción en diferentes sectores de la economía, esto puede conducir a desviaciones arbitrarias en la asignación de recursos respecto de lo que sería un óptimo. Así, cuando en el sector agrícola se establece una restricción a la importación de insumos mediante cuotas, restringiendo de esa manera una mayor oferta de, por ejemplo, fertilizantes, el uso de los mismos en la producción no se aplicará necesariamente a los cultivos

²⁰ LOMBANA VILLALBA, JAIME: “*La tipificación del tráfico de influencias y del cohecho en España y en Colombia como forma de prevención de la corrupción pública*”. Op. Cit. Pág. 37.

²¹ PACHECO, MÁXIMO: “*Análisis conceptual de la corrupción y de la probidad pública*.”, Revista de Ciencia Política, Vol. XVIII, Santiago de Chile, 1996, pág. 41.

²² LOMBANA VILLALBA, JAIME: “*La tipificación del tráfico de influencias y del cohecho en España y en Colombia como forma de prevención de la corrupción pública*”. Op. Cit. Pág. 40.

de mayor rendimiento. Dado que las unidades importadas de insumos han sido obtenidas por aquellos que pudieron pagar los mayores sobornos, no es seguro que esos productores sean al mismo tiempo los que las asignarán a los productos de mayor rentabilidad social. Esto produce una disminución del producto marginal en relación con lo que sería en condiciones de libre acceso a los fertilizantes. Por supuesto, habrá además una disminución del producto total debido a que hay menos disponibilidad del insumo. Desde otra perspectiva, la producción de ciertos bienes se reducirá y la de otros se incrementará, pero en definitiva el valor de la producción total será menor al que ocurriría en condiciones de libre y transparente competencia.²³

Se ha señalado también que la corrupción reduce la calidad de los bienes y servicios, ya que la competencia entre empresas no se realiza en virtud de la calidad de sus productos y/o servicios sino que se por la cantidad de dádivas o sobornos que ofrecen o por sus influencias con los funcionarios públicos adjudicantes.²⁴ Esto trae como consecuencia directa, además, que aumente el costo de estos bienes y servicios ya que al costo real de estos hay que sumarle el soborno entregado al funcionario público para que adjudique ese contrato.²⁵

1.2.4 Efectos en la Administración

La corrupción afecta a la Administración en varios sentidos. En primer lugar, afecta la eficiencia de la Administración, ya que merma la habilidad y posibilidad del Gobierno de imponer controles regulatorios necesarios e inspecciones para corregir los errores del mercado y además, distorsiona las funciones del Gobierno en áreas como los contratos y la protección de los derechos de propiedad, pues la prioridad de los controles estatales en estas áreas no se centrará en la protección de los derechos de los administrados sino en la obtención de un beneficio ilícito mediante el pago de una dádiva.²⁶ En segundo lugar, la corrupción afecta el prestigio de la Administración y con ello, “genera de paso desconfianza y consiguientemente la sensación de que este es un camino generalmente aceptado, provocándose así un verdadero proceso creciente de mayor corrupción. Se trata, por tanto, de una práctica deleznable, que debe ser categórica y fuertemente reprimida, máxime cuando esta encuentra su origen de parte de los propios encargados de ejercer las funciones públicas, que se prevalen de su posición funcionaria para corromper las instituciones y

²³ REOS, ORLANDO: “*Efectos económicos de la corrupción*”. Op. Cit, pág. 10.

²⁴ ROSE-ACKERMAN, SUSAN: “*La corrupción y los gobiernos, causas, consecuencias y reforma*”. Siglo Veintiuno de España Editores, Madrid 2001, pág. 26

²⁵ LOMBANA VILLALBA, JAIME: “*La tipificación del tráfico de influencias y del cohecho en España y en Colombia como forma de prevención de la corrupción pública*”. Op. Cit. pág. 45.

²⁶ *Ibidem* Ref. pág. 43.

a las personas.²⁷ En tercer lugar, los actos corruptos traen consigo un aumento en los costos de funcionamiento y de inversión de la Administración por los múltiples costos que genera. Respecto a este tema, Lombana señala que la corrupción implica reducción del gasto en propósitos verdaderamente públicos, ejerce una influencia en el funcionamiento del aparato institucional, disminuye el respeto por las autoridades constituidas, y posibilitan que los políticos y los funcionarios se vayan constituyendo en una élite todopoderosa a quien nadie es capaz de perseguir, pues, si se hace, surgen otro tipo de criminalidad violenta para acallar a aquellos pocos que son capaces de enfrentarse al sistema corrupto.²⁸ Y en cuarto lugar, la corrupción genera ineficiencia en las decisiones tomadas por la Administración e inseguridad jurídica, aumento en la falta de transparencia administrativa y pérdida de confianza en el Estado, la economía y las instituciones administrativas.²⁹

1.2.5 Dimensión ética

La corrupción es una categoría ética mediante la cual se señala que la actuación de un funcionario en la esfera pública traiciona la función que la ciudadanía le otorga mediante un cargo determinado. Es el mal uso de la función y de los recursos públicos asignados a la función. En este sentido, es también aplicable a las instituciones públicas que no cumplen con su razón de ser social.³⁰ Principalmente, en una dimensión ética, la corrupción constituye una alteración negativa que dice relación con “una finalidad traicionada, que, a su vez, desencadena unas reacciones que no corresponden a su contexto original. Por tanto, la realidad de la corrupción contradice básicamente dos valores fundamentales: la verdad y la justicia.”³¹

1.3 La corrupción administrativa como fenómeno jurídico

Por culpa de la corrupción hemos sido testigos de la caída de gobiernos y sistemas políticos. Ha existido carencia de mecanismos de control y castigo de quienes, mediante su conducta desviada, pretenden lograr beneficios ilícitos en el ejercicio de las funciones estatales. Pese a que la corrupción ha existido desde que el hombre optó por el Estado como forma de organización social, sólo a partir de las últimas décadas es

²⁷ ILABACA MÉNDEZ, FRANCISCA: “*Delito de negociaciones incompatibles.*” Op. Cit. pág. 8.

²⁸ LOMBANA VILLALBA, JAIME: “*La tipificación del tráfico de influencias y del cohecho en España y en Colombia como forma de prevención de la corrupción pública.*” Op. Cit. pág. 43 y 44.

²⁹ RODRÍGUEZ Y OSSANDÓN: “*Delitos Contra La Administración Pública. El Derecho Penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial.*” Op. Cit, pág. 57 y 58.

³⁰ PACHECO, MÁXIMO: “*Análisis conceptual de la corrupción y de la probidad pública.*”, Revista de Ciencia Política, Vol. XVIII, Santiago de Chile, 1996, pág. 38.

³¹ MIFSUD, TONY: “*Aproximación ética al fenómeno de la corrupción.*”, Revista de Ciencia Política, Vol. XVIII, Santiago de Chile, 1996, pág.

posible advertir una verdadera preocupación de la comunidad internacional al respecto.³² Rodríguez y Ossandón señalan que “no debe causar extrañeza que la corrupción sea un concepto prácticamente desconocido entre los códigos del periodo de la codificación penal y que aquél sólo comenzara a ser utilizado en el plano normativo dentro de los últimos años.”³³ De esta manera, se han establecido en el ámbito internacional, normas jurídicas que tienen por objetivo hacer frente contra la corrupción. Destaca al respecto en primer lugar, la Convención Interamericana Contra la Corrupción de 1996, y en segundo lugar, la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción de 2003. En el ámbito legislativo interno de los países americanos, ha existido una paulatina preocupación por tipificar las conductas constitutivas de corrupción o bien actualizar las disposiciones ya existentes en sus ordenamientos. “La Convención Interamericana Contra la Corrupción, ha servido de parámetro a los Estados partes para emprender sucesivas reformas en el derecho interno mediante la dictación de leyes administrativas y penales cuya finalidad no es otra que regular el comportamiento ético de los funcionarios públicos.”³⁴

1.3.1 Convención Interamericana Contra la Corrupción

El proceso de gestación de la Convención data del año 1992, año en que el Comité Jurídico incorporó el tema de la corrupción a su agenda. Sin embargo, es el año 1996, luego de variadas discusiones se aprueba el proyecto definitivo de Convención Interamericana Contra la Corrupción, el que fue sometido a deliberación en la Conferencia especializada para adoptar la Convención Interamericana Contra la Corrupción, celebrada en la ciudad de Caracas entre el 27 y 29 de marzo de 1996. En esta instancia se acogió el texto del proyecto elaborado por expertos, introduciéndoles sólo pequeñas modificaciones. El 29 de marzo de 1996, veintiún países firmaron el documento definitivo. Posteriormente, con fecha 6 de marzo de 1997, entre en vigor la Convención, una vez transcurrido 30 días desde que un segundo Estado depositara el instrumento de ratificación.³⁵

La Convención tiene como finalidades promover y fortalecer el desarrollo en cada uno de los estados parte, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción, e incentivar, facilitar y regular la cooperación entre los estados en relación con este tema.³⁶ En cuanto a su

³² VERA VEGA, JAIME: “*El delito de tráfico de influencias*”, Editorial Jurídica La Ley, Santiago de Chile, 2004, pág. 13.

³³ RODRÍGUEZ Y OSSANDÓN: “*Delitos Contra La Administración Pública. El Derecho Penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial*”. Op. Cit. pág. 69.

³⁴ VERA VEGA, JAIME: “*El delito de tráfico de influencias*”, Op. Cit. Pág. 14.

³⁵ RODRÍGUEZ Y OSSANDÓN: “*Delitos Contra La Administración Pública. El Derecho Penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial*.” Segunda edición. Op. Cit. Ref. pág. 73-75.

³⁶ RUEDA, MÓNICA: “*Convención Interamericana Contra la Corrupción*”, Secretaría de Transparencia, Colombia. Pág. 2. <http://www.anticorruccion.gov.co/SiteAssets/Paginas/Publicaciones/Convenci%C3%B3n%20Interamericana.pdf>

estructura, consta de un preámbulo y veintiocho artículos. En primer lugar, se preocupa de señalar el significado conceptual de ciertos términos, continúa señalando los propósitos, en tercer lugar, regula medidas preventivas para continuar con el catálogo de conductas que son consideradas manifestaciones de corrupción; el artículo IV menciona una serie de actos corruptos de los cuales los estados parte adquieren la obligación de legislar. Los artículos VIII y IX tratan del soborno internacional y del enriquecimiento ilícito. El artículo XI establece normas de “desarrollo progresivo” de las legislaciones. Por último, contiene ciertas normas relativas a la cooperación internacional en temas de extradición, asistencia recíproca, secreto bancario, entre otras.

La Convención Interamericana contra la Corrupción fue aprobada por el Congreso Nacional de Chile en septiembre del año 1998, promulgada mediante Decreto Supremo N° 1879, del Ministerio de Relaciones Exteriores, el 29 de octubre de 1998, y publicada en el Diario Oficial el 2 de febrero de 1999. En Chile la Convención se materializó posteriormente en las Leyes N° 19.645 y N° 19.653. La primera introdujo modificaciones en el título V del Código Penal, sobre delitos cometidos por funcionarios públicos en el desempeño de sus cargos. La segunda, estableció una regulación de la probidad administrativa.

1.3.2 Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción

La Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción fue suscrita en la ciudad de Mérida, México, en conferencia celebrada entre el 9 y el 12 de diciembre de 2003. Es el primer instrumento jurídico de carácter global para enfrentar el flagelo de la corrupción.³⁷

Comienza la Convención en su preámbulo señalando que “Los Estados Parte en la presente Convención, preocupados por la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley, preocupados también por los vínculos entre la corrupción y otras formas de delincuencia, en particular la delincuencia organizada y la delincuencia económica, incluido el blanqueo de dinero, preocupados asimismo por los casos de corrupción que entrañan vastas cantidades de activos, los cuales pueden constituir una proporción importante de los recursos de los Estados, y que amenazan la estabilidad política y el desarrollo sostenible de esos Estados, convencidos de que la corrupción ha dejado de ser un problema local para convertirse en un fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y economías, lo que hace esencial la cooperación

³⁷ RODRÍGUEZ Y OSSANDÓN: “*Delitos Contra La Administración Pública. El Derecho Penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial*”. Segunda edición. Op. Cit, pág. 77.

internacional para prevenirla y luchar contra ella, convencidos también de que se requiere un enfoque amplio y multidisciplinario para prevenir y combatir eficazmente la corrupción, Convencidos asimismo de que la disponibilidad de asistencia técnica puede desempeñar un papel importante para que los Estados estén en mejores condiciones de poder prevenir y combatir eficazmente la corrupción, entre otras cosas fortaleciendo sus capacidades y creando instituciones, Convencidos de que el enriquecimiento personal ilícito puede ser particularmente nocivo para las instituciones democráticas, las economías nacionales y el imperio de la ley...” “Teniendo presente que la prevención y la erradicación de la corrupción son responsabilidad de todos los Estados y que éstos deben cooperar entre sí, con el apoyo y la participación de personas y grupos que no pertenecen al sector público, como la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones de base comunitaria, para que sus esfuerzos en este ámbito sean eficaces...” Comienza el articulado señalando los fines de este instrumento internacional, siendo estos los siguientes: promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción; promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos; y promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos.

Contempla una serie de definiciones; enseguida, en el artículo 5° y 6° se señalan ciertas estrategias, en el ámbito del Derecho Penal, que deberían adoptar los Estados para prevenir el incremento de los niveles de corrupción y a los órganos que cada uno de ellos debería procurar instaurar con ese mismo propósito. En el ámbito administrativo, contempla una serie de medidas orientadas a aumentar la transparencia de la gestión pública y a disminuir los factores de riesgo para el surgimiento de actos corruptos.³⁸ Del artículo 15 a 20 señala ciertas conductas que los Estados deberán tipificar como delito, entre ellas el tráfico de influencias, mientras que en los artículos 21 y 22 hace una recomendación a los Estados en orden a tipificar otras conductas cuando se comentan intencionalmente en el curso de actividades económicas, financieras y comerciales.

La Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, fue suscrita por Chile el 11 de diciembre de 2003, aprobada por el Congreso Nacional el 14 de junio de 2006, ratificada el 13 de septiembre de 2006, promulgada mediante DS N°375 del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 23 de noviembre de 2006, y publicada en el Diario Oficial el 30 de enero de 2007.

³⁸ RODRÍGUEZ Y OSSANDÓN: “*Delitos Contra La Administración Pública. El Derecho Penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial.*” Segunda edición. Op. Cit.pág. 79.

1.3.3 Influencias en Chile de la Convención Interamericana contra la Corrupción

Chile como miembro de la Organización de Estados Americanos ratificó en el año 1999 la Convención y en ese mismo año, el Congreso Nacional envió al Ejecutivo para su promulgación los proyectos que posteriormente se transformarían en las leyes N° 19.645 y la N° 19.653. La primera, introdujo modificaciones en el título V del Código Penal, sobre delitos cometidos por funcionarios públicos en el desempeño de sus cargos.³⁹ A la vez, la ley N° 19.653, estableció una regulación acabada del tema de la probidad administrativa.

El tipo de tráfico de influencias ha sido incorporado en nuestra legislación mediante la publicación de la Ley N° 19.645, que incorpora el artículo 240 bis y un inciso segundo al artículo 248 bis, ajustándose de esta manera a la Convención Interamericana contra la Corrupción y a las nuevas modalidades de corrupción que son reconocidas por la doctrina.

1.4 Aspectos procesales de los delitos de corrupción

Los delitos de corrupción siguen las reglas generales de cualquier delito en cuanto a su investigación y enjuiciamiento. Dependiendo de la pena que en concreto requiera el Fiscal conforme a la ley, podrán someterse indistintamente al procedimiento simplificado, abreviado o al procedimiento ordinario. Sin embargo, existen distinciones de estos delitos complejos de aquellos que se podrían denominar comunes:

- A. La facultad de aplicar el principio de oportunidad, para no iniciar una investigación o para abandonar una ya iniciada, se encuentra expresamente prohibida en caso de los delitos de corrupción, pues se entiende que en este tipo de delitos existe siempre un interés público prevalente en su persecución.
- B. En los delitos de corrupción el Consejo de Defensa del Estado puede asumir el rol de querellante de acuerdo a lo preceptuado en el DFL N°1 de 1993, por lo cual el Ministerio Público debe informar a la brevedad al Consejo los antecedentes relacionados a la investigación de un delito de corrupción para que este organismo tome la decisión de deducir o no querrela.
- C. Respecto al secreto bancario en los delitos de corrupción, los Fiscales, previa autorización del Juez de Garantía, pueden solicitar el alzamiento del secreto bancario respecto de un imputado sin necesidad de individualizar partidas determinadas.

³⁹ VERA VEGA, JAIME: *“El delito de tráfico de influencias”*, Op. Cit. Pág. 14.

- D. Por la relevancia que adquiere la investigación de este tipo de conductas, los instructivos internos del Ministerio Público restringen el ámbito del Fiscal. Así la decisión del Fiscal Adjunto para divertir el proceso a una salida alternativa a la sentencia será sometida a consulta ante el Fiscal Regional.
- E. El ejercicio de la acción penal respecto a determinadas autoridades o funcionarios requiere previamente que se efectúe un antejuicio denominado desafuero en algunos casos, o querrela de capítulos en otros. Cabe hacer presente que estos son sólo requisitos de procesabilidad para requerir medidas cautelares o para llevar a cabo las audiencias que supone un proceso oral, pero no impiden al Ministerio Público desarrollar una investigación en contra de estas autoridades o funcionarios.⁴⁰

1.5 Ministerio Público frente a la corrupción

El Ministerio Público goza de autonomía ya que tiene personalidad jurídica propia, patrimonio propio, es sujeto tributario autónomo, se rige por su propia LOC 19.640 y su superior el Fiscal Nacional, goza de independencia y es inamovible en su cargo. Contreras señala que esta autonomía funcional de la Fiscalía de Chile, constituye suficiente resguardo para asegurar la imparcialidad y objetividad en la investigación, en particular tratándose de delitos de corrupción.⁴¹ Sin embargo, la Fiscalía de Chile “no cuenta hasta el momento con un órgano operativo especial para la investigación de esta clase de delitos, sino que la persecución penal de la corrupción se rige por reglas y disposiciones similares a la investigación de cualquier otra clase de delitos. Ahora bien, para sumir los de la nueva criminalidad, el Ministerio Público chileno ha optado por el criterio de *especialización preferente* de sus Fiscales, y el apoyo estrecho de las investigaciones más complejas, a través de *Unidades Asesoras Especializadas*.”⁴² Es decir, el Ministerio Público sólo cuenta con Fiscales de especialización preferente y no exclusiva, lo que a juicio de Contreras trae consecuencias negativas ya que los fiscales especializados aparte de investigar delitos complejos, también deberán investigar delitos comunes, por lo que hace notar la necesidad de órganos operativos especializados en corrupción.⁴³

Respecto a la legislación existente en materia de corrupción, Contreras señala que “la legislación penal chilena anticorrupción aún adolece de disfuncionalidades de importancia, tales como su falta de sistematización, algunos problemas de proporcionalidad respecto a las sanciones asociadas a esta clase de conductas; algunos tipos penales obsoletos; la falta de claridad en relación al castigo por la obtención de

⁴⁰ CONTRERAS ALFARO, LUIS: “*La fiscalía de Chile frente a la corrupción*.”, Revista Jurídica del Ministerio Público, N° 58, Santiago de Chile, marzo de 2014, pág. 69-70.

⁴¹ *Ibidem*, pág. 55

⁴² *Ibidem*, pág. 57.

⁴³ *Ibidem*, pág. 59.

ventajas no patrimoniales; o la ampliación de los tipos penales que pueden tener personas jurídicas como sujeto activo...” “Pese a todo, el legislador chileno ha optado, antes y ahora, por la reforma Parcial del Código Penal, o la introducción de tipos penales a través de leyes especiales que regulan materias diversas, sin acometer una reforma profunda al Código Penal que ha sido reclama desde hace tiempo por la doctrina. De esta manera nos sumamos a aquellos que estiman que solamente una reforma profunda a la legislación penal sustantiva, a través de un nuevo Código Penal podría contribuir a resolver las endémicas deficiencias que presenta el sistema penal chileno en su conjunto.”⁴⁴

⁴⁴ CONTRERAS ALFARO, LUIS: “*La fiscalía de Chile frente a la corrupción.*”, Revista Jurídica del Ministerio Público, N° 58, Santiago de Chile, marzo de 2014, pág. 64.

CAPÍTULO II:

ANÁLISIS DE LOS TIPOS PENALES DE NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES Y TRÁFICO DE INFLUENCIAS. RAZÓN DE SER DEL TIPO. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO. ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO. FAZ SUBJETIVA DEL TIPO.

“El interés penalmente tutelado es el interés del Estado en impedir que los funcionarios públicos, movidos por la codicia y transformados en vulgares especuladores, hagan servir los actos de la Administración Pública para su provecho personal o para fines privados cualesquiera que sean.”⁴⁵

1. Negociaciones Incompatibles y Tráfico de Influencias. Aspectos generales

El delito de negociaciones incompatibles y el de tráfico de influencias se encuentran regulados en el título V del libro II del Código Penal chileno bajo el título “Crímenes y Simple Delitos Cometidos por Empleados Públicos en el Desempeño de sus Cargos”. Estos delitos conforme a su redacción original están agrupados según el sujeto activo que exigen los tipos penales para que se configure la acción u omisión típica, el cual es el funcionario público cuando actúa en el desempeño de sus funciones, ubicación criticada por la doctrina, ya que como señala Rodríguez Collao “En uno y otro caso la doctrina está conteste en que la agrupación de los delitos no debió efectuarse a partir del sujeto activo o de una específica modalidad de ejecución, sino a partir del bien jurídico protegido, el que suele identificarse como el correcto desempeño de Administración Pública”.⁴⁶

Estos delitos se relacionan con un deber de lealtad y corrección de los funcionarios públicos en el cumplimiento de sus cargos, e implican falta de probidad en la función administrativa. Sin embargo, y como

⁴⁵ MAGGIORE, GIUSEPPE: “Derecho Penal, parte especial.”, Volumen III, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1995, pág. 214.

⁴⁶ RODRÍGUEZ COLLAO, LUIS: “La función pública como objeto de tutela penal”. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVI, Valparaíso, Chile, 2005. Pág. 326

más adelante se profundizará, la intervención del Derecho Penal debe tener un carácter subsidiario, ya que la manera de erradicar las prácticas corruptas en el ámbito de la Administración Pública requiere que los medios para combatirlas sean racionales y eficaces. Sin embargo, la eficacia no viene dada por la pena impuesta y por lo drástico de ésta, sino más bien por la oportunidad, la practicabilidad y la inmediatez para poder reaccionar y evitar el posible daño que esta conducta irregular produzca.⁴⁷

2. Negociaciones Incompatibles

El delito de negociaciones incompatibles se ubica en el artículo 240 del Código Penal que dispone:

“El empleado público que directa o indirectamente se interesare en cualquiera clase de contrato u operación en que debe intervenir por razón de su cargo, será castigado con las penas de reclusión menor en su grado medio, inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos u oficios públicos en sus grados medio a máximo y multa del diez al cincuenta por ciento del valor del interés que hubiere tomado en el negocio.

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

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

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

El delito de negociaciones incompatibles tiene como bien jurídico tutelado el interés del Estado en el fiel y debido desempeño de las funciones de la Administración Pública. Se trata de un injusto meramente formal que puede en algunos casos producir perjuicios al erario fiscal, como también puede producir utilidad, siendo esta circunstancia un elemento indiferente para la tipificación del delito, ya que éste no exige

⁴⁷ RODRÍGUEZ COLLAO, LUIS: “La función pública como objeto de tutela penal”. Op. Cit. Pág. 333.

la producción de un daño, sino la actuación torcida e irregular de un funcionario público, de una conducta que resulte de su actuación como tal y como interesado directo o indirectamente en un contrato u operación en que debe intervenir por razón de su cargo. En este caso, el legislador desea proteger la apariencia de imparcialidad y honestidad que debe rodear la Administración.⁴⁸

2.1 Análisis típico de las negociaciones incompatibles

i. Razón de ser del delito

Las negociaciones incompatibles, del Código Penal chileno, reconocen como fuente el artículo 334 del Código Penal español de 1850 que sancionaba al “Empleado público que directa o indirectamente se interesare en cualquier clase de contrato u operación en que debe intervenir por razón de su cargo, con las penas de inhabilitación temporal especial y multa del 10 al 50 por ciento del valor del interés que hubiese tomado en el negocio.”⁴⁹ También, al igual que en el actual 240 del Código Penal, era aplicable a ciertas personas determinadas que si bien no son empleados públicos, se espera que en el desempeño de su cargo actúen con la debida probidad, tales como, peritos, árbitros, tutores, curadores y albaceas, respecto de los pertenecientes a sus pupilos y testamentarios. Al incluir a estas personas que ostentan una posición jurídica especial o que tienen deberes especiales, como sujetos activos del ilícito, se pretende proteger la transparencia en la actuación de estos sujetos, y con esto, se hace más evidente que su objeto principal es brindar mayor protección a los intereses privados y públicos que dependen de ellos, porque en definitiva todas son personas que tutelan intereses ajenos y que no deben mezclarlos con los propios.⁵⁰

Un funcionario público debe motivar su voluntad de acuerdo al interés estatal y general, debe actuar de una manera leal en el desempeño de sus funciones, velando por proteger la apariencia de imparcialidad y honestidad que debe rodear y caracterizar a la Administración Pública.

Según lo señalado anteriormente, la regulación de este delito tiene por objetivo velar por el correcto desempeño de la función pública, ya que al sancionar al empleado público que por razón de su cargo se interesa o da interés en cualquier clase de contrato u operación, no siendo éste en miras del interés general, sino que más bien tendiente a satisfacer el propio o de un tercero.

⁴⁸ ETCHEBERRY, ALFREDO: “*Derecho Pena. Parte Especial*”, Tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, año 1997, pág. 249.

⁴⁹ AGUILAR ARANELA, CRISTIAN: “*Delitos Contra la Probidad Administrativa.*”, Editorial Metropolitana, Chile Pág. 55.

⁵⁰ ETCHEBERRY, ALFREDO: “*Derecho Penal. Parte Especial*”, Op. Cit. pág. 249.

ii. Bien jurídico

Al hablar de delitos cuyo propósito es sancionar los actos de corrupción perpetrados por funcionarios públicos, es importante determinar el bien jurídico que estos protegen, ya que en estos casos nos encontramos frente a una categoría delictiva que pertenece a los llamados “delitos sin víctima”⁵¹, nombre que hace referencia a que su perpetración no daña intereses particulares ni provoca perjudicados directos, sino que más bien genera un daño colectivo y difuso, cuestión que hace relevante la determinación del bien jurídico preponderante para garantizar el respeto al principio de lesividad, ya que el legislador agrupó estos delitos según el agente que los comete y no según el bien jurídico ofendido.⁵²

Respecto al bien jurídico protegido existe discrepancia. Ciertos autores señalan como tal:

- A. Por el hecho de ser un funcionario público existe un deber personal de corrección y probidad. Se puede hablar también de una infracción personal a un deber de obediencia y fidelidad ya que ejercen un cometido de especial relevancia social, como lo es la función pública. Teoría denominada doctrinalmente como subjetiva.⁵³
- B. El correcto o recto desempeño de la función pública o teoría del bien jurídico objetivo.⁵⁴
- C. Lo que está en juego en estos delitos es el prestigio que tiene la Administración Pública o la confianza que el público deposita en ella.⁵⁵
- D. La protección penal está dirigida a mantener la autoridad estatal.⁵⁶
- E. Se protege el patrimonio público.⁵⁷

Respecto a la postura que sostiene que el bien jurídico ofendido es el deber personal de corrección y probidad que pesa sobre los funcionarios públicos, cabe señalar que es errónea, ya que no se puede criminalizar en un estado democrático el simple incumplimiento de deberes personales si esto no tiene correlato con afectación de derechos o de las legítimas expectativas de la ciudadanía. De esta manera se señala que el deber de lealtad funcionaria no puede ser sino la sumisión del agente público a la ley en el

⁵¹ FABIAN CAPARROS, EDUARDO: “*La corrupción de agente público extranjero e internacional*”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2003, pág. 27.

⁵² CONTRERAS ALFARO, LUIS ALBERTO: “*Los delitos económicos relacionados con la corrupción*”, editorial La Aurora L.T.D.A. Santiago de Chile, 2004, pág. 415.

⁵³ VERA VEGA, JAIME: “*El delito de tráfico de influencias*”, Op. Cit. Pág. 77.

⁵⁴ *Ibidem*, pág. 78-79.

⁵⁵ BACIGALUPO, ENRIQUE.: “*Sobre la reforma de los delitos de funcionarios*”, en Documentación Jurídica, 1983, pág. 386. En RODRÍGUEZ Y OSSANDÓN: “*Delitos Contra La Administración Pública. El Derecho Penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial*.” Op. Cit, 99.

⁵⁶ RODRÍGUEZ COLLAO, LUIS: “*La Función Pública Como Objeto de Tutela Penal*.” Op. Cit. Pág. 332

⁵⁷ AGUILAR ARANELA, CRISTIAN: “*Delitos Contra la Probidad Administrativa*.”, Op. Cit. Pág. 56.

cumplimiento de objetivos que interesan a la comunidad en su conjunto y sólo se podría sancionar cuando se vea efectivamente lesionado un derecho o legítimas expectativas de la ciudadanía.

Por lo tanto, el bien jurídico protegido sería el propio desempeño de la función pública, ya que esto es lo que puede llegar a afectar a la ciudadanía y no el vínculo jurídico existente entre la Administración y las personas que ejercen en ella un cargo de relevancia social, como lo es la función pública. La diferencia entre lo nombrado al comienzo y lo señalado posteriormente radica en que su fundamento pasa de una voluntad individual a una voluntad colectiva.⁵⁸

En este caso según Vera Vega el carácter subjetivo de esta postura se presenta en los elementos dogmáticos del delito, tales como la mayor importancia atribuida al desvalor del acto sobre el resultado, la identificación del Estado como el sujeto pasivo de estas figuras, la inclusión de elementos subjetivos específicos que permitan valorar directamente la adhesión interna a la norma y la especial consideración atribuida a la obediencia debida como eximente a la responsabilidad, atendida la consideración de la conducta típica como la infracción de un deber establecido previamente.⁵⁹ La crítica a esta postura según este mismo autor la encontramos en la ausencia de contenido del bien jurídico, de la función garantista como límite a la autoridad penal atribuido a este elemento dado el contenido variable del deber infringido y el evidente atentado contra la dignidad humana y el pluralismo político en la medida en que exige una adhesión interna y personal a valores políticos y constitucionales.

En cuanto a estas críticas sería importante señalar que aún en nuestro Código estos delitos están ubicados bajo el título de “Crímenes y Simple Delitos Cometidos por Empleados Públicos en el Desempeño de sus Cargos”, título que se critica por no ser este un bien jurídico y teñirse a la vez de un tinte autoritario utilizando al sujeto activo de estos delitos como relevante, y además haciendo hincapié en que éstos actúen según su cometido, y no lo que debería ser lo realmente relevante, como lo es la función pública en sí misma.

⁵⁸ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, CARLOS: “Sobre la naturaleza de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”, en Estudios Jurídicos en Memoria del Prof. José Ramón Casabó Ruiz, Valencia, 1997, II, pág. 367 – 368.

⁵⁹ VERA VEGA, JAIME: “El delito de tráfico de influencias”, Op. Cit. Pág. 77.

A la vez, hay autores que señalan a la probidad administrativa y el correcto desempeño de la función pública como bien jurídico protegido, establecen que la función estatal debe prestarse con estricta sujeción a los principios de objetividad, imparcialidad y honestidad en sus relaciones económicas con los particulares.⁶⁰

Con la tipificación de este delito se busca que el funcionario público muestre imparcialidad, fidelidad y desinterés en el desempeño de su cargo y no sobreponga su propio interés o el de terceros particulares antes que el interés general que debe resguardar, protegiendo así el recto y correcto ejercicio de la función pública.

Según lo señalado por Rodríguez Collao, el bien jurídico protegido en estos delitos es la Administración Pública entendida como una actividad de servicio del Estado frente a los ciudadanos. “El recto funcionamiento de la Administración, desde luego, depende de factores internos, es decir, referidos a la organización del ente administrativo y a las relaciones entre este último y los funcionarios públicos. Sin embargo, la protección penal de aquel interés no puede circunscribirse a la sola mantención de un cierto orden interno, si no existe, por lo menos, la posibilidad de afectación de los intereses de los administrados.”⁶¹

Según lo expresado cuando hablamos de función pública y el bien jurídico que se pretende proteger aludimos a la probidad administrativa y al correcto funcionamiento de la Administración Pública, encargándose esta de ejercer la función de prestación a los ciudadanos y el cumplimiento de los criterios objetivos antes mencionados como son los principios de objetividad, imparcialidad y eficacia que informan la actuación de la Administración Pública y que corresponden a los fines de un Estado social y democrático de Derecho.

Consideramos que este criterio es el correcto, en cuanto otorga un bien jurídico que está dotado de contenido, ya que es el correcto funcionamiento de la Administración Pública, que puede afectar no sólo a la Administración en sí, sino que también tiene un correlato con la afectación de derechos o de las legítimas expectativas de la ciudadanía, ya que la función pública debe ser entendida en razón de la necesidad de satisfacer las aspiraciones de la sociedad y de los miembros de un Estado socialmente organizado, ya que los delitos establecidos bajo el título V tienden a su protección, no en cuanto a la protección del órgano como

⁶⁰ RODRÍGUEZ Y OSSANDÓN: “*Delitos Contra La Administración Pública. El Derecho Penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial*”. Op. Cit, 422.

⁶¹ RODRÍGUEZ COLLAO, LUIS: “*La Función pública como objeto de tutela penal*”, Op. Cit. pág. 331-332.

tal, sino de aquel instrumento que asegura los intereses y la entrega de servicios y prestaciones que requieren los ciudadanos.

Ahora bien, respecto a aquellos que señalan que el bien jurídico protegido es el prestigio que tiene la Administración Pública o la confianza que el público deposita en ella, más que un bien jurídico que es objeto de lesión, es una consecuencia de lo señalado anteriormente, es decir del correcto actuar que deben presentar los empleados públicos en el desempeño de su cargo para con esto lograr un correcto funcionamiento de la Administración, ya que cuando el funcionario actúa como autoridad, debe hacer primar el interés general por sobre su interés particular, ejerciendo su cargo con total desinterés e imparcialidad.

Con lo anterior queremos decir que si bien con el irregular actuar del funcionario en el desempeño de su cargo se puede afectar el prestigio o la confianza que el público deposita en la Administración, sin embargo, este sería un efecto mediato, ya que el efecto inmediato y más proclive sería el de afectar el correcto funcionamiento de la Administración, y por esto ella perdería el prestigio y los ciudadanos consecuentemente perderían la confianza en la misma. Por lo mismo, esta teoría tiene pocos adeptos, ya que no se centra en el buen funcionamiento de la Administración y de la función pública, sino que más bien intenta mantener la autoridad estatal y el poder que debe demostrar el Estado ante los ciudadanos. Además, trata de demostrar la capacidad de actuar y de mando que tiene la autoridad estatal, lo que podría perjudicar la transparencia, ya que para mantener esta autoridad se puede llegar incluso a ocultar ciertas irregularidades para lograr de esta forma, tener la confianza y el respeto del público ignorante de los niveles de corrupción interna, desarrollando así un sistema opaco contrario a las exigencias de transparencia y sumisión a la legalidad impuestas por la Constitución.⁶²

Respecto a la postura que sostienen algunos autores como Aguilar, señalando que el bien jurídico protegido es el patrimonio público, cabe señalar que en el caso de las negociaciones incompatible, éstas se hacen a través de un ilícito de peligro abstracto, puesto que “en esta figura punible, si bien no se trata de un fraude actual, se procura prohibir el riesgo de fraude que al legislador le ha parecido ver implícito en la ejecución de negocios consigo mismo o con personas con las cuales el autor está unido.”⁶³ No concordamos con esta postura, ya que como se señaló en un comienzo, el delito no exige daño alguno o la obtención de

⁶² RODRÍGUEZ COLLAO, LUIS: “*La Función pública como objeto de tutela penal*”, Op. Cit. 99-100.

⁶³ AGUILAR ARANEDA, CRISTIAN: “*Delitos Contra la Probidad Administrativa.*”, Op. Cit. Pág. 56.

utilidades por el hecho de interesarse en actos o contratos, ya que es un delito de mera actividad y por tanto, no precisa afectación del erario fiscal para su consumación.

Por lo tanto, las negociaciones incompatibles, en cuanto su bien jurídico, se desprende que protege valores abstractos, es decir, es un delito de peligro abstracto, ya que al consumarse no existe realmente un daño o lesión al bien jurídico, según lo descrito por el tipo, éste se consuma con la sola ejecución del verbo rector descrito en los incisos del artículo 240. Se señala que es de peligro abstracto, que a diferencia de los delitos de lesión, el riesgo para el bien jurídico pasa a ser presumido por el legislador ya sea por dificultades referidas a la acreditación de un vínculo de imputación entre éste y la conducta a inculpar o por concurrir en determinados comportamientos una alta probabilidad estadística de generar dichos riesgos al bien jurídico. Estos últimos, por ello, aparecen generalmente descritos como fórmulas de mera actividad y no de resultado;⁶⁴ ya que para que el delito se configure no se requiere la verificación de un resultado como una utilidad o perjuicio para el patrimonio fiscal, siendo esta circunstancia un elemento indiferente para la tipificación del ilícito y que ni siquiera deba acreditarse el que dicho patrimonio ha corrido realmente un riesgo concreto de ser afectado, puesto que éste se supone por la realización de la conducta descrita en el tipo como prohibida.

Por lo tanto, el tipo de negociaciones incompatibles no requiere la producción de un daño, sino que la actuación torcida de un funcionario, de una conducta que provenga de su actuación como tal y como interesado, ya sea directa o indirectamente en un contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo.

Por lo anterior, y a modo de conclusión, la teoría más adecuada del bien jurídico protegido de las negociaciones incompatibles sería la que adopta mayoritariamente la doctrina, que es aquella que sostiene que el bien jurídico protegido por estos delitos es la Administración Pública, entendida no en su aspecto orgánico, sino como la correcta actividad que debe desempeñar el Estado frente a los ciudadanos, en otras palabras, es el correcto o recto desempeño de la función pública.⁶⁵

⁶⁴ MALDONADO F, FRANCISCO: *“Reflexiones Sobre las Técnicas de Tipificación de los llamados Delitos de Peligro en el Moderno Derecho Penal.”* Revista de Estudios de la Justicia N° 7, 2006. Pág. 23

⁶⁵ RODRÍGUEZ Y OSSANDÓN: *“Delitos Contra La Administración Pública”* Op. Cit. Pág. 363.

iii. Elementos del tipo

- Elementos objetivos del tipo

A. Acción típica

La acción típica o el verbo rector que nos señala el artículo es “*interesarse*” o “*dar interés*”, que equivale a tomar interés en un contrato u operación en la que debe intervenir en razón de su cargo.

En cuanto al término *interesarse* significa según la R.A.E “Inclinación más o menos vehemente del ánimo hacia un objeto, persona o narración que le atrae o conmueve”, esta definición parece adecuada ya que el tipo de este delito no requiere que se haya obtenido un beneficio económico por parte del sujeto activo, como tampoco requiere la búsqueda de este beneficio, ni que este sea para una persona específica, ya que como el tipo no diferencia, también cabría la posibilidad de que un funcionario se interese pero quien obtenga esta utilidad sea el Fisco, cuestión que también cabría en el verbo rector .

Una interpretación adecuada de la figura lleva a considerar por el sólo hecho de vulnerar los principios que orientan la función administrativa y la contratación estatal, cabría sin más el reproche del actuar del funcionario (dando así preponderancia al valor-disvalor de la acción sobre el valor-disvalor de resultado); de forma que aun cuando la Administración resultara beneficiada directa o indirectamente del interés que motivó al servidor público a celebrar el contrato, la figura de negociaciones incompatibles hacía presencia, pues, de cualquier manera se habían desconocido los principios inspiradores de uno de los frentes del accionar estatal, y con ello el interés no debido era el que marcaba la presencia del tipo sancionador.”⁶⁶

En cuanto a la naturaleza del interés que debe presentar el sujeto activo, se entiende que debe ser de índole económico y que se manifieste de alguna manera, ya que si esta intervención tiene el carácter de lucrativo pueden surgir las circunstancias que la ley se propone evitar, es decir, el riesgo de fraude que al legislador le ha parecido ver implícito al regular esta figura,⁶⁷; esto se desprende por la ubicación del precepto dentro de los fraudes y las exacciones ilegales y de la relación de la pena en cuanto porcentual con el interés que el funcionario hubiese tomado en el negocio.

⁶⁶ LÓPEZ DAZA, GERMÁN: “*La Corrupción Administrativa. Una aproximación a los factores y agentes generadores*” Editorial Académica Española, Saarbrücken, Germany, 2012, pág. 58.

⁶⁷ POLITOFF LIFSCHITZ, SERGIO. MATUS ACUÑA, JEAN PIERRE. RAMÍREZ G, MARÍA CECILIA: “*Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte especial*”. Segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2004. Pág. 500.

Otra característica que debe tener este interés según su naturaleza, es que debe ser privado, no es necesario que sea propio del funcionario, ya que al hablar de “*dar interés*” también puede hacer referencia a su cónyuge, parientes, etc. Pero si es necesario que no corresponda a un interés público independientemente a quien va dirigido.

En la primera modalidad, es decir, “*interesarse*” debe ser entendido como tomar parte, como un intervenir en forma privada por sí o por un tercero en un negocio que toma parte en representación de la Administración.⁶⁸ En este sentido señala Rodríguez Collao que el empleado público debe tomar parte en la negociación respectiva de tal modo que de ella pueda derivar un beneficio económico; este interés debe ser siempre personal del funcionario, sea que actúe, directa o indirectamente, esto es por sí mismo, o por persona interpuesta.

Respecto a la segunda modalidad “*dar interés*”, el sujeto activo no varía, es decir sigue siendo un empleado público, pero el interés ya no es personal, sino para su cónyuge, alguno de los parientes o las demás personas que la ley señala. En la modalidad “*dar interés*” a alguno de los sujetos indicados en la ley, si el tercero favorecido no coopera en la conducta, sino que simplemente se limita a recibir el interés, resultaría impune dentro de esta figura.⁶⁹

En cuanto a la gravedad de estas modalidades, ambas se consideran igualmente gravosas porque se mezcla el interés personal o propio con el interés público provocando un eminente daño a la Administración Pública. Se puede desprender del verbo rector y de sus diferentes modalidades que lo ilícito en sí no está en el modo ni en el fin con que se realiza el acto sino que la importancia radica en el hecho de la doble intervención como funcionario público y como privado en un negocio de su competencia, se trata de una suerte de desdoblamiento de la personalidad del funcionario quien actúa por sí y a la vez como órgano del Estado.

Vulgarmente se ha entendido que las negociaciones incompatibles son un acto de contenido perjudicial para la Administración del Estado que efectúa el funcionario. Sin embargo, esto no es así ya que es absolutamente indiferente el resultado dañino,⁷⁰ por lo mismo, el delito en comento es de peligro abstracto, que viene determinado por la redacción del tipo, ya que el hecho de interesarse no permite

⁶⁸ VILLADA, JOSÉ LUIS: “*Delitos Contra La Función Pública. Concordado con Códigos Latinoamericanos*” Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1999, pág. 457.

⁶⁹ RODRÍGUEZ Y OSSANDÓN: “*Delitos Contra La Administración Pública*”. Op. Cit. Pág. 427.

⁷⁰ VILLADA, JOSÉ LUIS: “*Delitos Contra La Función Pública. Concordado con Códigos Latinoamericanos*” Op. Cit. Pág. 455.

entender que sea un delito de resultado, porque el tipo no requiere la verificación de un resultado perjudicial para el patrimonio fiscal, ya que por el sólo hecho de interesarse no se daña el erario fiscal ni se obtiene utilidad alguna por mostrar interés económico en un contrato u operación. En éste no se requiere acreditar que dicho patrimonio ha corrido realmente un riesgo de ser afectado, ya que este se supone ínsito por la realización del comportamiento prohibido.⁷¹

B. Objeto material

El objeto material es el contrato u operación en que debe intervenir el funcionario público en razón de su cargo, ya que en contratos u operaciones debe interesarse el funcionario aun cuando no se requiera la real obtención del beneficio que de estos se derive.

El objeto de la acción punible es un contrato u operación, vocablos que corresponde entender en sentido amplio, refiriéndose estos a cualquier acuerdo de voluntades o a cualquier trabajo o negocio donde el empleado tenga intervención en su calidad de funcionario, sin distinción de su naturaleza, ya que el precepto no lo limita.⁷²

C. Sujeto Activo

El sujeto activo es en principio un funcionario público llamado a interesarse o dar interés en la negociación u operación respectiva según el cargo que como tal le corresponda ejercer. Se entiende que es el funcionario con capacidad decisoria en el asunto, siendo discutible si puede castigarse por este delito a quien sólo debió emitir informes o sólo le ha correspondido una forma de participación menor en la negociación.⁷³

El artículo 260 de Código Penal dispone: *“Para los efectos de este título y del párrafo IV de 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, municipalidades, autónomas u organismos creados por el estado o dependientes de él, aunque no sean del nombramiento del jefe de la república ni reciban sueldo del estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular”*.

⁷¹ RODRÍGUEZ Y OSSANDÓN: *“Delitos Contra La Administración Pública”*. Op. Cit. Pág. 425.

⁷² GARRIDO MONT, MARIO: *“Derecho Penal, Parte Especial”* Editorial Jurídica de Chile, tomo III, Santiago de Chile, 2010, pág. 858.

⁷³ RODRÍGUEZ Y OSSANDÓN: *“Delitos Contra La Administración Pública.”* Op. Cit. Pág. 426.

Se considera que el concepto penal de funcionario público es un concepto autónomo y propio de esta rama jurídica, no correspondiendo por lo tanto, acudir a lo que se entiende por funcionario en otras ramas, como por ejemplo el Derecho Administrativo. Esta autonomía tiene fundamento en que al legislador no le importa la “calificación jurídica” del funcionario que tenga en cuanto al desempeño o a la responsabilidad de su trabajo, sino que más bien importa en lo que intervenga respecto al funcionamiento de la Administración y lo que dependa de él, en cuanto el correcto funcionamiento de un servicio público.⁷⁴

En este tipo penal se entiende generalmente que es el funcionario con capacidad decisoria en el asunto, siendo discutible si puede castigarse por este delito a aquel funcionario que sólo debe emitir informes o aquel al cual le ha correspondido alguna forma de participación menor en la negociación.

El tipo analizado señala que para que se configure este delito deben realizarse actos que sean propios de su cargo, en cuanto al concepto de *propio* podemos entenderlo como aquello que pertenece o le es relativo a alguien que tiene la facultad exclusiva de disponer de ello, y se entiende que estos son aquellos que pertenecen a las competencias propias que tiene cada funcionario.

El ámbito del sujeto activo es considerablemente ampliado en el inciso segundo, incluyendo a los peritos, los árbitros y liquidadores comerciales respecto de los bienes o cosas en cuya tasación, adjudicación, partición o administración intervinieren, y a los guardadores y albaceas tenedores de bienes respecto de los pertenecientes a sus pupilos y testamentarias. De este modo la disposición se extiende a personas que no necesariamente son funcionarios públicos pero que ostentan una posición jurídica especial o tienen deberes especiales. Acá la norma protege la transparencia en la actuación de estos sujetos, brindando protección a los intereses privados o públicos que dependen de ellos.⁷⁵ Al incluir este inciso entendemos que si bien no son funcionarios públicos los nombrados anteriormente, se busca que ellos en su actuar no abusen de su cargo o deberes especiales que se le han otorgado, haciendo prevalecer el interés general por sobre el particular, otorgando protección a quienes acudan o necesiten de ellos.

D. Sujeto Pasivo

Es sujeto pasivo el Estado, pero principalmente la Administración Pública entendida en su sentido amplio, ya que como se señaló al hablar del bien jurídico, quien sufre las consecuencias al momento de la consumación del delito, es decir, quien sufre el daño o peligro causado por la conducta delictiva es la propia

⁷⁴ RODRÍGUEZ Y OSSANDÓN: “*Delitos Contra La Administración Pública.*” Op. Cit. Pág. 123.

⁷⁵ *Ibidem.* Op. Cit. Pág.427.

Administración en cuanto a su normal y correcto funcionamiento. Por la misma razón, al ser el Estado un ente colectivo que vela por el bien común, consideramos que los ciudadanos también son sujetos pasivos, ya que en definitiva, son también afectados por la no recta probidad administrativa.

También son sujetos pasivos los particulares cuando el delito es cometido por las personas que señala el artículo 240 en su inciso segundo.

E. Elementos Normativos del Tipo

Como elementos normativos tenemos:

1. Empleado público, entendido según lo señalado más arriba como el que señala el artículo 260 del Código Penal.
2. Contrato, que según lo que describe el Código Civil en su artículo 1438 es “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.”
3. En cuanto a los particulares que señalan son los peritos, árbitros, liquidadores comerciales, guardadores o albaceas.

- Elementos Subjetivos del Tipo

De la redacción del tipo se desprende que para la consumación de este ilícito se requiere que el actor haya obrado con dolo directo, el funcionario debe saber y querer participar directa u oblicuamente en el contrato u operación de que se trate.⁷⁶, ya que el artículo 240 al señalar “*interesarse*” o “*dar interés*” se entiende que la conducta debe ser consciente y voluntaria, se debe perseguir una finalidad de interés para sí mismo o para un tercero.

Excluyendo para su castigo el dolo eventual y la culpa, ya que si no obra movido por un interés propio difícilmente lo va a conseguir de una manera azarosa, ya que en razón de su cargo debe procurar actuar bajo un interés público obteniendo beneficios o utilidades siempre en miras al interés general.

⁷⁶ GARRIDO MONT, MARIO: “*Derecho Penal, Parte Especial.*” Op. Cit. Pág. 458.

En la modalidad de “*dar interés*” a alguno de los sujetos indicados en la ley, si el tercero favorecido no coopera en la conducta, sino que simplemente se limita a recibir el interés, resultaría impune dentro de esta figura.⁷⁷

iv. Penalidad

El sujeto activo será castigado con las penas reclusión menor e su grado medio, inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos u oficios públicos en su grado medio a máximo y multa del diez al cincuenta por ciento del valor del interés que hubiere tomado en el negocio.

3. Tráfico de Influencias

La inclusión del delito de tráfico de influencias a los códigos de imputación es cuestionada por la doctrina, pues se le acusa de ser un medio para la penalización de la vida política, de ser muy parecido a otros tipos penales, pudiéndose subsumir la conducta en otro u otros delitos existentes, generando así diversos problemas concursales, cuya solución es dudosa; se le acusa también desde un aspecto procesal de ser una figura difícil de acreditar en juicio y además se señala que teniendo en consideración los principios del Derecho Penal, el merecimiento de pena de esta conducta no es conducente, ya que esta figura no tiene la relevancia necesaria digna de ser objeto de tutela penal. Por estas razones, se debe acudir con el propósito de prevenir estas conductas, especialmente, al Derecho Administrativo sancionador, tal como lo hace el artículo 62.2 de la L.O.C N° 18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado que sanciona a aquel funcionario que, contraviniendo el principio de probidad, hiciere valer indebidamente la posición funcionaria para influir sobre una persona con el objeto de conseguir un beneficio directo o indirecto para sí o para un tercero. Respecto a estas consideraciones de política criminal se volverá más adelante.

El tráfico de influencias es una conducta que, en nuestro medio -y probablemente en la mayoría de los países iberoamericanos- no sólo contó con la tolerancia de la sociedad sino que, incluso, estuvo rodeado de un cierto grado de prestigio. “Tener influencias”, “estar próximo a las autoridades”, “tener un amigo para hablar para facilitar trámites” o “para conseguir una decisión favorable”, son características personales que se apreciaron hace algunos años atrás –en alguna medida hoy también es así- lo que hacía que se acrecentaran las influencias en sus portadores. Pero a medida que las relaciones sociales se hicieron más complejas, la educación más extendida, y el desarrollo económico más acelerado, el sentir advero de la

⁷⁷ RODRÍGUEZ Y OSSANDÓN: “*Delitos Contra La Administración Pública.*” Op. Cit. Ref. pág. 427.

sociedad contra el “ejercicio de influencias” se ha ido estableciendo como una realidad peyorativa. Así, el tráfico de influencias ha pasado desde una situación de adecuación social a otra de reprobación social e, impulsados por tal proceso, se han diseñado nuevos tipos penales.⁷⁸

El tipo de tráfico de influencias ha sido incorporado en nuestra legislación mediante la publicación de la Ley N° 19.645, que incorpora el artículo 240 bis y un inciso segundo al artículo 248 bis del Código Penal, ajustándose de esta manera a la Convención Interamericana contra la Corrupción y a las nuevas modalidades de corrupción que son reconocidas por la doctrina.

Por delito de tráfico de influencias se entiende que es “Aquella figura delictiva en virtud de la cual un funcionario público o un particular intervienen en el proceso mental que motiva a un funcionario a adoptar una decisión de carácter público, en procura de obtener un beneficio de carácter económico para sí o para un tercero”.⁷⁹ Vera Vega, en comentario a esta definición, señala que la mayoría de los autores, reconoce la posibilidad de que tanto funcionarios como particulares pueden asumir el rol de sujetos activos de este delito. Sin embargo, por la dificultad de encontrar un bien jurídico lesionado, el concepto señalado, no admite como objeto material a los particulares, esto además, se relaciona con la característica del Derecho Penal de ser respetuoso de la garantía de la intervención mínima.⁸⁰

3.1 ¿El tráfico de influencias es un delito autónomo?

La legislación chilena no estableció el tráfico de influencias como un delito autónomo, sino que éste se configura únicamente como una modalidad especial de ejecución de los delitos de negociaciones incompatibles y cohecho.⁸¹ “En el fondo, se trata de figuras que permiten sancionar una negociación incompatible o un cohecho cuando las estrictas estructuras de imputación del Derecho Penal impiden hacerlo. Esto es, cuando el funcionario no reúne los requisitos exigidos al sujeto activo en los respectivos delitos especiales –no es el funcionario encargado de intervenir en la operación en la que se interesa o no es quien debe realizar u omitir el acto de que se trata-, pero se interesa en un determinado contrato u operación y pretende obtener una decisión favorable ejerciendo influencia sobre el funcionario llamado a adoptar la

⁷⁸ CURY, ENRIQUE: “Notas sobre el tráfico de influencias.”, Revista de Ciencias Políticas, Vol. XVIII, Santiago de Chile, 1996, pág. 99.

⁷⁹ VERA VEGA, JAIME: “El delito de tráfico de influencias”, Op. Cit. Pág. 41.

⁸⁰ Ibídem Pág. 42.

⁸¹ Vera Vega sostiene, al respecto, que “es posible advertir que la figura del artículo 240 bis, combina las conductas propias del delito de negociaciones incompatibles, esto es interesarse directa o indirectamente o dar interés con la conducta característica del delito de tráfico de influencias, cual es el ejercicio de influencias. Según mi opinión, esta circunstancia transforma al tipo penal 240 bis en un delito de hipótesis copulativas, es decir, un tipo compuesto en cuanto a su conducta y que, por ende, requiere la concurrencia de ambas para configurarse.” VERA VEGA, JAIME: “El delito de tráfico de influencias”, Op. Cit. Pág. 111.

decisión. Conductas que en ciertos casos, y a pesar de revestir un desvalor semejante a las demás, no pueden ser sancionadas directamente a través de las figuras tradicionales.”⁸²

3.2 Delimitación del tipo.

Antes de analizar el delito del artículo 240 bis del Código Penal chileno, cabe hacer una delimitación con otros tipos penales que presentan afinidades con la conducta del delito de tráfico de influencias; estos son, la inducción a la prevaricación y el cohecho pasivo propio.

Respecto a la inducción a la prevaricación, en ambos delitos se sanciona la conducta de quien no es el funcionario que adopta la decisión injusta o desviada, y existe el ánimo de obtener una decisión por parte de la autoridad judicial o administrativa. “En el caso de la inducción a la prevaricación esa decisión será siempre una resolución injusta, administrativa o judicial, en cambio, la figura del artículo 240 bis, hace referencia a la obtención de una decisión, concepto que por su amplitud, comprendería la resolución en su sentido técnico, sea esta administrativa o judicial, sea torcida o lícita, y, más aun, actos o trámites que no admiten la calificación de resoluciones. Asimismo, lo que identifica a esta decisión obtenida por alguien que ejerce influencias es la aptitud de producir un beneficio al sujeto activo o a un tercero; en los términos del artículo 240 bis, debe tratarse de una decisión favorable a sus intereses, vale decir la decisión que tiene un contenido económico, el cual no encontramos en la resolución torcida característica de la inducción a la prevaricación. Por último, en la hipótesis de inducción a la prevaricación, encontraremos siempre a dos sujetos responsables, el inductor y el autor material de la inducción. En cambio, en el caso de la conducta propia del tráfico de influencias, dado que el ejercicio de estas puede llegar a instrumentalizar al influido o a la decisión adoptada por éste, según decía más arriba, puede ser perfectamente lícita, en ambos casos quedaría exento de responsabilidad penal.”⁸³ Además, la penalidad aplicable al inductor en el delito de prevaricación administrativa es de suspensión del empleo en su grado medio y multa de 11 a 15 UTM. En cambio, el que comete el delito de tráfico de influencias puede ser sancionado con las penas de reclusión menor en su grado medio, inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio y multa del 10% al 50% del valor del interés que hubiere tomado en el negocio; y el autor de cohecho con tráfico de influencias puede ser sancionado con reclusión menor en su grado mínimo a medio, inhabilitación especial o absoluta para cargo u oficio público perpetuas y multa del tanto al duplo del provecho solicitado o aceptado.⁸⁴

⁸² RODRÍGUEZ Y OSSANDÓN: *Delitos Contra La Administración Pública*. Op. Cit. Ref. pág. 364-365.

⁸³ *Ibidem* pág. 93-94.

⁸⁴ *Ibidem* pág. 376-377.

Respecto del cohecho pasivo propio, las diferencias con el tráfico de influencias son más marcadas en relación con la conducta constitutiva. En el cohecho, la desviación de los intereses públicos se logra mediante una contraprestación económica. En cambio, en el tráfico de influencias, la desviación de dicho interés se logra mediante el ejercicio de influencias. Por otra parte, en el cohecho, el funcionario responsable siempre actúa dentro de las atribuciones propias de su cargo, en cambio, en el delito contemplado en el artículo 240 bis del Código Penal, el sujeto responsable actúa fuera de su ámbito competencial.⁸⁵

3.3 Análisis típico del tráfico de influencias

La regulación del delito de tráfico de influencias se encuentra, en el artículo 240 bis a propósito de las negociaciones incompatibles y en el inciso segundo del artículo 248 bis a propósito del cohecho. Estas disposiciones señalan:

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

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

En los casos a que se refiere este artículo el juez impondrá la pena de inhabilitación absoluta perpetua para cargos u oficios públicos.

Artículo 248 bis, inciso 2º: Si la infracción al deber del cargo consistiere en ejercer influencia en otro empleado público con el fin de obtener de éste una decisión que pueda generar un provecho para un tercero interesado, se impondrá la pena de inhabilitación absoluta para cargo u oficio público, perpetua, además de las penas de reclusión y multa establecidas en el inciso precedente.

i. Razón de ser del delito

Como se señaló anteriormente, el delito de tráfico de influencias ha sido incorporado en nuestra legislación mediante la publicación de la Ley N° 19.645, que incorpora el artículo 240 bis y un inciso segundo al artículo 248 bis, ajustándose de esta manera a la Convención Interamericana contra la

⁸⁵ VERA VEGA, JAIME: “El delito de tráfico de influencias”, Op. Cit. Pág. 94.

Corrupción y a las nuevas modalidades de corrupción que son reconocidas por la doctrina. La tipificación de este delito constituye uno de los mecanismos adoptados por el Ordenamiento para hacer frente al fenómeno de la corrupción en el ámbito de la Administración. Se busca con su tipificación que el empleado público actúe con probidad, imparcialidad y eficacia en la toma de decisiones, guiado siempre por el interés general y no por su interés económico particular.

ii. Bien jurídico

Teniendo por reproducidas las diversas posturas analizadas respecto al bien jurídico protegido por el delito de negociaciones incompatibles, cabe ahora señalar que, al no ser el tráfico de influencias un delito autónomo, sino una modalidad especial de realización del delito de negociaciones incompatibles y de cohecho, es que el bien jurídico protegido por el delito de tráfico de influencias, es el mismo de ambas modalidades delictivas, es decir “El *correcto funcionamiento de la función pública*, esto es, la función de prestación a los ciudadanos y el cumplimiento de los criterios objetivos correspondientes a los fines del Estado social y democrático de Derecho. En particular, ello se concreta en los principios de *objetividad, imparcialidad y eficacia* que informan la actuación de las Administraciones Públicas.”⁸⁶ Con esto se busca, que la función pública se ejerza en estricto respeto a los principios de objetividad, eficacia e imparcialidad, especialmente en aquellas tareas que implican tomas de decisiones, sin que exista influencia en el proceso decisorio.⁸⁷

Precisa Rodríguez y Ossandón que “En el delito de tráfico de influencias no se pretende cautelar el contenido concreto de una decisión, como sucede en los delitos de prevaricación, sino *el procedimiento* por el cual se llega a ella, en cuanto no resulta admisible introducir en la motivación del funcionario decisor aspectos ajenos a los intereses públicos, que deben ser los únicos ingredientes de su análisis.”⁸⁸

⁸⁶RODRÍGUEZ Y OSSANDÓN: “*Delitos Contra La Administración Pública*”. Op. Cit. Pág. 363.

⁸⁷En el mismo sentido, AGULAR ARANELA: “*Delitos contra la Probidad Administrativa*”. Pág.62; VERA VEGA, JAIME: “*El delito de tráfico de influencias*”, Op. Cit. Pág. 88; CUGAT MAURI, MIRIAM: “*De la desviación del interés general y el tráfico de influencias.*” Op.Cit. pág. 103.

⁸⁸ *Ibidem*. Pág.364.

iii. Elementos del tipo

- Elementos objetivos del tipo

A. El interés

El interés buscado por el agente que ejerce la influencia puede ser directo o indirecto, lo que implica que él mismo resulte beneficiado o un tercero a su nombre. Asimismo, puede otorgar utilidad a su cónyuge, o también a alguno de los parientes o terceros que considera el inciso tercero y final del artículo 240 del Código Penal. El interés, debe tener una naturaleza patrimonial y pecuniaria.⁸⁹

B. El contrato u operación

Puede ser de cualquier clase, siempre y cuando su contenido sea económico y generador de obligaciones.⁹⁰

C. Acción típica

Para que se configure este delito el sujeto activo debe *ejercer influencias* sobre otro empleado público, para lograr una decisión beneficiosa a su favor o de otra persona descrita en el tipo. En el ámbito penal la expresión influir se ha entendido como “incidir en el proceso motivador que conduce a un funcionario o autoridad a adoptar una decisión en un asunto relativo a su cargo.”⁹¹ Cabe preguntarse, ¿Cualquier clase de influencia tipifica la conducta del tráfico de influencias? La respuesta es negativa, ya que “El influjo debe operar por *prevalimiento*, al igual que en el estupro homónimo. En efecto, no resulta apropiado ni legítimo penalizar la mera recomendación o sugerencia, pues se trata de una práctica, bastante habitual por lo demás, que aunque sea inmoral y rechazable no afecta directamente o no tiene por qué afectar a la decisión que se adopte. Su misma difusión denota, a veces, la licitud de utilizarla: ¡pero si hasta en los reglamentos de más de algún programa de posgrado, nuestras Universidades –y hablo de las serias– solicitan a los interesados que presenten una o varias “cartas académicas de recomendación”, como presupuesto para adoptar una decisión justa a la hora de inscribirles!”⁹² Se necesita para configurar la conducta típica, el ejercicio de una mayor

⁸⁹ SERRANO GÓMEZ, ALFONSO. SERRANO MAILLO, ALFONSO: “Derecho Penal. Parte Especial.”, Ed. Dykisson, Madrid, España, 2006, pág. 818.

⁹⁰ AGUILAR ARANELA: “Delitos contra la Probidad Administrativa”. Op.Cit. Pág.63;

⁹¹ RODRÍGUEZ Y OSSANDÓN: “Delitos Contra La Administración Pública”. Op. Cit. Pág. 372. Los autores siguen a Muñoz Conde, quien otorga dicho significado a la expresión influir. MUÑOZ CONDE: “Derecho Penal. Parte Especial” pág.478.

⁹² GUZMÁN DALBORA, Reseña de “Delitos contra la función pública. El Derecho penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial” Revista Chilena de Derecho, vol. 32 N° 3, Universidad de Antofagasta, Chile, 2005, pág. 579- 595.

presión sobre la voluntad del funcionario público, de manera que afecte su libertad en la formación de su voluntad, sin que llegue a anular la misma.

Si bien el tipo del artículo 240 bis precisa que el sujeto activo debe ser un funcionario público, no le exige a éste, ninguna calidad, competencia o superioridad especial respecto del otro funcionario sobre el cual va dirigida la influencia. Pese a lo anterior, el tipo debe interpretarse de manera restrictiva, circunscribiendo la relevancia típica a los supuestos en que el funcionario público ha ejercido una influencia aprovechándose o prevaliéndose de su función, de su relación jerárquica o de su relación personal con el empleado que debe adoptar la decisión. Es decir, “El ejercicio de influencias sólo adquiere relevancia penal cuando se hace uso de prevalimiento o abuso.”⁹³ Este es un requisito esencial del tipo, ya que si no existe alguna forma de prevalimiento por parte del sujeto activo, la conducta podría ser calificada como una mera recomendación o sugerencia, sin tener relevancia jurídica penal.⁹⁴

Por lo anterior, cabe concluir además, que por tratarse de un delito de mera actividad o formal sólo admite castigo en grado consumado, puesto que no requiere un resultado posterior o perjuicio. Además es un delito de peligro abstracto, ya que se consuma con independencia a que la decisión llegue a adoptarse (no es necesario que se ejecute ningún hecho en concreto por la persona sobre la que recaen las influencias⁹⁵) y desde el momento que se ha ejercido la influencia en el funcionario público llamada a tomarla en beneficio propio o de algún tercero señalado por la ley.⁹⁶

D. Carácter de la decisión

El delito de tráfico de influencias se comete cuando un funcionario ejerce su predominio sobre otro para obtener de éste una decisión favorable a sus intereses o a los intereses de las personas individualizadas en la noma del artículo 240 bis, o una decisión que pueda generar un provecho para un tercero interesado como lo precisa el artículo 248 bis. Ambos tipos no señalan nada acerca de la adecuación o legalidad de esa

⁹³ RODRÍGUEZ Y OSSANDÓN: “*Delitos Contra La Administración Pública*”. Op. Cit. Pág. 373.

⁹⁴ Como se señala en la sentencia del Juzgado de Garantía de Temuco, 20 de junio del 2009, RIT 58-2009 – RUC 0800412441-K, en BALMACEDA HOYOS, Gustavo “*Los delitos funcionariales en la jurisprudencia*”, Legal Publishing, Santiago, Chile, año 2013, Ficha numero 74, Pag. 445 “... del conjunto de los testimonios y documentación quedó establecido que la solicitud de extracción de áridos presentada por la empresa del hijo de la alcaldesa de Padre Las Casas cumplió prolijamente con todos y cada uno de los trámites que exige la reglamentación municipal y no hubo antecedentes serios y categóricos que demostraran que la acusada se haya prevalido de su cargo ejerciendo influencias sobre los directivos municipales para dar la aprobación a la solicitud de su hijo”.

⁹⁵ SERRANO GÓMEZ, ALFONSO. SERRANO MAILLO, ALFONSO: “*Derecho Penal. Parte Especial.*”, Op. Cit. Pág. 817.

⁹⁶ AGULAR ARANELA: “*Delitos contra la Probidad Administrativa*”. Op.Cit. Pág.65.

decisión, que podría admitir un triple carácter: 1) decisión adecuada a Derecho, 2) decisión no adecuada a Derecho pero no prevaricadora y 3) decisión prevaricadora o manifiestamente injusta.⁹⁷

En el caso de una resolución manifiestamente injusta, “Es indudable que se cumplen los requisitos del tipo. Más aún, puede advertirse que se produce aquí un concurso con el delito de inducción a la prevaricación. Aparentemente, la figura de tráfico de influencias, prevalecería sobre la anterior por su mayor gravedad y especificidad. Sin embargo, parece más correcto establecer un concurso ideal entre ambos delitos, por tratarse de una sola acción que no queda comprendida totalmente en uno de los tipos (el tráfico de influencias no comprende el desvalor de la injusticia de la resolución).”⁹⁸

Cuando la decisión no es adecuada a Derecho pero no es prevaricadora, quedaría igualmente consumado el delito de negociaciones incompatibles o cohecho mediante tráfico de influencias. Es conveniente incluir estos supuestos en el ámbito típico, porque restringir el tráfico de influencias sólo a la provocación de decisiones claramente prevaricadoras supondría restar eficacia a estos nuevos delitos de una forma muy considerable, puesto que sólo se consideran como prevaricadoras las decisiones abiertamente desviadas o arbitrarias. Cuando existen ilegalidades de poca relevancia o desviaciones procedimentales, el recurso a la prevaricación puede considerarse exagerado por lo leve de la infracción, pero no así la punición de la presión ejercida sobre el funcionario para que altere la objetividad de la Administración.⁹⁹

Ahora bien, si la decisión constituye una resolución lícita, “Estas quedan fuera del ámbito de la tipificación del delito de tráfico de influencias, pues su dictación no constituye un riesgo intolerable para la imparcialidad de la función pública, de manera que su consideración constituiría un atentado contra el principio de lesividad e intervención mínima.”¹⁰⁰

E. Sujeto Activo

El sujeto activo del delito previsto en el artículo 240 bis del Código Penal es el funcionario público definido en el artículo 260 del mismo Código.

⁹⁷RODRÍGUEZ Y OSSANDÓN: “*Delitos Contra La Administración Pública*.” Op. Cit. Pág. 378.

⁹⁸ Ibídem, Pág. 378.

⁹⁹ Ibídem, Pág. 378-379.

¹⁰⁰VERA VEGA, JAIME: “*El delito de tráfico de influencias*”, Op. Cit. Pág. 133. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ Y OSSANDÓN: “*Delitos Contra La Administración Pública*”, Op. Cit. Pág. 379-381; AGULAR ARANELA: “*Delitos contra la Probidad Administrativa*”. Op.Cit. pág. 64; CUGAT MAURI, MIRIAM: “*De la desviación del interés general y el tráfico de influencias*” Op. Cit. Pág. 212.

Pueden asumir el rol de sujeto activo en el delito de tráfico de influencias, todos quienes forman parte de las distintas reparticiones de la Administración, los miembros del Poder Judicial y los parlamentarios. “Sin embargo, no podemos olvidar dos circunstancias surgidas a propósito de la estructura típica del artículo 240 bis: A) resulta indispensable que el funcionario *se interese* (tome o dé interés) en un contrato u operación en que deba intervenir otro funcionario, lo cual delimita las posibilidades de ejercicio de influencias, pues las reduce únicamente a este supuesto; y B) cuando el funcionario se interesa *indirectamente* en el contrato u operación, esto trae aparejada la intervención de un tercero, quien no necesariamente debe ser un funcionario público en los términos del artículo 260.”¹⁰¹

No se considera como sujeto activo al particular que directamente ejerce influencias para obtener un beneficio ilícito de la función pública.

F. Sujeto Pasivo

Al igual que en el tipo de negociaciones incompatibles, el sujeto pasivo de la conducta es el Estado. Sin embargo, como este es un ente colectivo que vela por el bien común, la consumación del tráfico de influencias, consideramos que también afecta a los ciudadanos.

G. Objeto Material

El objeto material del delito de tráfico de influencias, es decir, la persona sobre quien recae el ejercicio de influencias, es otro funcionario o empleado público que interviene en un contrato u operación propia de su cargo.

- Faz subjetiva del tipo

El tipo del artículo 240 bis sólo admite comisión dolosa. Requiere dolo directo, atendiendo a que el sujeto activo actúa con prevalimiento para influir en la toma de decisión del otro empleado público, descartándose de esta forma, su comisión con dolo eventual o culpa. Esta figura, exige además del dolo, un elemento subjetivo del tipo, ya que debe existir en el sujeto activo el deseo de obtener con el tráfico de influencias una decisión favorable a sus intereses, o de las personas vinculadas con aquél en la forma que la

¹⁰¹ VERA VEGA, JAIME: “El delito de tráfico de influencias”, Op. Cit. Pág 138.

norma señala. Es decir, la conducta del autor está guiada por una voluntad paralela al dolo, la cual tiene un carácter eminentemente económico.¹⁰²

iv. Penalidad

Se castiga con las mismas penas de la negociación incompatible, esto es, con reclusión menor en su grado medio, inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos u oficios públicos en sus grados medio a máximo y multa de diez al cincuenta por ciento del valor del interés que hubiere tomado en el negocio.

Además, el artículo 240 bis le entrega la facultad al juez de agravar la pena con inhabilitación absoluta perpetua para cargos u oficios públicos.

4. Cuestiones comunes a ambos delitos

Iter criminis

En el caso de negociaciones incompatibles por el hecho de ser un delito de mera actividad no se admite tentativa ni frustración¹⁰³.

En cuanto al tráfico de influencias aquí se tipifica una consumación anticipada, adelantando las barreras de protección sin exigir un resultado separable espacio-temporalmente de la acción, no se admite el delito frustrado. En cuanto la conducta de influir puede fragmentarse, sí podría concebirse un supuesto de tentativa.¹⁰⁴

¹⁰² En este sentido, VERA VEGA, JAIME: *“El delito de tráfico de influencias”*, pág. 128-130 y AGULAR ARANELA: *“Delitos contra la Probidad Administrativa”*. Op.Cit. pág. 54-65.

¹⁰³ GARRIDO MONT, MARIO: *“Derecho Penal. Parte Especial”* Op. Cit. Pág. 458 y VILLADA, JOSÉ LUIS: *“Delitos contra la función Pública. Concordado con Códigos Latinoamericanos.”*, Op. Cit. Pág. 460.

¹⁰⁴ RODRÍGUEZ Y OSSANDÓN: *“Delitos Contra La Administración Pública”*. Op. Cit. Pág. 429.

CAPÍTULO III

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL SOBRE LOS DELITOS DE NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES Y TRÁFICO DE INFLUENCIAS: CULPABILIDAD. ERROR DE PROHIBICIÓN. PARTICIPACIÓN Y COMUNICABILIDAD O NO DEL TÍTULO DE IMPUTACIÓN. CONCURSOS.

1. COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

1.1 Culpabilidad y error de prohibición

El funcionario que interviene en el contrato u operación, al igual que aquel que ejerce influencia debe actuar en conocimiento de los elementos objetivos del tipo, es decir, como señala Garrido Montt el funcionario debe saber y querer participar directa u oblicuamente en el contrato u operación de que se trate, por lo tanto el empleado debe actuar con conocimiento que su actuar es desviado y con conciencia de antijuridicidad, lo mismo en el tipo de tráfico de influencias en el cual el funcionario público debe ejercer influencias sobre otro funcionario público.¹⁰⁵

Se entiende que el funcionario que perpetre estos delitos debe tener conocimiento que participa en estos, con plena conciencia de la antijuridicidad o ilicitud que presenta su acto, en este sentido se acepta en estos tipos penales el error prohibición invencible como causal de exculpación, ya que por las características extremadamente artificiosas de ambos tipos penales, sus peculiaridades, límites y significados escapan a veces a la inteligencia de juristas avezados, y cuya existencia es incluso ignorada por letrados y funcionarios.¹⁰⁶ Como sucede, en el caso de un profesional no calificado que desempeña un cargo de elección popular, no se le puede sancionar por el hecho de actuar en contra de una norma de la que por sus dificultades, tanto prácticas como teóricas no tenía pleno conocimiento o no comprendía del todo lo que esta significaba, no actuando éste ni con la más mínima conciencia de ilicitud. Un ejemplo de lo dicho anteriormente se puede observar en caso que un Alcalde de una pequeña localidad requiere adquirir

¹⁰⁵ GARRIDO MONT, MARIO: “*Derecho Penal, Parte Especial*.” Op. Cit. Pág. 458.

¹⁰⁶ POLITOFF LIFSCHITZ, SERGIO; MATUS ACUÑA, JEAN PIERRE; RAMÍREZ G, MARÍA CECILIA: “*Lecciones de derecho penal chileno. Parte especial*”. Op. Cit. Pág. 501

materiales para construir y el único establecimiento de la localidad es de su propiedad o es de propiedad de alguna de las personas mencionadas en artículo 240.¹⁰⁷

Por lo señalado anteriormente, y en cuanto a la faz negativa de la culpabilidad de ambos delitos existe pleno reconocimiento jurisprudencial acerca del efecto exculpante del error de prohibición invencible, fundada en las dificultades que existen para captar la significación jurídica de determinadas actuaciones. En el caso de las negociaciones incompatibles existe pleno reconocimiento jurisprudencial acerca del efecto exculpante del error de prohibición invencible, fundado en las dificultades que aún para los funcionarios existen para captar la significación jurídica de determinadas actuaciones.¹⁰⁸ Según este mismo criterio falló el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santa Cruz al dictar sentencia condenatoria en causa RUC 0810026007-8, señalando que se acepta que este delito se puede exculpar con el error de prohibición porque tiene especial cabida en esta figura. Pese a que el Tribunal acepta la posibilidad del exculpante, condena al acusado, ya que para aplicar el error de prohibición invencible debe existir una real falta de conciencia de la ilicitud del acto, así la sentencia señala “de manera que quien carece de conciencia de la ilicitud porque ha desaprovechado tal posibilidad, no puede beneficiarse con la excusante.”¹⁰⁹ En este mismo sentido la sentencia dictada por el Juzgado de Garantía de Temuco el 20 de junio del año 2009 en causa RIT 58-2009¹¹⁰ que condena a la Alcaldesa de Padre Las Casas al desechar el Tribunal el argumento de la defensa de haber actuado en error de prohibición, ya que se entendió que tenía claridad de la ilicitud al contar con asesoría legal y tiene un título profesional, señala que “puede afirmar que incurre en error de prohibición aquel sujeto que cree estar obrando conforme a derecho, aunque en realidad realiza una acción típica y antijurídica, o sea, aquel que tiene de la ilicitud de su actuar, no necesariamente de su punibilidad”.

1.2 Participación y comunicabilidad o no del título de imputación

El título V del Código Penal tiene por título “De los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos.” Sin embargo, y aunque estos delitos están agrupados según el funcionario público que comete el ilícito, no hay un concepto que permita unificar la figura del sujeto activo como éste título lo pretende. En cuanto a los factores que permiten justificar la sanción de

¹⁰⁷ POLITOFF LIFSCHITZ, SERGIO; MATUS ACUÑA, JEAN PIERRE; RAMÍREZ G, MARÍA CECILIA: *“Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial”*. Op. Cit. Pág. 501

¹⁰⁸ RODRÍGUEZ Y OSSANDÓN: *“Delitos Contra La Administración Pública”*, Op. Cit. Pág. 426.

¹⁰⁹ CURY U, ENRIQUE, *“El estado actual de la doctrina y jurisprudencia nacionales en torno a los problemas del error prohibición”*, artículo contenido en el libro *“Delito, pena y proceso”*, Editorial Jurídica de Chile, 2008, Pag. 240, BOBADILLA GÓMEZ, VICTOR: Revista Jurídica del Ministerio Público n° 52, Sección anticorrupción, sentencias comentadas Pag. 51 Y SSN: 0718-6479 septiembre del 2012.

¹¹⁰ Juzgado de Garantía de Temuco, 20 de junio del 2009, RIT 58-2009 – RUC 0800412441-K, en BALMACEDA HOYOS, Gustavo *“Los delitos funcionariales en la jurisprudencia”*, Legal Publishing, Santiago, Chile, año 2013, Ficha numero 74, Pag. 445

estos delitos cometidos por quien ostenta la calidad de funcionario y en su caso el mayor desvalor atribuido a la intervención suya (cuestión criticada), se cuenta el que los actos realizados por un agente estatal afectan a la Administración Pública y que de su ejecución normalmente importa un abuso de poder o el aprovechamiento de ciertas ventajas.

Según lo señalado anteriormente la gran mayoría de los delitos que atentan contra la función pública se configuran como delitos especiales, ya sean propios o impropios, es decir, delitos que requieren que concurra una calidad especial en el sujeto activo que ejecuta la conducta¹¹¹ y si bien la mayor parte de estos delitos es asumida por un funcionario público, las dificultades surgen para determinar los elementos del tipo que deben concurrir en las conductas del autor y en la del partícipe, el título de castigo por el que se puede sancionar a cada uno, el cuántum de la pena a imponer en un delito especial sin que en él concurren las condiciones personales exigidas para el autor, etc.¹¹² Por lo que cabe preguntarse ¿Qué ocurre cuando interviene en la comisión de estos delitos como coautor o partícipe un particular, un individuo que no reúne la calidad especial exigida por el tipo?

En el caso en comento hay que determinar si este tercero que participa en el delito de negociaciones incompatibles y tráfico de influencias, ambos delitos especiales propios, y que no posee la calidad de funcionario público va a ser castigado conforme al mismo título de imputación de los empleados públicos, supuesto en el cual se habla de comunicabilidad del tipo, o en caso contrario si este particular debe quedar impune o bien debe ser sancionado pero conforme a un título distinto, casos en los que se habla de incomunicabilidad.

Al ser delitos especiales propios no se contempla un tipo alternativo para los casos en que la conducta sea cometida por un particular, por lo que el particular quedaría impune de no adoptarse la postura de la comunicabilidad. “Como nuestro ordenamiento no ofrece una solución directa ni admite la aplicación de una atenuante analógica, en el caso de los delitos especiales propios sólo queda optar entre la impunidad de la intervención del partícipe, o castigarlo con la misma severidad con que se sanciona al autor en quien concurre la calidad personal que fundamenta el injusto penal, aun cuando ello suponga un tratamiento desigual en relación con el que se le da al *extraneus* en un delito especial impropio”.¹¹³

¹¹¹ RODRÍGUEZ Y OSSANDÓN: “*Delitos Contra La Administración Pública*”, Op. Cit. Pág. 126.

¹¹² *Ibidem*, Pág. 127.

¹¹³ *Ibidem*, 129.

El Código Penal chileno no resuelve los elementos del tipo de índole personal, aunque sí contempla una fórmula aplicable a las circunstancias modificatorias de la misma índole. En este sentido el artículo 64 dispone que las circunstancias atenuantes o agravantes personales “servirán para atenuar o agravar la responsabilidad de sólo aquellos autores, cómplices o encubridores en quienes concurren”, consignando de este modo la regla de la incommunicabilidad de las circunstancias modificatorias de índole personal.¹¹⁴

La posición mayoritaria de la doctrina¹¹⁵ distingue, para efectos de la solución a aplicar, entre delitos especiales propios e impropios. En el primer caso se trata de aquellos delitos en que la calidad especial exigida por el tipo es determinante de la ilicitud y los segundos son aquellos en que la calidad especial exigida por el tipo sólo es determinante de un trato más severo o más benigno.¹¹⁶ En el caso del delito especial impropio existe siempre un tipo paralelo más benigno para aplicar a la persona en quien no se da la calidad exigida en la figura especial, ya que esta última resulta como agravante siendo perfectamente aplicable la regla del artículo 64. Mientras que en los delitos especiales propios, no existe un título de castigo paralelo, de manera que no resulta aplicable la regla de la incommunicabilidad contemplada en dicho artículo, estimándose que es admisible plantear respecto de ellos la comunicabilidad de la condición especial.¹¹⁷

La jurisprudencia ha adoptado la tesis de la comunicabilidad, así en la sentencia ROL 56136-1999 dictada por la I. Corte de Apelaciones de Santiago, en la cual se considera a dos particulares como autores del delito de negociaciones incompatibles quienes concertaron con otros funcionarios acciones tendientes en definitiva a obtener para sí comisiones o gratificaciones derivadas del comercio de metales entre el estado y particulares.¹¹⁸ Lo que pretende esta solución es no dejar impune a un particular que interviene y que no tiene la calidad especial exigida por el tipo en los delitos especiales propios. Sin embargo, esta postura consideramos que no es del todo adecuada, rigiéndonos en esta opinión por el principio de legalidad y que en estos casos el deber cuyo quebrantamiento fundamenta el injusto del hecho incumbe sólo a quienes

¹¹⁴ RODRÍGUEZ Y OSSANDÓN: “*Delitos Contra La Administración Pública*”, Op. Cit. pag. 127-128

¹¹⁵ Postura defendida por Etcheberry, Grisolia, Politoff, Bustos, Labatut, Concha y entre los más recientes Politoff/Matus/Ramirez Y Vargas; según BALMACEDA HOYOS, GUSTAVO: “*Comunicabilidad de la calidad del sujeto activo en los delitos contra la función pública. especial referencia a la malversación de caudales públicos y al fraude al fisco*”, Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, Año 19- N°2, 2012, Pág. 65 y RODRÍGUEZ Y OSSANDÓN: “*Delitos Contra La Administración Pública*”. Op. Cit. Pág. 129

¹¹⁶ En este sentido RODRÍGUEZ Y OSSANDÓN: “*Delitos Contra La Administración Pública*”, Op. Cit. Pág. 127 y BALMACEDA HOYOS, GUSTAVO “*Comunicabilidad de la calidad del sujeto activo en los delitos contra la función pública. especial referencia a la malversación de caudales públicos y al fraude al Fisco*”. Op. Cit. Pág. 65

¹¹⁷ RODRÍGUEZ Y OSSANDÓN: “*Delitos Contra La Administración Pública*”. Op. Cit. Pág. 129.

¹¹⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de octubre del 2013, causa ROL 56136-1999, Santiago, Chile.

ostentan una determinada cualidad personal,¹¹⁹ siendo esta postura de comunicabilidad extensiva en cuanto a su interpretación, ya que el tipo señala expresamente que el sujeto activo es el funcionario público y se debe entender por tal aquel que define el artículo 260, tomando en consideración que además, quien es más propenso de afectar la probidad administrativa son los funcionarios públicos por la especial relevancia que reviste su cargo, y no los particulares sobre los cuales no existe una infracción del deber específico de autor. En estos casos quizás la solución más acorde sería descartar el castigo del *extraneus* por su intervención, ya que según lo fundamentado anteriormente a él no le alcanzará la norma de conducta presupuesta en el tipo, ya que a diferencia de los delitos especiales impropios en estos existe un tipo paralelo que serviría como título de imputación suficiente para sancionar a aquel en que no concurre la calidad especial exigida por el tipo, en la medida en que hubiere configurado su ámbito de organización de un modo deficiente que afecte al bien jurídicamente protegido.¹²⁰ En este mismo sentido Cury señala que en los delitos de infracción de un deber, sólo puede ser autor el *intraneus*, esto es, aquel a quien incumbe el deber mediante cuyo quebrantamiento se da origen a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico respectivo; y ello prescindiendo de si cuenta o no con el dominio del hecho. A su vez el *extraneus* será siempre sólo un partícipe, aunque en el caso concreto tenga en sus manos el señorío de la acción¹²¹.

Sin embargo, para algunos esta alternativa resulta un tanto insatisfactoria, ya que en los delitos especiales propios seguir esta alternativa significaría la impunidad de la conducta que es merecedora de pena al afectar al bien jurídico señalado, es decir afecta al buen funcionamiento de la administración¹²². Entendemos que este argumento es aceptable para otros delitos que afecten a la administración mediante un resultado concreto. Sin embargo, en cuanto a los dos tipos delictivos analizados no producen realmente una lesión al bien jurídico por ser delitos de mera actividad y por lo tanto, no consideramos que se justifique el hecho de penar a un particular, porque en primer lugar, no tiene esta calidad especial de funcionario público y por lo tanto, no está llamado a actuar por el bien común, por lo mismo, no le es reprochable actuar por intereses propios, siendo esta última modalidad completamente legítima para un particular, y en segundo lugar, porque este tercero involucrado al interesarse o ejercer influencias no implica que la Administración se vea afectada, ya que requiere que ocurran otros actos para que se configure un real daño a la Administración.

¹¹⁹ CURY URZÚA, ENRIQUE: “*Derecho Penal. Parte General*”, Ediciones Universidad Católica de Chile, octava edición, Santiago, Chile, 2005. Pág. 616.

¹²⁰ RODRÍGUEZ Y OSSANDÓN: “*Delitos Contra La Administración Pública*”. Op. Cit. Pág. 135.

¹²¹ CURY URZÚA, ENRIQUE: “*Derecho penal. Parte general*”, Op. Cit. Pág. 617

¹²² *Ibidem*, Op. Cit, Pag. 136

1.3 Concurso de Delitos

Respecto al delito de negociaciones incompatibles, cuando se comete por un mismo hecho en conjunto con el delito de fraude al Fisco y con malversación, por el hecho de ser éste un delito de mera actividad ha sido entendido por la jurisprudencia que se encuentra en un concurso medial con los delitos antes nombrados.¹²³ En sentencia dictada por la Corte Suprema con fecha 4 de diciembre del 2012 causa ROL N° 496-11 se señala que, “En nuestra legislación se han dado en llamar los tres tipos de concursos existentes, el real, medial e ideal [...] Luego, está el medial, una especie de concurso real, desde que en ambas categorías existe pluralidad de acciones, pero que en este caso no son independientes entre sí, sino que una es considerada el medio necesario para la comisión de la otra, a la que el artículo 75 del texto legal citado, ordena imponer la pena mayor asignada al delito más grave [...] Que, en el presente caso, resulta de toda evidencia que se está en presencia de un concurso medial, en que un grupo de delitos ha sido también el medio necesario para cometer los otros. No ante un único hecho aislado, sino que ante pluralidad de los mismos en relación de medio a fin, que son a su vez cada uno constitutivos de diferentes tipos penales, como son los delitos de cohecho con los de negociación incompatible y de éste con el de fraude al fisco.”¹²⁴ Tuvo esta misma consideración el Tribunal de Garantía de Copiapó en sentencia 6 de noviembre del 2006 RIT 5888-2006 en la cual indica que “Los hechos descritos y que se tuvieron por acreditados configuraron la figura típica del delito de negociación incompatible, previsto y sancionado en el artículo 240 del CP, en concurso medial con el ilícito de fraude al fisco, previsto y sancionado en el artículo 239 del CP, perpetrados por el sujeto N° 1 y 2, en calidad de coautores por tres hechos, entre los años 2004 y 2005.”¹²⁵

Según lo anterior, se puede dar por establecido que el criterio utilizado por la jurisprudencia en relación al concurso que existe entre el delito de negociaciones y el delito de fraude al Fisco o de malversación es un concurso medial, ya que en ambos delitos a diferencia de lo que ocurre con el delito de negociaciones incompatibles y con el tráfico de influencias se requiere para su consumación un resultado dañoso y una real afectación al bien jurídico.¹²⁶

¹²³Corte Suprema con fecha 4 de diciembre del 2012 causa Rol N° 496-11 en <http://www.i-juridica.com/2015/04/04/suprema-496-2011-cohecho-pasivo-bien-jur%C3%ADdico-prottegido-alcance-de-la-expresi%C3%B3n-con-infracci%C3%B3n-a-los-deberes-de-su-cargo/>; Tribunal de Garantía de Copiapó en sentencia 6 de noviembre del 2006 RIT 5888-2006 RUC 0600705814-2; sentencia dictada por el Tribunal de juicio oral en lo penal de Santa Cruz con fecha 20 de marzo del 2012 causa ROL 46-2011, RUC 0810026007-8 en BALMACEDA HOYOS, GUSTAVO: “*Los delitos funcionariales en la jurisprudencia*”, Legal Publishing, Santiago, Chile, 2013, Ficha número 149.

¹²⁴ Corte Suprema, causa ROL N° 496-1, 4 de diciembre de 2012.

¹²⁵ Tribunal de Garantía de Copiapó, RIT 5888-2006, 6 de noviembre del 2006.

¹²⁶ VILLADA, JOSÉ LUIS: “*Delitos Contra La Función Pública. Concordado Con Códigos Latinoamericanos*” Op. Cit. 460.

Otro concurso que se puede presentar respecto al delito de negociaciones incompatibles, en relación al delito de nombramiento ilegal, es el llamado concurso aparente de leyes penales. En sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santa Cruz, con fecha 20 de marzo del 2012 en causa ROL 46-2011, RUC 0810026007-8 se hace referencia a un concurso aparente de leyes penales que puede ocurrir entre el delito de negociaciones incompatibles y el delito de nombramiento ilegal, a criterio del Tribunal y porque el tipo del artículo 240 encasilla de mejor manera las conductas descritas, no compartió el argumento de la defensa sobre la calificación jurídica referida al delito de nombramiento ilegal, procediendo a delimitar ambos tipos penales. Señala el Tribunal que la conducta se ajusta al artículo 240 de negociaciones incompatibles por su especialidad del bien jurídico protegido. En efecto, es ésta norma la encaminada a velar por la correcta Administración Pública, y en este sentido, proscribe introducir en la motivación del funcionario decisor aspectos ajenos a los intereses públicos. Como señaló el Fiscal, en el artículo 240 se señalan también las personas que quedan incluidas en su regulación y los vínculos que dan lugar a ellas, con mayor precisión, correspondiendo a las inhabilidades contenidas en la legislación especial para el ingreso a la Administración Pública, siendo normativa especial que por lo mismo debe prevalecer. En cambio el artículo 220 apunta a verificar que la persona designada no incurra en alguna de las inhabilidades legales, conteniendo un reproche menor, justificado porque no se cumplen requisitos formales. Además, sostiene el Tribunal que doña María Corbalán obtuvo el cargo mediante un contrato de trabajo y decreto alcaldicio y no mediante un nombramiento o designación.¹²⁷

Si el delito de negociaciones incompatibles trajera aparejado un enriquecimiento al funcionario, sin perjuicio para el patrimonio de la Administración, concurriría un concurso ideal con el delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos.¹²⁸

Respecto al tráfico de influencias, el tipo requiere que el sujeto actúe con una finalidad específica independiente del dolo exigido por el tipo, que es la de obtener una decisión favorable para sus intereses. Aunque legalmente no se hace esta distinción, la doctrina entiende que queda excluida del tipo la conducta que ejerce influencia para obtener una decisión justa, pues no resultaría afectado el bien jurídico al menos no para aplicar la sanción que este artículo prevé. Ahora, tampoco es necesario que la resolución que se adopte sea constitutiva del delito de prevaricación basta con que se aparte de la legalidad. En este sentido habría un

¹²⁷ Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santa Cruz, en causa ROL 46-2011, RUC 0810026007-8, 20 de marzo del 2012

¹²⁸ VILLADA, JOSÉ LUIS: “*Delito contra la función pública. Concordado con Códigos Latinoamericanos.*” Op. Cit. Pág. 460.

concurso aparente de leyes penales entre ambos delitos, de tráfico de influencias y prevaricación administrativa del artículo 228.¹²⁹

Se puede también llegar a pensar que existe concurso de leyes penales entre el delito de tráfico de influencias con el de cohecho o negociaciones incompatibles. Sin embargo, no existe tal concurso entre estos delitos, ya que el tráfico de influencias no es un delito autónomo sino una forma mediante la cual se comete el delito de negociaciones incompatibles y el cohecho, ambos previstos y sancionados en los artículos 240 y 248 bis, respectivamente, del Código Penal.

¹²⁹ RODRÍGUEZ Y OSSANDÓN: “*Delitos Contra La Administración Pública*”. Op. Cit. Pág. 415

CAPÍTULO IV:

POLÍTICA CRIMINAL. NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES Y TRÁFICO DE INFLUENCIAS COMO TIPOS PRESCINDIBLES.

Valoración político criminal

Es en este sector del Derecho Penal en donde con mayor frecuencia se han planteado la necesidad de despenalizar ciertas conductas que hoy se consideran delitos. Es cierto que la corrupción causa muchos efectos negativos y que es necesario erradicarla o mantenerla dentro de límites aceptables pero “Se plantea que la erradicación de las prácticas corruptas en el ámbito de la Administración requiere que los medios para combatirlas sean racionales y eficaces; estimándose que esto último no viene dado por la drasticidad sino por la oportunidad, la practicabilidad y la inmediatez de la reacción ante una situación irregular. Así, es prácticamente unánime el planteamiento según el cual la intervención del Derecho Penal ha de tener carácter subsidiario frente a un espectro muy amplio de acciones preventivas y represivas, entre las que sobresale el ejercicio de la potestad de control –administrativa y jurisdiccional– y de la potestad disciplinaria. A esta conclusión se llega tras comprobar la ineficacia de la sanción penal para luchar en contra de las conductas que se consideran indeseables desde el punto de vista del correcto desempeño de la función administrativa.”¹³⁰

Además, Rodríguez pone de manifiesto que la regulación de esta clase de delitos se encuentra condicionada por la noción de Estado Social y Democrático de Derecho, una de cuyas principales manifestaciones es que los órganos estatales se encuentran al servicio de la persona. De este modo, se considera que la función pública sólo puede ser entendida en razón de la necesidad de satisfacer las aspiraciones de los miembros del cuerpo social; y que los delitos que tienden a su protección, no pueden estar inspirados en la idea de proteger a la Administración en cuanto tal, sino que a ésta en tanto instrumento al servicio de los ciudadanos. Así, se estima que la conducta penalmente relevante es aquella que genera al menos un peligro para el ejercicio o la vigencia de un derecho subjetivo o de una expectativa legítima de una persona frente a la Administración.¹³¹

Las negociaciones incompatibles y el tráfico de influencias son delitos de peligro abstracto que para su consumación ni siquiera se requiere resultado o perjuicio para la Administración o para el patrimonio

¹³⁰ RODRÍGUEZ COLLAO, LUIS: “*La Función pública como objeto de tutela penal*”, Op. Cit. Pág. 335.

¹³¹ *Ibidem*. Pág. 336.

fiscal, siendo su regulación penal, por tanto, alejada a la noción de Estado Social y Democrático de Derecho, ya que su tipificación no exige ni siquiera un resultado dañoso a la Administración, menos a los derechos o expectativas legítimas de los ciudadanos.

Por la gravedad de la corrupción, se ha pretendido justificar la tipificación del tráfico de influencias, apoyados además por la aparente incapacidad de otros mecanismos de control social para prevenir estas conductas. Con todo, este segundo aspecto, el de la necesidad de pena, tampoco parece absolutamente concluyente para legitimar una intervención penal en estos ámbitos. En efecto, en los diversos países en que se ha incorporado a la legislación penal el tipo de tráfico de influencias, la doctrina se ha cuestionado precisamente la necesidad de crear una figura especial para sancionar estas conductas y, en general, se muestra bastante escéptica sobre su verdadera capacidad para prevenir las conductas que se pretenden evitar.¹³² Así Cury, analizando el tráfico de influencias, señala que “Debe destacarse la opinión prácticamente unánime de la doctrina española relativa a la ineficacia práctica de los tipos contenidos en su legislación. Como lo enfatizan todos los autores que se ocupan del tema, se trata de una característica legislación simbólica, que sólo tiende a crear en la comunidad una imagen irreal de preocupación por el tema, pero rara vez se traduce en la adopción de medidas efectivas. Según la ya clásica expresión del Gatopardo, se intenta cambiarlo todo para que todo siga igual...”¹³³

Son además criticables desde la perspectiva de la política criminal los tipos de negociaciones incompatibles y tráfico de influencias, ambos previstos y sancionados en el artículo 240 y el 240 bis con 248 bis, respectivamente, del Código Penal en primer lugar, porque son delitos de mera actividad y peligro abstracto que no requieren para su consumación un resultado, una afectación al bien jurídico. De esta forma, por el sólo hecho de dar interés, tomar interés o bien ejercer influencias no existe una afectación al bien jurídico, por lo tanto, consideramos que no se justifica el merecimiento de pena ni tampoco una tipo penal que castigue estas conductas. En segundo lugar, el trato doctrinal y jurisprudencial que se le ha dado a estos delitos respecto a la participación de particulares, sosteniendo que existe comunicabilidad y por lo tanto, posibilidad de sancionar por negociaciones incompatibles o tráfico de influencias a un particular. Al respecto, no consideramos que se justifique el hecho de penar a un particular que en primer lugar, no tiene esta calidad especial de funcionario público y por lo tanto, no está llamado a actuar por el bien común, por lo mismo, no le es reprochable actuar por intereses propios, siendo esta última modalidad completamente

¹³² RODRÍGUEZ Y OSSANDÓN: “*Delitos Contra La Administración Pública*” Op. Cit. Pág. 363.

¹³³ CURY, ENRIQUE: “*Notas sobre el tráfico de influencias*”, Revista de Ciencia Política, Vol. XVIII, Santiago de Chile, 1996, pág. 104.

legítima para un particular, y en segundo lugar, porque este tercero involucrado al interesarse o ejercer influencias no implica que la Administración se vea afectada, ya que requiere que ocurran otros actos para que se configure un real daño a la administración.

Respecto al delito de negociaciones incompatibles, se ha planteado por algunos autores que “este delito -en el que subyace la idea de evitar la obtención de ganancias por parte del funcionario público en desmedro del erario público- presenta una dudosa legitimidad al tratarse de un adelantamiento de las barreras de punibilidad a una suerte de sospecha de un eventual y más bien futuro fraude, donde ante la falla de los mecanismos de control que deben operar ex ante, se establece por el legislador la sanción penal donde surge la pregunta si este tipo de conductas conforme a los principios de trascendencia y lesividad que informan el Derecho Penal importan efectivamente una conducta merecedora de una sanción penal.”¹³⁴ Además se ha señalado que este delito careció siempre de toda utilidad práctica, tanto desde el punto de vista de la prevención general, positiva y negativa, cuando desde la prevención especial, como lo demuestra el hecho de que nuestra jurisprudencia al igual que la española y a diferencia de la italiana, no registra absolutamente ningún caso de verdadera trascendencia. Y no lo registra, no porque no hayan existido casos de funcionarios que se “se interesaran” –al menos, en algún sentido posible de la expresión- en las negociaciones a su cargo, sino porque es lo característico de un estilo de pensamiento dogmático que prescinde de las consecuencias; modelo que no se corresponde con la apertura a las ciencias sociales que la dogmática ha registrado a partir de los últimos años de la década pasada, por la fuerte presión ejercida, precisamente, por las ciencias empíricas.¹³⁵ En último lugar, es criticable la existencia del delito de negociaciones incompatibles porque la doctrina considera que su tipificación no es más que una forma de castigar criminalmente la mera sospecha de haberse producido una malversación.¹³⁶

Respecto al delito de tráfico de influencias, cabe reiterar que se ha tratado de justificar su tipificación “Apoyados además por la aparente incapacidad de otros mecanismos de control social para prevenir estas conductas. Con todo, este segundo aspecto, el de la necesidad de pena, tampoco parece absolutamente concluyente para legitimar una intervención penal en estos ámbitos. En efecto, en los diversos países en que se ha incorporado a la legislación penal el tipo de tráfico de influencias, la doctrina se ha cuestionado precisamente la necesidad de crear una figura especial para sancionar estas conductas y, en general, se muestra bastante escéptica sobre su verdadera capacidad para prevenir las conductas que se pretenden

¹³⁴ BOBADILLA GÓMEZ, VICTOR: “*Revista jurídica del Ministerio Público*” N° 52, Sección anticorrupción, sentencias comentadas Pág. 45. SSN: 0718-6479 septiembre del 2012

¹³⁵ SANCINETTI, MARCELO: “*Negociaciones incompatibles en las funciones públicas.*” Buenos Aires, Argentina, pág.879.

¹³⁶ RODRÍGUEZ COLLAO, LUIS: “*La Función pública como objeto de tutela penal*”, Op. Cit. Pág. 335.

evitar.”¹³⁷ “La sanción de las conductas de tráfico de influencias desde el propio Derecho Administrativo ha de ser un mecanismo de control previo al del Derecho Penal. En nuestro país, por ejemplo, la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado prohíbe, como conducta reñida con el principio de probidad, “Hacer valer indebidamente la posición funcionaria para influir sobre una persona con el objeto de conseguir un beneficio directo o indirecto para sí o para un tercero.”¹³⁸ Cugat pone de manifiesto las dificultades probatorias del delito, si se trata de probar que ha mediado influencia en un asunto lo lógico y prioritario, señala que para probar el tráfico de influencias será necesario establecer cuál es el “*thema probandi*?”. Para ello es preciso fijar el contenido de la influencia típica. En la definición de este elemento, doctrina y jurisprudencia subrayan que debe consistir en algo más que la mera comunicación de una información, preferencia o deseo, aunque menos que las coacciones o amenazas. La influencia típica debe hallarse entre uno y otro extremo. En concreto, en la presión psicológica con prevalimiento de cualquier relación, que interfiera en el proceso motivador de forma idónea o, en su caso, eficaz.¹³⁹ Por lo tanto, probar todas estas circunstancias es casi imposible, lo que trae como consecuencia la escasa aplicabilidad del tipo. “Es preciso probar la relación de causalidad entre la resolución y las gestiones antecedentes, que se alzaría como uno de los mayores obstáculos a la apreciación del delito.”¹⁴⁰

Por lo anterior, creemos que estos tipos penales son prescindibles, debiendo el Derecho Administrativo prevenir estas conductas mediante herramientas eficaces y eficientes fuera del Derecho Penal así, normas administrativas que garanticen la publicidad y la juridicidad de los actos administrativos, la posibilidad real de impugnación frente a tribunales administrativos especializados como ocurre en algunas legislaciones extranjeras, todo esto acompañado de un sistema de incompatibilidades de los funcionarios y garantías que aseguren un cierto nivel de ingresos a los funcionarios para no ser tentados a corromperse. Son las verdaderas acciones que de una u otra forma inhiben el germen de la corrupción.¹⁴¹ Consideramos por tanto, que sólo aquellos actos en que verdaderamente su consumación vulnere el bien jurídico protegido y produzca un resultado negativo sean tipificados por el Derecho Penal. Al igual que Rodríguez, creemos que es muy positivo que el legislador chileno optara por establecer un sistema extra-penal de combate en contra de la actividad corruptiva al interior de la Administración, el que se materializó con la dictación de ley N° 19.653, sobre *probidad administrativa*; pues, al margen de las críticas que dicho sistema pudiere merecer, su

¹³⁷ RODRÍGUEZ Y OSSANDÓN: “*Delitos Contra La Administración Pública*”, Op. Cit. Pág. 367.

¹³⁸ *Ibidem*, pág. 368.

¹³⁹ CUGAT MAURI, MIRIAM: “*El Tráfico de Influencias, un tipo prescindible.*” Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, ISSN 1695-0194, España, pág. 13-15.

¹⁴⁰ *Ibidem*, Pág.15.

¹⁴¹ SANHUEZA TOBOSQUE, LEOPOLDO: “*Reflexiones en torno al fenómeno de la corrupción y su reglamentación en la legislación chilena.*” Ignire-centro de estudio de política pública, Santiago de Chile, Diciembre de 2010. Pág. 13.

sola existencia constituye un explícito reconocimiento sobre el carácter subsidiario del Derecho Penal, en este ámbito específico de la criminalidad.¹⁴² “Entonces, el recurso al Derecho Penal sólo estaría justificado en los supuestos especialmente graves en que, además, el Derecho Administrativo se hubiese mostrado incapaz de producir los efectos esperados. Para dilucidar esta última cuestión es preciso determinar si la norma administrativa se aplica eficazmente, y, en caso de que no sea así, establecer las causas que lo impiden. Cuando la norma sancionadora administrativa no resulte ni siquiera aplicable, por ejemplo, por dificultades probatorias, procesales, etc., sería bastante ingenuo esperar mejores resultados a través de un ordenamiento más formalista y exigente como es el Derecho Penal.”¹⁴³

Sin embargo, el legislador ha adoptado una postura muy diferente al regular los delitos de tráfico de influencias y negociaciones incompatibles. Así ingresa con fecha 18 de junio del 2015, por medio de mensaje de la Presidenta de la Republica un Proyecto de Ley, que tiene por finalidad tipificar el delito de corrupción entre particulares e introducir modificaciones a disposiciones del Código Penal, en relación a:

1. Aumentar las penas del delito de negociaciones incompatibles e incorporar al mismo un nuevo caso de carácter genérico, del administrador del patrimonio de una persona que se encuentre impedida de controlar su Administración. Aumentando la pena de privación de libertad y pena de multa.
2. Se incluye un nuevo inciso final al delito de tráfico de influencias que consiste en una agravante que se aplicará en el caso que el sujeto activo obtenga el beneficio perseguido. Y además, por la modificación introducida en el artículo 240 también se agrava la pena de esta figura.
3. También se pretende por medio de este Proyecto agravar las penas de los delitos de cohecho y soborno.
4. A la vez, en este Proyecto incorpora el delito de corrupción entre particulares el cual sanciona al director, gerente, administrador o ejecutivo principal de una empresa o entidad que, por sí o a través de otra persona, solicita o acepta recibir un beneficio económico en interés o provecho propio o de un tercero, para favorecer o por haber favorecido a otro, con infracción de sus deberes u obligaciones, en la contratación de bienes o servicios o en las relaciones comerciales.
5. También se sanciona a quien por sí o a través de otra persona, ofrece o consiente en dar o entregar a un director, gerente, administrador o ejecutivo principal de una empresa o entidad, o a quien estos señalen, un beneficio económico en interés o provecho propio o de un tercero, para que le

¹⁴² RODRÍGUEZ COLLAO, LUIS: “*La Función pública como objeto de tutela penal*”, Op. Cit. Pág. 334.

¹⁴³ RODRÍGUEZ Y OSSANDÓN: “*Delitos Contra La Administración Pública*”, Op. Cit. Pág. 367.

¹⁴³ *Ibidem*, pág. 368.

favorezca o por haber favorecido, con infracción de sus deberes u obligaciones, a él o a un tercero en los casos de contratación de bienes o servicios o en las relaciones comerciales.¹⁴⁴

Cabe señalar que además de la nombrado Proyecto de Ley, existen otros en tramitación que tienen finalidades similares, así los ingresados a la Cámara de Diputados los días 13 de abril de 2015 y 19 de marzo de 2015 que buscan la modificación del Código Penal en pos de aumentar las penas de los delitos de tráfico de influencias y negociaciones incompatibles.¹⁴⁵

¹⁴⁴ “Proyecto de Ley que Tipifica el delito de corrupción entre particulares y modifica disposiciones del Código Penal relativas a delitos funcionarios.” N° de boletín 10155-07, Cámara de Diputados de Chile. Fecha de ingreso: 18 de junio de 2015.

¹⁴⁵ “Proyecto de Ley que Modifica el Código Penal con el fin de aumentar las penas a los delitos de cohecho, soborno y tráfico de influencias.” N° de boletín 9977-07, fecha de ingreso 13 de abril de 2015 y “Proyecto de Ley que Modifica el Código Penal con el objeto de aumentar las penas de los delitos de cohecho, negociación incompatible y tráfico de influencias”. N° de boletín 9956-07, fecha de ingreso 19 de marzo de 2015. Cámara de Diputados de Chile.

V. CONCLUSIÓN

1. El fenómeno de la corrupción socava los elementos democráticos que deben estar presente en un Estado de Derecho y vulnera la ética pública. Existe consenso en la doctrina que la corrupción es un fenómeno político, económico y social perjudicial y reprochable. Por lo mismo, se requiere un compromiso para minimizarla a límites aceptables. En cumplimiento de tal propósito, Chile ha ratificado la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción y la Convención Interamericana Contra la Corrupción; mecanismos internacionales que al ser introducidos a la legislación nacional, han traído consigo la dictación de leyes tendientes a combatir estas prácticas irregulares, así la Ley N° 19.645 que introdujo modificaciones en el título V del Código Penal sobre “Delitos cometidos por funcionarios públicos en el desempeño de sus cargos”, y la Ley N° 19. 653 que estableció una regulación de la probidad administrativa.

2. Los Delitos de negociaciones incompatibles y de tráfico de influencias regulados en el Código Penal Chileno presentan características similares entre sí, en cuanto al bien jurídico protegido, ser de peligro abstracto, que en cuanto a su tipificación no requieren un resultado dañino y que el sujeto activo es un funcionario público. Sin embargo, la redacción de estos tipos penales causa especiales dificultades de detección, investigación y persecución de los mismos.

3. El bien jurídico presente en estos delitos es el correcto funcionamiento de la Administración Pública, respetando los principios de objetividad, imparcialidad y probidad. Debiendo estar el objeto de tutela penal determinado, ya que al no afectar a un sujeto en concreto e individualizable y ser un bien jurídico colectivo y difuso, puede dificultar su reconocimiento y a la vez afectar el principio de lesividad.

4. La jurisprudencia chilena está conteste en cuanto a algunas características prácticas que presentan los delitos de negociaciones incompatibles y tráfico de influencias, así señalan la posibilidad exculpante del error de prohibición invencible, la comunicabilidad del tipo penal a particulares y la existencia de concursos penales respecto a otros delitos. Respecto a la comunicabilidad del tipo penal a particulares, sostenida por la jurisprudencia, y teniendo en consideración que son delitos de peligro abstracto, no consideramos que se justifique el hecho de penar a un particular, porque en primer lugar, no tiene esta calidad especial de funcionario público y por lo tanto, no está llamado a actuar por el bien común, por lo mismo, no le es reprochable actuar por intereses propios, siendo esta última modalidad completamente legítima para un particular, y en segundo lugar, porque este tercero involucrado, al interesarse o ejercer influencias no implica

que la Administración se vea afectada, ya que requiere que ocurran otros actos para que se configure un real daño a la Administración.

5. Los tipos penales de tráfico de influencias y negociaciones incompatibles al ser delitos de peligro abstracto que no requieren que concurra un resultado perjudicial para la Administración Pública o para el patrimonio fiscal para que ambas figuras se entiendan consumadas. El legislador ha decidido otorgar la tutela penal a estas figuras que no representan un daño concreto a la función pública, asunto a lo menos cuestionable si tenemos en consideración que el Derecho penal debe ser un recurso de ultima ratio y que para proteger las relaciones internas de la Administración o los principios rectores de ésta deberían aplicarse otros mecanismos de naturaleza administrativa o económica para la protección de esos mismos intereses. Es decir, antes de elevar una conducta a categoría de delito, la Administración debería contar con mecanismos legales y medios adecuados para evitar su producción y proliferación, presentándose como prima respuesta a la lucha contra estas conductas desviadas, medidas reguladas por el Derecho Administrativo en pos de proteger la probidad administrativa, o quizás pensar en establecer en Chile tribunales especializados en el ámbito administrativo.

6. En los delitos de corrupción existe una gran cifra negra por la causa de sus especiales dificultades de detección, investigación y persecución, ya que los delitos que trata este trabajo no tienen un cuerpo claro, se engendran entre cuatro paredes y adoptan las más diversas formas, dificultando como se señaló, su investigación si es que alguno de los que no interviene en su ejecución no comete algún error. Y por la falta de una clara determinación de las victimas concretas e individualizables, vienen siendo desde hace tiempo objeto de una descriminalización de facto por parte de los órganos de persecución penal del Estado.

7. Más allá de las dificultades en la descripción y sanción de los delitos que conforman los que llamamos corrupción, las herramientas más eficientes y eficaces para dichas metas está fuera del Derecho Penal. Normas administrativas que garanticen la publicidad y la juridicidad de los actos administrativos, un sistema de incompatibilidades de los funcionarios que sea eficaz, un nivel de ingresos de los funcionarios públicos que les otorgue real alternativa para elegir no corromperse, etc., son las verdaderas acciones que de una u otra forma inhiben el germen de la corrupción.

VI. ANEXOS

Análisis Sentencias:

i. Negociaciones incompatibles y tráfico de influencias, aspectos generales de tipificación

N° DE SENTENCIA	RIT. 74-2006 RUC 0400082703-2 ¹⁴⁶
TIPO DE SENTENCIA	Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Ovalle. Sentencia penal condenatoria.
FECHA	13 de septiembre de 2007.
ACUSADO	Gobernador Provincial de Choapa año 2002.
HECHOS	<p>Hecho N° 1: El acusado, en función de su cargo, suscribió en Illapel, el día 14 de enero de 2002, con su padre y su hija, contratos de trabajo, pagados con cargo a fondos públicos pertenecientes al denominado Fondo de Absorción de Cesantía. Tanto la hija como el padre del acusado, recibieron por conceptos de estos contratos de trabajo la suma de \$73.033 cada uno, y además, por concepto de bono de salida de estos mismos proyectos la suma de \$150.000 cada uno, en circunstancias que no cumplían los requisitos copulativos para acceder a dichos proyectos, como por ejemplo estar inscritos en la OMIL de la Municipalidad, todo esto a sabiendas del acusado.</p> <p>Hecho N° 2: En el periodo comprendido entre los meses de octubre del año 2001 y marzo de 2002, el acusado ordenó la contratación de diversas personas, con cargos a fondos públicos, pertenecientes al mismo fondo antes mencionado, con el ánimo de defraudar al Fisco ordenando el pago de remuneraciones y bonos de salidas en algunos casos, a sabiendas que dichas personas no realizaron la función que señalaba los respectivos contratos de trabajo, sino que prestaban servicios como colaboradores o activistas de la campaña política de la reelección de una diputada de la zona. El perjuicio al Fisco asciende a \$25.358.643.</p> <p>Hecho N° 3: El acusado en el periodo comprendido entre los meses de octubre de</p>

¹⁴⁶ BALMACEDA HOYOS, GUSTAVO: *“Los delitos funcionariales en la jurisprudencia”*, Legal Publishing, Santiago, Chile, 2013, Ficha número 118. Pág. 300.

	<p>2001 y a lo menos abril del año 2003, ordenó arbitrariamente la contratación de diversas personas, a cargo de fondos públicos pertenecientes al mismo proyecto señalado, ordenando el pago de remuneraciones a sabiendas que las personas no realizaron la función que señalaba los respectivos contratos de trabajo, sino que realizaron funciones administrativas en la Gobernación Provincial de Choapa, y en otros servicios públicos, por órdenes expresas del acusado, dando una aplicación publica diferente de aquellos fines sociales a los que estaban destinados dichos fondos fiscales, entorpeciendo el servicio para el cual estaba destinado emplearse.</p> <p>El hecho N° 1 a juicio del Ministerio Público, constituye negociaciones incompatibles, el hecho N°2 a fraude al fisco y el hecho N° 3 al delito de aplicación pública diferente.</p>
NORMAS	Artículos 238, 240 y 236 del Código Penal.
PROBLEMA JURÍDICO	Respecto al hecho que para este trabajo importa, ¿Existe tipificación del hecho descrito en el N° 1 respecto al delito previsto y sancionado en el artículo 240 del Código Penal?
DECISIÓN	<p>El Tribunal estimó que los hechos desarrollados en el N° 1 constituyeron el delito de negociaciones incompatibles previsto y sancionado en el artículo 240 del Código Penal. Es así que quedó acreditada la calidad de empleado público que detentaba el acusado al momento de ocurrencia de los hechos, esto en su calidad de Gobernador Provincial entre los años 2000 y 2004. Fue en esta época en donde se contrataron una serie de Proyectos de Absorción de Cesantía , entre las cuales estaban las resoluciones N° 11.209 y N° 401, las cuales estaban destinadas a paliar la crisis por falta de empleos que enfrentaba la Provincia en esos años. Que siendo el jefe máximo de la Gobernación, le correspondió administrar los fondos fiscales provenientes del Ministerio del Interior que fueron aprobados por esas resoluciones y determinar la contratación de personas como beneficiarios de dichos fondos. Se acreditó también que fue en el contexto de la ejecución de la resolución N° 401, que el acusado suscribió, el que el 14 de enero de 2002, contratos, que emplearon y por ende, beneficiaron a dos familiares que reúnen las características que exige el tipo penal, esto, un ascendiente y una descendiente, su padre e hija, respectivamente.</p> <p>Este delito a juicio del Tribunal y acorde con la doctrina, es un delito de peligro abstracto, el cual se consuma con la sola ejecución de la acción, sin necesidad de que</p>

	<p>se genere un resultado lesivo, en este caso para los intereses o patrimonio del Estado. Entonces, a juicio del Tribunal la contratación en negocios que el empleado interviniera o conociera, a favor de alguno de los parientes señalados en el tipo penal, es suficiente para que se configure el delito de negociaciones incompatibles.</p>
DOCTRINA DEL CASO	<p>Las negociaciones incompatibles, en cuanto su bien jurídico, se desprende que protege valores abstractos, es decir, es un delito de peligro abstracto, ya que al consumarse no existe realmente un daño o lesión al bien jurídico, según lo descrito por el tipo éste se consuma con la sola ejecución del verbo rector descrito en los incisos del artículo 240. Se señala que es de peligro abstracto, que a diferencia de los delitos de lesión, el riesgo para el bien jurídico pasa a ser presumido por el legislador ya sea por dificultades referidas a la acreditación de un vínculo de imputación entre éste y la conducta a inculpar o por concurrir en determinados comportamientos una alta probabilidad estadística de generar dicho riesgo al bien jurídico. Estos últimos, por ello, aparecen generalmente descritos como fórmulas de mera actividad y no de resultado.¹⁴⁷</p>
COMENTARIO Y CONCLUSIÓN	<p>Esta sentencia importa en cuanto al análisis de encuadre de los hechos con el tipo penal de negociaciones incompatibles. El Tribunal verifica que se está ante el sujeto activo que exige el tipo, la situación de tomar o dar interés y el señalamiento de que el delito previsto y sancionado en el artículo 240 del Código Penal es un delito de peligro abstracto, y que por ende la conducta se configura sin necesidad de un perjuicio posterior.</p>

¹⁴⁷ MALDONADO F, FRANCISCO: *“Reflexiones Sobre las Técnicas de Tipificación de los llamados Delitos de Peligro en el Moderno Derecho Penal.”* Revista de Estudios de la Justicia N° 7, 2006. Pág. 23.

N° DE SENTENCIA	ROL 1.290-2003 ¹⁴⁸
TIPO DE SENTENCIA	Sentencia de desafuero a un Diputado de la República. Pronunciada por la Excelentísima Corte Suprema.
FECHA	7 de mayo de 2003.
ACUSADO	Diputado.
HECHOS	<p>Un diputado mantenía una estrecha relación con una sociedad, propietaria de la “Escuela de Conductores”. Dicha firma garantizó deudas al diputado para con un tercero, que le prestó dinero, y junto con ello el diputado tuvo intervención en contratos celebrados para sí por la empresa, algunos vigentes a la fecha de la investigación.</p> <p>Además, el diputado aludido intervino ante otro funcionario público en favor de los intereses de la citada sociedad, los cuales, por los motivos recién indicados, no le eran en absoluto indiferentes en lo personal, sino que le afectaban muy directamente.</p> <p>Cabe destacar, que en esa época el parlamentario era miembro y presidente de la Comisión de Transportes de la H. Cámara de Diputados.</p>
NORMAS	Artículos 248 bis y 240 bis, y normas relativas al fuero y desafuero parlamentario.
PROBLEMA JURÍDICO	¿Los hechos descritos son suficientes para acreditar una cierta sospecha de la comisión de un delito para autorizar la formación de causa en contra del Diputado?
DECISIÓN	La Corte señala que de los hechos señalados se advirtió que éstos reúnen elementos típicos centrales tanto de la figura del artículo 248 bis, especialmente en su inciso segundo, como de la contenida en el artículo 240 bis, ambos del Código Penal, apareciendo sospechas fundadas de la intervención del señor diputado de los mismos elementos ya enunciados, todo lo cual llevó a acoger la solicitud del Sr. Ministro en Visita.
COMENTARIO Y CONCLUSIÓN	La Corte sin entrar a un estudio exhaustivo de los hechos y de su tipificación penal, señala que las conductas señaladas son a priori consideradas delitos, especialmente de tráfico de influencias del artículo 240 bis del Código Penal, y por lo tanto autoriza la formación de causa criminal en contra del Diputado.

¹⁴⁸ BALMACEDA HOYOS, GUSTAVO: “*Los delitos funcionariales en la jurisprudencia*”, Legal Publishing, Santiago, Chile, 2013, Ficha número 14. Pág. 61.

ii. Culpabilidad, error de prohibición y concurso de leyes penales

N° DE SENTENCIA	ROL 46-2011, RUC 0810026007-8.
TIPO DE SENTENCIA	Santa Cruz, Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, Sentencia condenatoria.
FECHA	Veinte de marzo de dos mil doce.
MAGISTRADO	Patricio Acevedo, Carolina Lazén y Rodrigo Gómez
ACCIONANTE	Ministerio Público, Gabriel Edwards, Claudia Lorca y Manuel Pérez (concejales de Nancagua)
ACUSADO	Luis Escanilla Gaete. (Alcalde de Nancagua)
HECHOS	<p>Que don Luis Escanilla, alcalde de la I. Municipalidad de Nancagua, constituyó en octubre de 20012 una sociedad de responsabilidad limitada cuya razón social corresponde a “Inmobiliaria e Inversiones María Cecilia Limitada”, vigente a la fecha. Dicha sociedad está compuesta por dos socios, el Alcalde ya individualizado y doña María Cecilia Corbalán Gallardo, ex pareja del Alcalde con quien mantuvo una relación aproximada de 7 años. Con fecha 30 de agosto del año 2006, el Alcalde en ejercicio de sus funciones procedió a celebrar un contrato de trabajo representando a la Municipalidad de Nancagua, en el cual contrataba a su ex pareja y socia, doña María Corbalán en el cargo de paradocente administrativa en el Liceo Juan Pablo II de Nancagua, estableciéndose en ese entonces una remuneración de 242.092 pesos, aprobado mediante decreto alcaldicio N° 3224 de la misma fecha. El señalado contrato se mantiene vigente a la fecha actual. Mediante este acto el Alcalde ha dado interés a un tercero asociado con él.</p> <p>Además, por distintos hechos, se le imputa al alcalde el delito de fraude al fisco.</p>
NORMAS	Artículos 239, 240 y 220 del Código Penal.
PROBLEMA JURÍDICO	La defensa del alcalde plantea que la calificación jurídica que hace el Ministerio Público es errónea, ya que los hechos descritos no configuran el delito de negociaciones incompatibles, sino que el de nombramiento ilegal tipificado en el artículo 220. La pregunta que debe resolver el Tribunal es ¿Los hechos del caso con qué delito tipifican? También la defensa plantea que el Alcalde no sabía sobre la

	<p>ilicitud de su conducta, por lo que alega que existió error de prohibición inevitable.</p>
<p>DECISIÓN</p>	<p>Respecto del error de prohibición alegado, el Tribunal señala que aun cuando es aceptado como exculpanate de las negociaciones incompatibles, en los hechos del caso no es posible sostener que se verificó, ya que, el alcalde contaba con asesoría jurídica al momento del contrato, además, su nivel de educación superior le permitía conocer sobre la ilicitud de su conducta.</p> <p>Señala el Tribunal que los hechos descritos configuran el delito de negociaciones incompatibles, ya que se verifican todos los elementos del tipo. Se permite verificar que el acusado intervino en razón de su cargo en la celebración del aludido contrato de trabajo y en el decreto alcaldicio, dando interés o utilidad lucrativa a quien en esa época se encontraba vinculada con él por su participación en la Sociedad, lo que hizo que su ex pareja y socia comenzara a ejercer una función remunerada en un establecimiento educacional de que el Alcalde era su sostenedor legal. El Tribunal no compartió el argumento de la defensa sobre la calificación jurídica al delito de nombramiento ilegal, procediendo a delimitar ambos tipos penales. Señala que la conducta se ajusta al artículo 240 de negociaciones incompatibles por su especialidad del bien jurídico protegido. En efecto, es esta norma la encaminada a velar por la correcta administración pública, y en este sentido, proscribe introducir en la motivación del funcionario decisor aspectos ajenos a los intereses públicos. Como señaló el Fiscal, en el 240 se señalan también las personas que quedan incluidas en su regulación y los vínculos que dan lugar a ellas, con mayor precisión, correspondiendo a las inhabilidades contenidas en la legislación especial para el ingreso a la Administración Pública, siendo normativa especial que por lo mismo debe prevalecer. En cambio el artículo 220 apunta a verificar que la persona designada no incurra en alguna de las inhabilidades legales, conteniendo un reproche menor justificado porque no se cumplen requisitos formales.” Además, sostiene el tribunal que doña María Corbalán obtuvo el cargo mediante un contrato de trabajo y decreto alcaldicio y no mediante un nombramiento o designación.</p> <p>Por lo anterior, se condena al acusado por el delito de negociaciones incompatibles y se absuelve por fraude al fisco por los otros hechos que se le imputaban.</p>
<p>DOCTRINA DEL CASO</p>	<p>Lo relevante de esta sentencia apunta en primer lugar al error de prohibición. Es dable señalar que “existe reconocimiento jurisprudencial acerca del efecto exculpanate</p>

	del error de prohibición invencible, fundado en las dificultades que aun para los funcionarios existen para captar la significación jurídica de determinadas actuaciones” ¹⁴⁹ . En segundo lugar, es importante respecto al concurso aparente de leyes penales, ya que el tribunal tuvo que resolver sobre la calificación jurídica del mismo, optando por el delito de negociaciones incompatibles por su mayor especificidad. Al respecto de estos concursos la doctrina señala que “La denominación es equívoca, porque en esta situación no existe un concurso; lo que se enfrenta es un problema de interpretación de leyes penales ante casos concretos, que se produce porque el injusto contenido en un tipo aparece comprendido también en otro u otros tipos, que se encuentran entre sí en una relación particular, sea de especialidad, de consunción o de subsidiariedad. Son hipótesis en las cuales un hecho delictivo, aparentemente, podría adecuarse en distintas figuras penales, pero que en realidad, atendida la naturaleza de su injusto, lo es en una sola de ellas, quedando las demás totalmente desplazadas.” ¹⁵⁰
COMENTARIO Y CONCLUSIONES	Esta sentencia es importante ya que reafirma lo sostenido por la doctrina y jurisprudencia nacional respecto a la cabida del error prohibición invencible en el delito de negociaciones incompatibles como causal exculpante del mismo. Y además, respecto al aparente concurso que puede llegar a existir en caso de una contratación laboral del artículo 240 y 220 del Código Penal, señalando que hay que hacer primar la especificidad en la tipificación de cada ilícito.

N° DE SENTENCIA	RIT 58-2009 RUC 0800413441 ¹⁵¹
TIPO DE SENTENCIA	Sentencia penal, Juzgado de Garantía de Temuco.
FECHA	20 de junio de 2009.
ACCIONA-	Ministerio Público.

¹⁴⁹ RODRÍGUEZ Y OSSANDÓN: “*Delitos Contra La Administración Pública*”, Op. Cit. Pág. 426. En igual sentido, POLITOF, MATUS Y RAMÍREZ: “*Derecho penal. Parte especial*,” Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, pág. 501.

¹⁵⁰ GARRIDO MONTT, MARIO: “*Derecho Penal, Parte General*”, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005, pág. 456.

¹⁵¹ BALMACEDA HOYOS, GUSTAVO: “*Los delitos funcionariales en la jurisprudencia*”, Legal Publishing, Santiago, Chile, año 2013, Ficha número 149, pág. 445

NTE	
ACUSADO	Alcaldesa de Padre las Casas, doña Rosa Oyarzún.
HECHOS	<p>Hecho 1: Durante los años 2003 y 2004, la acusada, quien ejerciendo funciones en calidad de alcaldesa de Padre las Casas, procedió a contratar a la hermana consanguínea de su cónyuge, esto es, su colateral en segundo grado por afinidad, para ejecutar labores en el denominado “Programa Residencia estudiantil Pichike Domo” dependiente de la referida Municipalidad, suscribiendo para ello la acusada y su cuñada reiterados contratos a honorarios. Según lo acordado en los mencionados contratos y en atención a lo ordenado por la acusada en todos los decretos, por cada una de las contrataciones, se le pagarán sus honorarios con dineros del presupuesto municipal.</p> <p>Hecho 2: Entre los meses de mayo a septiembre del año 2006, una empresa individual de responsabilidad limitada, constituida únicamente por el hijo de la acusada, siendo su descendiente por consanguinidad, solicitó a través de un tercero a la Municipalidad de Padre las Casas un permiso municipal para extraer áridos desde el río Quepe, sector Millahuin. En diversas oportunidades la Alcaldesa ejerció influencias sobre el Administrador Municipal y Director de Obras Municipales, solicitándoles, en su calidad de miembros de la Comisión Municipal, a la solicitud de la empresa de su hijo, decisión que estaba sometida a la consideración de los referidos funcionarios. Como consecuencia de ello, en septiembre de 2006, los funcionarios municipales antes mencionados emitieron una decisión favorable a la petición efectuada por la empresa del hijo de la Alcaldesa, según informe de la comisión de otorgamiento de permisos de extracción de áridos, otorgándose en definitiva el permiso solicitado, según Decreto Alcaldicio N°01596, de 14 de septiembre de 2006.</p> <p>Hecho 3: hechos referidos a fraude al fisco.</p>
NORMAS	240 y 240 bis del Código Penal.
PROBLEMA JURÍDICO	Respecto al hecho N°1 el acusador sostiene que se está ante el delito de negociación incompatible. Respecto del hecho N°2 el acusador sostiene que se está ante el delito de negociación incompatible mediante tráfico de influencias del artículo 240 bis. La defensa sostiene que la Alcaldesa actuó por error de prohibición inevitable, causal exculpante de responsabilidad penal.

DECISIÓN	<p>El tribunal razona sobre qué se entiende por error de prohibición, sostiene que incurre en este error aquel sujeto que cree estar obrando conforme a derecho, aunque en realidad realiza una acción típica y antijurídica, o sea, aquel que tiene un falso concepto de ilicitud de su actuar, no necesariamente de su punibilidad. El sentenciador se planteó si la acusada carecía de conciencia en la ilicitud de su conducta en lo referido a la contratación de su cuñada, llegando a la conclusión de que su actuar fue doloso, ella tenía perfecta claridad de la ilicitud de su conducta al contratar a un familiar en la Municipalidad que dirigía y pagarle sus sueldos con fondos fiscales. Por lo tanto se le condena por el delito de negociaciones incompatibles.</p> <p>Respecto al hecho N°2 no se logró probar, resultando insuficiente la prueba rendida para llegar a la convicción de las influencias ejercidas por la Alcaldesa. La prueba rendida por la defensa logró probar la licitud en el procedimiento llevado para obtener el permiso de extracción de áridos. Por lo mismo se absuelve del delito de tráfico de influencias.</p>
DOCTRINA DEL CASO	<p>Lo relevante de esta sentencia apunta en primer lugar al error de prohibición. Es dable señalar que “existe reconocimiento jurisprudencial acerca del efecto exculpante del error de prohibición invencible, fundado en las dificultades que aun para los funcionarios existen para captar la significación jurídica de determinadas actuaciones”¹⁵².</p>
COMENTARIO Y CONCLUSIÓN	<p>La sentencia demuestra la posibilidad de alegar en defensa del funcionario público la posibilidad de haber actuado en error de prohibición invencible, aun cuando este no se acreditó respecto a la acusada.</p> <p>Denota además el fallo, la dificultad probatoria del delito de tráfico de influencias para lograr la convicción del sentenciador respecto al estándar de prueba que rige el proceso penal, aun cuando de los hechos descritos parecía a priori claro el ejercicio de influencias cometido con prevalimiento de su cargo.</p>

¹⁵² RODRÍGUEZ Y OSSANDÓN: “*Delitos Contra La Administración Pública*”, Op. Cit. Pág. 426. En igual sentido, POLITOF, MATUS Y RAMÍREZ: “*Derecho penal. Parte especial*,” Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, pág. 501.

iii. Participación y comunicabilidad o no del título de imputación

N° DE SENTENCIA	ROL 56136-1999 ¹⁵³
TIPO DE SENTENCIA	Sentencia penal de la I. Corte de Apelaciones de Santiago
FECHA	16 de octubre de 2003
ACUSADO	Dos empleados públicos (sujetos N°1 Y N°2) de Codelco Chile y ENAMI, respectivamente y dos particulares, extraños a la Administración (sujetos N°3 y N°4).
HECHOS	Por sentencia de primera instancia se condenó en calidad de autores del delito de negociaciones incompatibles a los funcionarios N° 1 Y N°2. Asimismo, en igual calidad, a los extraños a la Administración, los sujetos N°3 y N°4; y a otros dos particulares en calidad de encubridores.
NORMAS	Artículo 240 del Código Penal.
PROBLEMA JURÍDICO	¿Se comunica la calidad de sujeto activo de funcionario público que exige el tipo de negociaciones incompatibles a los particulares?
DECISIÓN	El Tribunal señala que en la figura delictiva descrita en el artículo 240, la calidad personal del autor importa un elemento de ilicitud que, por lo mismo, está comprendido en la descripción del tipo, tratándose entonces de un delito especial que sólo puede realizar una persona que reúna las cualidades o condiciones allí señaladas, esto es, la de empleado público, en los términos y en el alcance a que se refiere el artículo 260 del Código Penal. Señala que a los delitos de esta especie se les conoce como delitos de posición o delitos especiales propio, y en su ejecución, pueden concurrir tanto personas calificadas para ser autores de estos hechos, a quienes se llaman <i>intraneus</i> , como también individuos que no reúnen las condiciones personales exigidas en la descripción del tipo penal, a los que se le conoce como <i>extraneus</i> . En el delito referido, los partícipes se concertaron para llevar a cabo diversas acciones tendientes en definitiva a obtener para sí comisiones o gratificaciones derivadas del comercio de metales entre el Estado y particulares.

¹⁵³ BALMACEDA HOYOS, GUSTAVO: “Los delitos funcionariales en la jurisprudencia”, Legal Publishing, Santiago, Chile, 2013, Ficha número 149, pág. 71

	<p>Por lo anterior, el sujeto N° 1 es condenado como autor del delito de negociaciones incompatibles más fraude al fisco. El sujeto N° 2 es condenado como autor por el delito de negociaciones incompatibles. El sujeto N°3 es condenado en calidad de coautor del delito de negociaciones incompatibles y el sujeto N°4 es condenado como coautor del delito de negociaciones incompatibles.</p>
DOCTRINA DEL CASO	<p>“La posición mayoritaria en la doctrina chilena distingue entre aquellos delitos en que la calidad especial exigida por el tipo es determinante de la ilicitud (para los cuales se reserva el nombre de delitos especiales propios, cuyo ejemplo más característico es la prevaricación del art. 223 N° 1) y aquellos delitos en que la calidad especial exigida por el tipo sólo es determinante de un trato más severo o más benigno (para los cuales se reserva el nombre de delitos especiales impropios, uno de cuyos ejemplos es la malversación por apropiación, del art. 233). Como en los delitos especiales impropios siempre existe un tipo paralelo –más benigno–para aplicar a la persona en quien no se da la calidad exigida en la figura especial, resulta que ésta en el fondo opera como agravante, siendo perfectamente aplicable en estos casos la regla de la incomunicabilidad establecida en el artículo 64. En los delitos especiales propios, en cambio, no existe un título de castigo paralelo, de manera que no resulta aplicable la regla de la incomunicabilidad contemplada en dicho artículo, estimándose que es admisible plantear respecto de ellos la comunicabilidad de la condición especial. Pese al mérito de esta última solución, que impide la impunidad de la intervención de la persona que no reúne la calidad especial exigida por el tipo en los delitos especiales propios, no puede obviarse lo insatisfactorio de la solución desde un punto de vista valorativo. Porque ella significa que se va a imponer al <i>extraneus</i> la misma pena que al <i>intraneus</i>, a pesar de que en el primero no concurren las circunstancias personales que fundamentan el ilícito en cuestión y, en particular, a pesar de que en su caso no existe una infracción del deber específico del autor”¹⁵⁴</p>
COMENTARIO Y CONCLUSIÓN	<p>A pesar de ser un delito especial, en el cual es esencial para la ilicitud de la conducta la calidad que detenta el sujeto activo, la doctrina y jurisprudencia ha optado por no dejar impune la conducta del particular, ya sea que actué como coautor o participe, supuesto en el cual se habla de la comunicabilidad del tipo penal, siendo castigado el</p>

¹⁵⁴ RODRÍGUEZ Y OSSANDÓN: “*Delitos Contra La Administración Pública*”, Op. Cit. Pág. 129.

	tercero ajeno a la Administración conforme al miso título de imputación de los empleados públicos.
--	--

iv. Concursos de leyes penales

N° DE SENTENCIA	RIT 5888-2006 RUC 0600705814-2 ¹⁵⁵
TIPO DE SENTENCIA	Sentencia penal del Tribunal de Garantía de Copiapó.
FECHA	6 de noviembre de 2008.
ACUSADO	Abogado jefe del Departamento Jurídico de la I. Municipalidad de Copiapó (sujeto N°1) y la asesora jurídica del municipio (sujeto N°2)
HECHOS	Sujeto N° 1 y sujeto N°2, ambos en ejercicio de sus cargos públicos acordaron efectuar un procedimiento de contratación de una mujer (sujeto N°3), con quien existía un vínculo previo de cercanía y amistad y quien, además, era a la fecha socia de una sociedad de responsabilidad limitada, donde también el acusado sujeto N° 1 poseía participación y representación. Ante ello, el Alcalde, asesorado por el acusado N° 1, aprobó y procedió a firmar tres contratos de prestación de servicios jurídicos en representación de la I. Municipalidad de Copiapó con la sujeto N°3, por tres proyectos distintos, en diversas fechas.
NORMAS	Artículos 239, 240 y 75 del Código Penal.
PROBLEMA JURÍDICO	Determinar la calificación jurídica de los hechos, y resolver sobre qué tipo de concurso de normas penales existe entre el fraude al fisco y el de negociaciones incompatibles.
DECISIÓN	A juicio del Tribunal, los hechos descritos y que se tuvieron por acreditados configuraron la figura típica del delito de negociación incompatible, previsto y sancionado en el artículo 240 del CP, en concurso medial con el ilícito de fraude al fisco, previsto y sancionado en el artículo 239 del CP, perpetrados por el sujeto N° 1

¹⁵⁵ BALMACEDA HOYOS, GUSTAVO: "Los delitos funcionariales en la jurisprudencia", Legal Publishing, Santiago, Chile, 2013, Ficha número 149, pág. 388.

	<p>y 2, en calidad de coautores por tres hechos, entre los años 2004 y 2005.</p> <p>A juicio de la sentenciadora los hechos descritos y que se tuvieron por probados configuraron las figuras típicas de los ilícitos antes descritos, en grado de consumado, pues se acreditó que los imputados, en forma concertada, actuaron conjunta y simultáneamente en el ilícito. Por lo tanto, cada uno de los acusados realizó actos ejecutivos que se encuentran incorporados al tipo penal respectivo, no siendo necesario que cada uno de los imputados haya realizado íntegramente el tipo penal en conjunto, por lo que todos ellos, responden como autores ejecutores. Se condena al sujeto N° 1 Y N° 2 como autores del delito de negociaciones incompatibles en concurso medial con el delito de fraude al fisco.</p>
DOCTRINA DEL CASO	<p>El efecto del concurso medial es igual al que produce el concurso ideal de leyes penales, Cury señala al respecto que “de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 75 del C.P., se lo castiga siempre conforme al sistema de la absorción de penas, esto es, imponiendo la pena mayor asignada al delito más grave”¹⁵⁶</p>
COMENTARIO Y CONCLUSIÓN	<p>Destaca esta sentencia la relación que existe entre el delito de fraude al fisco con el de negociaciones incompatibles. Concluye el tribunal que entre ambos tipos existe concurso medial, siendo aplicable el artículo 75 del Código Penal.</p>

N° DE SENTENCIA	ROL N° 496-11.
TIPO DE SENTENCIA	Recurso de casación, Corte Suprema, Sala Penal.
FECHA	Cuatro de diciembre de dos mil doce.
ACUSADO	Claudio Manuel Carreño Rosales, Luis César Briceño Guzmán, Claudio Manuel Carreño Rosales y Ximena Luisa Espinoza Muñoz.
HECHOS	En esta causa N° 191.516, cuaderno N° 5, Rol del Trigésimo Cuarto Juzgado del Crimen de esta ciudad, como continuador legal del Segundo Juzgado homónimo, por sentencia de diecinueve de enero de dos mil diez, escrita de fojas 3325 a 3413, dictada

¹⁵⁶ CURY URZÚA, ENRIQUE: “*Derecho Penal. Parte General*”, Ediciones Universidad Católica de Chile, octava edición, Santiago, Chile, 2005. Pág. 666.

por el Ministro en Visita Extraordinaria, señor Omar Astudillo Contreras, se resolvió en lo relativo a su sección penal: 1.- Condenar a CLAUDIO MANUEL CARREÑO ROSALES, en su carácter de autor de un delito de fraude al fisco y de 14 delitos de negociación incompatible, a LUIS CÉSAR BRICEÑO GUZMÁN, en los siguientes términos: a.- en su condición de autor del delito de estafa en perjuicio del Fisco de Chile, a la pena de seiscientos días de presidio menor en su grado medio; al pago de una multa de veinticinco (25) Unidades Tributarias Mensuales; a las accesorias de suspensión para cargos u oficios públicos durante el tiempo de la condena; y al pago del 50% de las costas de la causa; y b.- en el carácter de autor de 9 delitos de soborno, a la pena única de cien días de presidio menor en su grado mínimo; a la de inhabilitación especial para cargos públicos por el término de cuatro años; al pago de una multa equivalente al monto del beneficio otorgado al funcionario público, esto es, la suma de \$16.580.634; y al pago del 50% de las costas de la causa; 3.- Absolver al mismo CLAUDIO MANUEL CARREÑO ROSALES de las siguientes imputaciones: a.- del cargo formulado en su contra como autor de un delito de negociación incompatible, en concurso aparente con el delito de fraude por el que ha sido condenado; b.- de la acusación formulada en su contra, como autor de 9 delitos de cohecho; c.- de la imputación formulada en su contra como autor de un delito de Fraude al Fisco, relacionado con la emisión, cobro y pago de la boleta de honorarios XEM N° 59 y 4.- Absolver a la acusada XIMENA LUISA ESPINOZA MUÑOZ, de los cargos formulados en su contra como autora del delito Estafa al Fisco de Chile, por los hechos relacionados con la emisión, cobro y pago de la boleta de honorarios XEM N° 59.

Por su fracción civil se decidió acoger, con costas, la demanda del primer otrosí de fojas 3.022, promovida por el Fisco de Chile, sólo en cuanto se condena a los demandados Claudio Manuel Carreño Rosales y Luis Briceño Guzmán, a pagar en forma solidaria al Fisco de Chile, la cantidad de \$28.440 con los reajustes e intereses que quedaron señalados en el motivo quincuagésimo séptimo del laudo y rechazar la misma postulación formalizada a fojas 3022, en cuanto se dirige contra la demandada Ximena Espinoza Muñoz y el mismo Claudio Carreño Rosales, por los hechos relacionados con la citada boleta de honorarios N° 59, sin costas por estimarse que hubo motivo plausible para litigar.

	<p>Por estimarse que concurren las exigencias que prevé el artículo 15 de la Ley N° 18.216, se suspendió la pena corporal impuesta al encartado Carreño Rosales, concediéndosele el beneficio de la libertad vigilada, debiendo quedar sujeto al control de la Sección de Tratamiento en el Medio Libre de Gendarmería, por un término equivalente al de duración de la pena y satisfacer las restantes exigencias del artículo 17 de la citada Ley N° 18.216. En el caso de Briceño Guzmán, por concurrir las exigencias del artículo 4° de la misma ley, se le favoreció con el beneficio de la remisión condicional de la pena, fijándose en el término de dos años el plazo de observación, debiendo cumplir las demás exigencias del artículo 5° del mencionado estatuto.</p> <p>Apelada esta decisión por la defensa letrada de Luis Cesar Briceño Guzmán y por el organismo estatal, la Corte de Apelaciones de Santiago, por resolución de veintisiete de octubre de dos mil diez, que se lee de fojas 3.462 a 3.464, la confirmó, sin modificaciones.</p>
NORMAS	Artículos 239, 240, 248, 75 del Código Penal.
PROBLEMA JURÍDICO	<p>La compareciente sostiene que los fallos de las instancias yerran al sostener que existe concurso aparente de leyes penales, por una parte, entre el delito de fraude al fisco por el que fue condenado Claudio Carreño Rosales y el de negociación incompatible, por el que resultó absuelto, y por otra parte, entre este mismo injusto de fraude junto a los de negociación incompatible, por los que también resultó Carreño sancionado y los delitos de cohecho por los que resultó también absuelto, exculpaciones todas fundadas en las infracciones de ley cometidas. Aduce que en la especie no se dan los presupuestos del concurso aparente de leyes que asevera el laudo recurrido, dejando sin sanción penal los ilícitos que se señalan.</p> <p>Advierte que el concurso aludido, es en rigor, un problema de interpretación que se produce cuando existe más de un tipo penal que pareciera ser aplicable respecto de un mismo hecho y, en virtud de determinados principios, como lo son los de especialidad y consunción, es posible resolver el caso a favor de la aplicación de uno solo de ellos, de modo que el concurso aparente desempeña, además, la función de excluir las consecuencias que la afirmación de un concurso auténtico (de delitos) tiene para la determinación del marco penal aplicable, razón por la cual, la transgresión denunciada</p>

influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo, pues al tratarse, en la especie, de un concurso de delitos debió aplicarse al condenado una pena mayor.

Argumenta que el propio dictamen recurrido reconoce la comisión de una pluralidad de delitos de cohecho y de negociaciones incompatibles, pero el jurisdicente considera, primero que el desvalor del delito de fraude al Fisco abarca el de negociación incompatible y, segundo, que el desvalor de los injustos de cohecho se encuentra comprendido en los ilícitos de negociación incompatible y, además en el delito de fraude al Fisco cometido por el señor Carreño, esto es, habría un concurso aparente de leyes que se resolvería conforme al principio de consunción, por el cual, el desvalor de una de las imputaciones abarca el desprecio de la otra, o dicho de otra manera, el desvalor del hecho es suficientemente expresado en la imputación de responsabilidad por una de las realizaciones típicas.

Sin embargo, en la especie, explica que los bienes jurídicos protegidos son diferentes y cada ilícito puede cometerse de modo independiente, sin que pueda afirmarse una relación de necesidad entre ellos (como las lesiones y el homicidio, o el hurto y el robo con fuerza en las cosas), sino que los tres delitos configurados, si bien son injustos funcionarios, tienen un diferente fin de protección a través de sus normas.

Precisa que a diferencia de lo que sucede con el fraude al Fisco, que es un delito eminentemente de carácter patrimonial, la negociación incompatible es un ilícito encaminado a garantizar la imparcialidad y objetividad en el desempeño de la función pública, castigando el comportamiento de quien hace prevalecer el interés personal o particular por sobre el provecho público. Con este tipo penal se pretende evitar la existencia de conflictos de utilidad en un individuo que ejerce una función en la administración pública en cuya virtud se realizan actos de decisión o de disposición de bienes, y que podría generar beneficios respecto suyo, de su cónyuge, parientes, socios o personas relacionadas. Como se advierte, el fraude al Fisco no abarca el desvalor de la negociación incompatible, pues la acción típica no exige que el sujeto activo se interese directa o indirectamente en el contrato u operación en que intervenga por razón de su cargo. En consecuencia, es posible cometer el delito de fraude al Fisco sin realizar el delito contemplado en el artículo 240 del Código Penal. De allí que siendo su concurrencia contingente, cuando con un mismo hecho se realicen ambos delitos, estamos frente a un concurso ideal impropio que debe resolverse conforme a las

	<p>reglas del artículo 75 del Código Penal, relativas a la unidad jurídica de acción, de modo que no se está quebrantando la prohibición de doble valoración (“non bis in ídem”) como señala el juzgador, sino por el contrario, se violentan las normas de los artículos 75 y 240 del mencionado cuerpo legal, por falta de aplicación</p>
<p>DECISIÓN</p>	<p>En materia de concursos, debe precisarse que esta situación se produce cuando en un mismo proceso se puede imputar a una persona la realización de hechos que configuran varios tipos penales o varias veces de uno idéntico, recurriéndose a la regla general para la aplicación del castigo corporal, la que proporciona el sistema de la acumulación material de las penas que consigna el inciso primero del artículo 74 del Código Penal.</p> <p>Que, en nuestra legislación se han dado en llamar los tres tipos de concursos existentes, en real, medial e ideal. El primero (real), se presenta en relación al culpable de varios delitos, independientes entre sí, respecto del cual el Código Penal, en su artículo 74, ordena imponer una pena a cada uno de ellos. Luego, está el medial, una especie de concurso real, desde que en ambas categorías existe pluralidad de acciones, pero que en este caso no son independientes entre sí, sino que una es considerada el medio necesario para la comisión de la otra, a la que el artículo 75 del texto legal citado, ordena imponer la pena mayor asignada al delito más grave. Y finalmente, el concurso "ideal o formal", del mismo artículo anterior, en que un solo hecho constituye dos o más delitos, imponiendo el legislador el castigo en la misma forma.</p> <p>Que, en el presente caso, resulta de toda evidencia que se está en presencia de un concurso medial, en que un grupo de delitos ha sido también el medio necesario para cometer los otros. No ante un único hecho aislado, sino que ante pluralidad de los mismos en relación de medio a fin, que son a su vez cada uno constitutivos de diferentes tipos penales, como son los delitos de cohecho con los de negociación incompatible y de éste con el de fraude al fisco.</p> <p>No es posible sostener entonces -como erradamente lo sostienen los jueces del fondo-, que estamos frente a un “concurso aparente de leyes penales”, puesto que esta modalidad de concurso como su nombre lo indica, se presenta cuando una conducta puede ser encuadrada aparentemente en dos o más tipos penales, de los cuales sólo uno resulta apto para captarla, que a diferencia del concurso ideal de delitos, que existe en los casos en que un solo hecho cae simultáneamente bajo distintos tipos</p>

	<p>penales, todos los cuales les resultan aplicables en forma conjunta, en el concurso aparente de leyes penales al hecho único le conviene tan sólo un tipo, pero varios parecen apropiados para tipificarlos a la vez.</p> <p>En consecuencia, la única confusión que pudiera producirse es entre el concurso medial y el concurso aparente, diferenciándose en la coexistencia de pluralidad de acciones, que en éste caso no son autónomas unas de las demás, debiendo discurrirse unas como el medio necesario para la comisión de las otras, dándose así aplicación a lo previsto en el artículo 75 del Código Penal, que prescribe que debe imponerse la pena mayor asignada al delito más grave.</p> <p>Que por haberse cometido, en consecuencia, una infracción de derecho con influencia sustancial en la decisión, desde que ha significado la imposición de una pena menor a la que correspondía en el caso concreto, se acogerá el recurso planteado por este apartado, invalidándose la sentencia pronunciada en estos antecedentes, dictándose sentencia de reemplazo.</p> <p>En consecuencia y visto lo dispuesto en los artículos 535, 546 N° 2, 547 del Código de Procedimiento Penal y 785 del Código de Procedimiento Civil, se resuelve, que se acoge el recurso de casación en el fondo interpuesto en lo principal de fojas 3.466, por doña María Teresa Muñoz Ortúzar.</p>
<p>SENTENCIA DE REEMPLA- ZO</p>	<p>PRIMERO: Que el estudio de los antecedentes y probanzas allegadas al proceso, relacionadas en el fallo en alzada y apreciadas de acuerdo a las reglas que para cada una de ellas señala la ley, lleva a concluir que efectivamente se encuentran debidamente establecidos en el proceso los delitos por los cuales se condenó a los procesados Carreño Rosales y Briceño Guzmán como autores de estafa, fraude en perjuicio del Fisco, negociación incompatible y sobornos reiterados, encontrándose igualmente de acuerdo esta Corte con los motivos que condujeron al juez a quo a absolver a los acusados Ximena Espinoza, como autora del injusto de estafa al Fisco de Chile y, en el caso de Carreño Rosales únicamente del cargo del ilícito de negociación incompatible, en concurso aparente con el delito de fraude al Fisco por el que fue sancionado.</p> <p>SEGUNDO: Que por las razones expresadas debe concluirse que la sentencia recurrida si bien ha analizado correctamente los hechos debatidos en el juicio, no ha sido dictada con arreglo a derecho, desde que absolvió al acusado Carreño Rosales</p>

por nueve delitos de cohecho agravado, previstos y sancionados en el inciso primero del artículo 248 bis del Código Penal, por lo que, disintiéndose del criterio de la Fiscalía Judicial y existiendo motivo legal suficiente para modificarla, se procederá a revocarla en lo pertinente, para aprobarla y confirmarla, en lo demás.

TERCERO: Que el encartado Carreño Rosales debe responder como autor de un delito de *“Fraude al Fisco”*, del artículo 239 del Código Penal, ilícito al que la ley asigna la pena privativa de libertad de presidio menor en sus grados medio a máximo y otra de multa, del diez al cincuenta por ciento del monto defraudado. Además, debe responder como autor de catorce delitos de *“Negociación Incompatible”*, sancionados en el artículo 240 del mismo cuerpo legal, con penas de reclusión menor en su grado medio, de inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio y multa, del diez al cincuenta por ciento del valor del interés que hubiere tomado en el negocio, y por nueve delitos de cohecho agravado, previstos y sancionados en el inciso primero del artículo 248 bis del citado Código, reprimidos con la sanción de reclusión menor en sus grados mínimo a medio e igualmente, con la pena de inhabilitación especial o absoluta para cargos u oficios públicos temporales en cualquiera de sus grados y multa del tanto al duplo del provecho solicitado o aceptado.

CUARTO: Que Carreño Rosales es autor de un delito de fraude al Fisco, cuya pena resultante es 541 días a 5 años de presidio; autor de catorce delitos de negociaciones incompatibles, cuyas penas oscilan entre los 541 y los 818 días de privación de libertad, y nueve delitos de cohecho agravado, sancionados con la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio. Acorde con lo razonado en los basamentos vigésimo primero y vigésimo segundo del laudo de casación, esta Corte por estimar que los delitos por lo que se ha sancionado al acusado, configuran un concurso medial, en que un grupo de ellos ha sido también el medio necesario para cometer los otros, en términos que existiendo una pluralidad de ellos en relación de medio a fin, que son a su vez cada uno constitutivos de diferentes tipos penales, como son los delitos de cohecho con los de negociación incompatible y de éstos con el de fraude al Fisco, los penará en los términos que establece el artículo 75 del Código Penal, que prescribe que debe imponerse la pena mayor asignada al delito más grave.

Al optarse por este régimen de sanciones debe aplicarse la pena mayor asignada al delito más grave, que para estos efectos corresponde al delito de fraude al Fisco,

	llegándose así al presidio menor en su grado máximo, y dentro del grado, se impondrá la pena de cinco años atendido el número de injustos por los que se ha penalizado al encartado.
DOCTRINA DEL CASO	Se ha dicho que respecto del concurso medial o ideal procede, “conforme al sistema de absorción de penas que consagra el art. 75, aplicar la pena mayor asignada al delito más grave. Por delito más grave se debe entender aquel que tiene la sanción más elevada entre los distintos tipos penales en juego. Si esa pena tiene diversos grados, se impondrá el más alto (si es presidio menor en cualquiera de sus grados, corresponderá la de presidio menor en su grado máximo). Pero si la sanción es una sola –sin grados– el tribunal aplicará esa pena pudiendo... recorrerla en toda su extensión. Si la pena del delito más grave es la de muerte, podrá en su lugar imponer la de presidio perpetuo.” ¹⁵⁷
COMEN- TARIO Y CONCLU- SIÓN	Respecto de los tipos penales de cohecho con los de negociaciones incompatibles y de éste con el fraude al fisco, señala la sentencia que no existe un concurso aparente de leyes penales, son existe concurso medial, en que un grupo de delitos ha sido también el medio necesario para cometer los otros. No ante un único hecho aislado, sino que ante pluralidad de los mismos en relación de medio a fin, que son a su vez cada uno constitutivos de diferentes tipos penales, como son los delitos de cohecho con los de negociación incompatible y de éste con el de fraude al fisco

¹⁵⁷ GARRIDO MONTT, MARIO: “*Derecho Penal. Parte General*”, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005, pág. 456.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR ARANELA, CRISTIAN: *“Delitos Contra la Probidad Administrativa.”*, Editorial metropolitana, Chile.
- ALFARO JARPA, MAXIMILIANO *“El delito de negociaciones incompatibles. Tratamiento doctrinario, estudio y análisis de las modificaciones introducidas por la ley 19.645”*. Tesis para optar al grado de licenciado de derecho, Universidad Fines Terrae, Santiago de Chile, Octubre de 2004.
- BACIGALUPO, ENRIQUE: *“Sobre la reforma de los delitos de funcionarios”*, en Documentación Jurídica, 1983.
- BALMACEDA HOYOS, GUSTAVO *“Los delitos funcionariales en la jurisprudencia”*, Legal Publishing, Santiago, Chile, año 2013, Ficha número 118.
- BALMACEDA HOYOS, GUSTAVO *“Comunicabilidad de la calidad del sujeto activo en los delitos contra la función pública. Especial referencia a la malversación de caudales públicos y al fraude al Fisco”*, Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, año 19- N°2, 2012.
- BOBADILLA GÓMEZ, VICTOR: *“Revista jurídica del Ministerio Público”* N° 52, Sección anticorrupción, sentencias comentadas. SSN: 0718-6479 septiembre del 2012.
- CAIDEN GERALD: *“Democracia y Corrupción”*, Revista del CLAD reforma y democracia, Caracas, Venezuela, N° 8 mayo 1977.
- CONTRERAS ALFARO, LUIS ALBERTO: *“Los delitos económicos relacionados con la corrupción”*, editorial La Aurora L.T.D.A. Santiago de Chile, 2004.
- CONTRERAS ALFARO, LUIS: *“La Fiscalía de Chile frente a la corrupción.”*, Revista Jurídica del Ministerio Público, N° 58, Santiago de Chile, marzo de 2014.
- CUGAT MAURI, MIRIAM: *“El Tráfico de Influencias, un tipo prescindible.”* Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, ISSN 1695-0194, España.
- CUGAT MAURI, MIRIAM: *“De la desviación del interés general y el tráfico de influencias”*, Madrid, 1997.
- CURY URZÚA, ENRIQUE: *“Notas sobre el tráfico de influencias.”* Revista de Ciencia Política, Vol. XVIII, Santiago de Chile, 1996.
- CURY URZÚA, ENRIQUE *“Derecho Penal Parte General”*, Ediciones Universidad Católica de Chile, octava edición, Santiago, Chile, 2005.

- CURY URZÚA, ENRIQUE: “*El estado actual de la doctrina y jurisprudencia nacionales en torno a los problemas del error prohibición*”, artículo contenido en el libro “*Delito, pena y proceso*”, Editorial Jurídica de Chile, año 2008, Pág. 240.
- DELHUMEAU ARRECILLAS, ANTONIO: “*México: Realidad Política de sus partidos*”. Instituto Mexicano de Estudios Políticos. D.F, 1970.
- ETCHEBERRY, ALFREDO: “*Derecho Penal. Parte Especial*”, Tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, 1997.
- FABIAN CAPARROS, EDUARDO: “*La corrupción de agente público extranjero e internacional*”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2003.
- GRACIA MARTÍN, LUIS: “*El Derecho Penal ante la globalización económica.*”, Suprema Corte de Justicia de la Nación España.
- GARRIDO MONTT, MARIO: “*Derecho Penal. Parte General*”, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005.
- GARRIDO MONT, MARIO: “*Derecho Penal, Parte Especial*” Editorial Jurídica de Chile, tomo III, Santiago de Chile, 2010.
- GODOY, OSCAR: “*Los aspectos conceptuales y éticos del fenómeno de la corrupción pública.*”, Revista de Ciencia Política, Vol. XVIII, Santiago de Chile, 1996.
- GUZMÁN DALBORA, JOSÉ LUIS: Reseña de “*Delitos contra la función pública. El Derecho penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial*” Revista Chilena de Derecho, vol. 32 N° 3, Universidad de Antofagasta, Chile, 2005.
- ILABACA MÉNDEZ, FRANCISCA: “*Delito de negociaciones incompatibles*” Tesis para optar al grado de licenciado en derecho, Universidad de Chile, Santiago de Chile, agosto de 2012.
- LOMBANA VILLALBA, JAIME: “*La tipificación del tráfico de influencias y del cohecho en España y en Colombia como forma de prevención de la corrupción pública*”. Tesis doctoral, Universidad de León, España, 2013.
- LÓPEZ DAZA, GERMÁN: “*La Corrupción Administrativa. Una aproximación a los factores y agentes generadores*” Editorial Académica Española, Saarbrucken, Germany, 2012.
- MALDONADO F, FRANCISCO: “*Reflexiones Sobre las Técnicas de Tipificación de los llamados Delitos de Peligro en el Moderno Derecho Penal.*” Revista de Estudios de la Justicia N° 7, 2006.
- MAGGIORE, GIUSEPPE: “*Derecho Penal. Parte especial.*”, Volumen III, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1995.

- MÉNDEZ RODRÍGUEZ, CARLOS: “*Sobre la naturaleza de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos*”, en Estudios Jurídicos en Memoria del Prof. José Ramón Casabó Ruiz, Valencia, 1997.
- MIFSUD, TONY: “*Aproximación ética al fenómeno de la corrupción.*”, Revista de Ciencia Política, Vol. XVIII, Santiago de Chile, 1996.
- ORELLANA, PATRICIO: “*La Ética Pública Y Modernización De La Gestión Pública, Chile. ¿La Ética Dónde Está?*” http://www.probidadenchile.cl/ver_articulo.php?cat=3&art=3
- ORELLANA, PATRICIO: “*Un caso de corrupción oculta*”, Revista de sociología N° 21 de 2007, Universidad de Chile.
- PACHECO, MÁXIMO: “*Análisis conceptual de la corrupción y de la probidad pública.*”, Revista de Ciencia Política, Vol. XVIII, Santiago de Chile, 1996.
- POLITOFF LIFSCHITZ, SERGIO; MATUS ACUÑA, JEAN PIERRE; RAMÍREZ G, MARÍA CECILIA: “*Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte especial*”. Segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2004.
- REOS, ORLANDO: “*Efectos económicos de la corrupción*”. Buenos Aires, 2003, Documento incluido dentro de la Biblioteca Digital de la Iniciativa Interamericana de Capital Social, Ética y Desarrollo www.iadb.org/etica.
- RODRÍGUEZ COLLAO, LUIS: “*La Función pública como objeto de tutela penal*”, Revista de Derecho, PUCV, XXVI, Valparaíso, Chile.
- RODRÍGUEZ Y OSSANDÓN: “*Delitos Contra La Administración Pública. El Derecho Penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial*”, Segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2011.
- ROSE-ACKERMAN, SUSAN: “*La corrupción y los gobiernos, causas, consecuencias y reforma*”. Siglo Veintiuno de España Editores, Madrid 2001.
- RUEDA, MÓNICA: “*Convención Interamericana Contra la Corrupción*”, Secretaría de Transparencia, Colombia.
- SANCINETTI, MARCELO: “*Negociaciones incompatibles en las funciones públicas.*” Buenos Aires, Argentina.
- SANHUEZA TOBOSQUE, LEOPOLDO: “*Reflexiones en torno al fenómeno de la corrupción y su reglamentación en la legislación chilena.*” Ignire-centro de estudio de política pública, Santiago de Chile, Diciembre de 2010.

- SERRANO GÓMEZ, ALFONSO; SERRANO MAILLO, ALFONSO: *“Derecho Penal. Parte Especial.”*, Ed. Dykisson, Madrid, España, 2006.
- VERA VEGA, JAIME: *“El delito de tráfico de influencias”*, Editorial Jurídica La Ley, Santiago de Chile, año 2004.
- VILLADA, JOSÉ LUIS: *“Delitos Contra La Función Pública. Concordado con Códigos Latinoamericanos”* Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1.999.
- VIRGOLINI, JULIO: *“Crímenes excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción.”* Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.
- ZAMORA ARLETY y GARCÍA DOLYS: *“Estudio criminológico de la corrupción económica.”*, X encuentro Internacional. Escuela de Verano sobre Temas Penales Contemporáneos, Cuba, julio de 2014.

CODIGOS Y LEYES

- Código Penal Chileno.
- Convención Interamericana Contra la Corrupción.
- Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción.
- Ley N° 19.645.
- Ley N° 19.653.

JURISPRUDENCIA

- Corte Suprema de Chile, 4 de diciembre del 2012 causa Rol N° 496-11 en <http://www.i-juridica.com/2015/04/04/suprema-496-2011-cohecho-pasivo-bien-jur%C3%ADdico-prottegido-alcance-de-la-expresi%C3%B3n-con-infracci%C3%B3n-a-los-deberes-de-su-cargo/>
- Corte Suprema de Chile, causa de desafuero ROL 1.290-2003.
- Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de octubre del 2003, causa ROL 56136-1999, Santiago, Chile.
- Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santa Cruz, fecha 20 de marzo del 2012, causa ROL 46-2011, RUC 0810026007-8.
- Tribunal de Juicio Oral de Ovalle, 13/9/2007, RIT 74-2006, RUC 0400082703-2.

- Tribunal de Garantía de Copiapó, 6 de noviembre del 2006, causa RIT 5888-2006 RUC 0600705814-2
- Juzgado de Garantía de Temuco, 20 de junio del 2009, RIT 58-2009 – RUC 0800412441-K, en BALMACEDA HOYOS, Gustavo *“Los delitos funcionariales en la jurisprudencia”*, Legal Publishing, Santiago, Chile, año 2013, Ficha número 74.

PROYECTOS DE LEY

- *“Proyecto de Ley que Tipifica el delito de corrupción entre particulares y modifica disposiciones del Código Penal relativas a delitos funcionarios.”* N° de boletín 10155-07, Cámara de Diputados de Chile. Fecha de ingreso: 18 de junio de 2015.
- *“Proyecto de Ley que Modifica el Código Penal con el fin de aumentar las penas a los delitos de cohecho, soborno y tráfico de influencias.”* N° de boletín 9977-07, fecha de ingreso 13 de abril de 2015 y *“Proyecto de Ley que Modifica el Código Penal con el objeto de aumentar las penas de los delitos de cohecho, negociación incompatible y tráfico de influencias”*. N° de boletín 9956-07, fecha de ingreso 19 de marzo de 2015. Cámara de Diputados de Chile.